

Nationalrat Ausschuss für Petitionen und Bürgerinitiativen

Parlament
1017 Wien

29.08.2021

Betrifft: 62/PET

Sehr geehrte Damen und Herren!

Wir danken für Ihre freundliche Einladung und erlauben uns, zu der angeführten Petition Stellung zu nehmen wie folgt.

Österreich ist Vertragspartei der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), die die Republik nicht nur völkerrechtlich bindet sondern auch innerstaatlich Verfassungsrang genießt (BGBl 1964/59). Die Urteile des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR)* sind somit auch nach innerstaatlichem (Verfassungs)Recht verbindlich (Art. 46 EMRK).

Menschenrecht selbstbestimmte Geschlechtsidentität

Das in Art. 8 EMRK verankerte Recht auf Achtung des Privatlebens umfasst die physische und psychische Integrität einer Person, und Geschlechtsidentität sowie

KURATORIUM → em. Univ.-Prof. Dr. **Josef Christian Aigner** → Abg. z. NR a.D. Mag. **Thomas Barmüller**, Liberales Forum; → NRBg. **Petra Bayr**, SPÖ; → Univ.-Prof. Dr. **Nikolaus Benke**, Legal Gender Studies, Univ. Wien; → NRBg & LAbg. a.D. Dr. **Christian Brünner**, Prof. f. Staats- u. Verwaltungsrecht, Univ. Graz → Dr. **Erik Buxbaum**, vorm.Generaldirektor f.d. öff. Sicherheit; → stv.Klubobfrau NRBg. Dr. **Ewa Ernst-Dziedzic**, Grüne → BM a.D. NR Abg. a.D. Dr. **Caspar Einem**, SPÖ; → **Sandra Frauenberger**, Stadträt. Wien a.D., Gf. Dachv.Wr.Sozialeinr. → Univ.-Prof. Dr. **Max Friedrich**, Vorstand der Univ.-Klinik für Neuropsychiatrie des Kindes- u. Jugendalters, AKH Wien; → Univ.-Prof. Dr. **Bernd Christian Funk**, Inst. f. Staats- u. Verwaltungsrecht, Univ. Wien; stv. Vors. Menschenrechtsbeirat BMI → Mag. **Karin Gastinger**, BM für Justiz a.D.; → Dr. **Marion Gebhart**, Kinder- u. Jugendanwältin d. Stadt Wien a.D.; → Dr. **Irmgard Griss**, Verfassungsrichterin iR, vorm. Präsidentin des OGH; → NRBg.a.D. **Gerald Grosz**, BZÖ; → Dr. **Alfred Gusenbauer**, Bundeskanzler a.D.; → BM a.D. Dr. **Hilde Hawlicek**, SPÖ; → Dr. **Barbara Helige**, vorm. Präs. Richtervereinigung, Präsidentin Öst. Liga für Menschenrechte; → **Michael Heltau**, Kammerschauspieler & Doyen des Wiener Burgtheaters; → NRBg. a.D. Dr. **Elisabeth Hlavac**, SPÖ; → Dr. **Lilian Hofmeister**, Verfassungsrichterin iR und CEDAW-Expertin; → Univ.-Prof. Dr. **Elisabeth Holzleithner**, Legal Gender Studies, Univ. Wien; → Dr. **Judith Hutterer**, Generalsekr. Öst. Aids Gesellschaft; → Hon.-Prof. Dr. **Udo Jesionek**, vorm. Präs. Jugendgerichtshof, Präs. Weisser Ring; → Mag. **Christian Kern**, Altbundeskanzler; → **Gery Keszler**, Life-Ball; → Abg. z. NR a.D. Dr. **Volker Kier**, Liberales Forum; → Univ.-Prof. Dr. **Christian Köck**; → Dir. Dr. **Franz Kronsteiner**, vorm.Vorstandsvorsitzender D.A.S. Österreich; → NRBg.a.D. **Mario Lindner**, vorm. Präs. d. Bundesrates → **Thomas Mader**, Bezirksvorst.Stv. Wien-Döbling → Univ.-Prof. DDr. **Heinz Mayer**, emer. Dekan Rechtswiss. Fakultät Univ. Wien; → Prof. Dr. **Roland Miklau**, Ehrenpräs. Öst. Juristenkommission → Dr. **Michael Neider**, Sektionschef BMJ iR → Univ.-Prof. Dr. **Manfred Nowak**, Ludwig-Boltzmann-Institut f. Menschenrechte, UN-Sonderberichterstatter; Vizepräs. Verwaltungsrat EU-Grundrechteagentur → Mag. **Heinz Patzelt**, Generalsekretär, Amnesty International Österreich; → Univ.-Prof. Mag. Dr. **Rotraud A. Perner**, Sexualwissenschaftlerin; → LAbg. a.D. MMag.Dr. **Madeleine Petrovic**, Präs. Wr. Tierschutzv.; → Univ.-Doz. Dr. **Arno Pilgram**, Institut für Rechts- u. Kriminalsoziologie, Univ. Wien; → DSA **Monika Pinterits**, Kinder- u. Jugendanwältin d. Stadt Wien i.R.; → Dr. **Elisabeth Rech**, vorm. Vizepräs. Rechtsanwaltskammer Wien; → MEP Mag. **Andreas Schieder**, → Dr. **Anton Schmid**, vorm. Kinder- u. Jugendanwalt der Stadt Wien; → BRABg. **Marco Schreuder**, Die Grünen; → Dr. **Elisabeth Steiner**, vorm. Richterin EGMR → NRBg.a.D. Mag.a **Terezija Stoitsis**, Volksanwältin a.D.; → Dr. **Peter Tischler**, SenPräs OLG Ibk i.R.; → Univ.-Prof. Dr. **Hans Tretter**, Ludwig-Boltzmann-Instit. f. Menschenrechte; → Univ.-Prof. Dr. **Alexander Van der Bellen**, Bundespräsident; → Univ.-Lekt. Mag. **Johannes Wahala**, Österr. Gesellschaft f. Sexualwissenschaften; → Univ.-Prof. Dr. **Ewald Wiederin**, Institut f. Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Univ. Salzburg; → Dr. **Mia Wittmann-Tiwald**, Präs. Handelsgericht Wien, Co-Vorsitzende FG Grundrechte der Richtervereinigung → stv. Klubobfrau NRBg.a.D. Mag. **Gisela Wurm**

Name unterfallen dem Schutz dieses Grundrechts ebenso wie sexuelle Orientierung und das Sexualleben (*Schlumpf v CH* 2009, par. 100; *Van Kück v D* 2003, par. 69).

Für den EGMR liegt der zentrale Gedanke der Menschenrechte im Respekt vor der menschlichen Würde und Freiheit, und die Anerkennung der persönlichen Autonomie und Selbstbestimmung erkennt er als ein bedeutendes Auslegungsprinzip in der Anwendung des Rechts auf Achtung des Privatlebens (*Schlumpf v CH* 2009, par. 100f; *Van Kück v D* 2003, par. 69; *Goodwin v UK* [GC] 2002, par. 90; *I. v UK* [GC] 2002, par. 70). Die EMRK schützt daher das Recht von transidenten Menschen auf persönliche Entwicklung und auf körperliche und geistige Sicherheit (*Schlumpf v CH* 2009, par. 101; *Van Kück v D* 2003, par. 69; *Goodwin v UK* [GC] 2002, par. 90; *I. v UK* [GC] 2002, par. 70).

Dabei gewährt die EMRK nicht nur Schutz gegen Eingriffe des Staates (negative Verpflichtungen) sondern verpflichtet auch (positiv) zu einem aktiven Schutz der garantierten Rechte durch den Staat, selbst zwischen Privaten untereinander (*Schlumpf v CH* 2009, par. 102; *Van Kück v D* 2003, par. 70; *Goodwin v UK* [GC] 2002, par. 71ff; *I. v UK* [GC] 2002, par. 51ff). B

Von besonderer Bedeutung ist dabei, inwieweit ein sehr intimer Teil des Lebens eines Menschen betroffen ist (*Hämäläinen v FIN* [GC] 2014, par. 66; *Schlumpf v CH* 2009, par. 104; *Van Kück v D* 2003, par. 72), wobei der EGMR die **Geschlechtsidentität** als eine der **intimsten Bereiche des Privatlebens** qualifiziert (*Schlumpf v CH* 2009, par. 115; *Van Kück v D* 2003, par. 56).

Die Freiheit, seine eigene **Geschlechtsidentität** zu bestimmen, gehört zu den grundlegendsten Wesensbereichen der Selbstbestimmung (*Schlumpf v CH* 2009, par. 77; *Van Kück v D* 2003, par. 73), und das Recht auf selbstbestimmte **Geschlechtsidentität** bildet einen fundamentalen Aspekt

des (in Art. 8 EMRK verankerten) Rechts auf Achtung des Privatlebens (*Van Kück v D* 2003, par. 75).

Die selbstbestimmte Wahl der Geschlechtsidentität ist daher ein fundamentales Menschenrecht (*Schlumpf v CH* 2009, par. 77, 115; *Van Kück v. Deutschland* 2003, par. 56, 73, 75)

Bei der Bestimmung des (rechtlichen) Geschlechts kommt der Geschlechtsidentität (dem psychischen Geschlecht) mehr Bedeutung zu als dem biologischen (physischen) Geschlecht einer Person (*Goodwin v UK* [GC] 2002, par. 82, 100; *I. v UK* [GC], par. 62, 80). Der Gesellschaft kann ein gewisses Maß an Unannehmlichkeiten zugemutet werden, um Einzelnen ein Leben in Würde und Wert im Einklang mit ihrer Geschlechtsidentität zu ermöglichen, die sie sich unter großen persönlichen Mühen erworben haben (*Goodwin v UK* [GC] 2002, par. 91; *I. v UK* [GC], par. 71).

Ebenso das deutsche *Bundesverfassungsgericht*. Die eigene Geschlechtszuordnung gehört zum intimsten Bereich der Persönlichkeit eines Menschen, der prinzipiell staatlichem Zugriff entzogen ist. (BVerfG, 1 BvL 3/03 vom 6.12.2005, 50). Der grundrechtliche Schutz des intimen Sexualbereichs (insb. Art. 8 EMRK) umfasst nämlich auch die sexuelle Selbstbestimmung des Menschen und damit das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität. Er erfordert, die nachhaltig empfundene geschlechtliche Identität eines Menschen rechtlich anzuerkennen, um ihm zu ermöglichen, entsprechend dem empfundenen Geschlecht leben zu können, ohne in seiner Intimsphäre durch den Widerspruch zwischen seinem dem empfundenen Geschlecht angepassten Äußeren und seiner rechtlichen Behandlung bloßgestellt zu werden (BVerfG, 1 BvL 1/04 vom 18.7.2006, 67).

Menschen haben somit das Recht auf Dokumente, die ihrem gelebten Geschlecht entsprechen (EGMR: *B. v. France* 1992), das Recht, umfassend

im gelebten Geschlecht rechtlich anerkannt zu werden (EGMR: *Goodwin v. UK* [GC] 2002, I v. *UK* [GC] 2002), das Recht auf geschlechtsanpassende Operationen (*L. v LIT* 2007), das Recht auf Eheschließung mit Angehörigen des früheren rechtlichen Geschlechts (EGMR: *Goodwin v. UK* [GC] 2002, I v. *UK* [GC] 2002; EuGH: *K.B. vs. National Health Service Pensions Agency* 2004), und das Recht auf Anwendung der Pensionsregeln entsprechend dem neuen Geschlecht (EGMR: *Grant v. UK* 2006, EuGH: *Sarah Margaret Richards v Secretary of State for Work and Pensions* 2006).

Die Anerkennung im Identitätsgeschlecht darf auch weder von der Auflösung (Scheidung) einer Ehe abhängig gemacht werden (VfGH 08.06.2006, V 4/06; ebenso BVerfG, 1 BvL 10/05 vom 27.5.2008) noch von (genitalverändernden) medizinischen Eingriffen (VwGH 27.02.2009, 2008/17/0054; VwGH 15.09.2009, 2008/06/0032; VfGH 03.12.2009, B 1973/08; VwGH 17.02.2010, 2009/17/0263; ebenso BVerfG, 1 BvR 3295/07 vom 11.1.2011; EGMR: *YY v TR* 2015; *A.P., Garçon & Nicot v F* 2017; *X & Y v ROM* 2021).

Geschlechtsidentität ist zudem auch durch das Diskriminierungsverbot der EMRK (Art. 14) geschützt (*P.V. v ES* 2010, par. 30; *Van Kück v D* 2003, par. 90), und kann eine auf Geschlechtsidentität beruhende unterschiedliche Behandlung nur gerechtfertigt werden, wenn sie aus besonders schwerwiegenden und zwingenden Gründen zur Erreichung eines legitimen Zieles notwendig ist (*P.V. v ES* 2010, par. 29f; *K.B. v National Health Service Pension Agency* 2004; *Sara Margret Richards v Secretary of State for Work and Pensions* 2006; *MB v Secretary of State for Work and Pensions* 2018). Der *Gerichtshof der Europäischen Union* (EuGH) qualifiziert Diskriminierung auf Grund der Geschlechtsidentität als verbotene Diskriminierung auf Grund des Geschlechts (*P. v. S. & Cornwall County Council* 1996), womit alle Bestimmungen des Unionsrechts gegen Diskriminierung auf Grund des Geschlechts auch gegen Diskriminierung auf Grund Geschlechtsidentität schützen.

Gemäß dem Wesensgehalt des Gleichbehandlungsgrundsatzes, dass Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln ist, sind von allgemeinen Regelungen zudem die erforderlichen Ausnahmen zu machen, wenn die besondere Situation auf Grund der Geschlechtsidentität dies erfordert (*Schlumpf v CH* 2009, par 115; *Van Kück v D* 2003, par. 78; *E.B. et al. v A* 2013, par. 72, 81: „exceptions to the general rule“; *Thlimmenos v GR* [GC] 2000, par. 44, 48). Ebenso judiziert das deutsche Bundesverfassungsgericht, dass auch um eines sinnvollen Prinzips willen der Grundrechtsschutz zumal bei schweren Grundrechtsbeeinträchtigungen nicht verwehrt werden darf (BVerfG, 1 BvL 1/04 vom 18.7.2006, 76).

In diesem Sinne erweist es sich beispielsweise als unzulässig, den ansonsten für eine Versicherungsdeckung erforderlichen Beweis für die medizinische Notwendigkeit auch bei geschlechtsanpassenden Behandlungen (insbesondere genitalverändernden Operationen) zu verlangen, weil dies mit dem Recht auf die selbstbestimmte Geschlechtsidentität nicht vereinbar ist (EGMR: *Van Kück v. D* 2003, par. 78, 82). Desgleichen die Anwendung einer starren Wartefrist als Voraussetzung für Versicherungsdeckung geschlechtsanpassender Behandlungen (insbesondere genitalverändernden Operationen) (EGMR: *Schlumpf v. Schweiz* 2009).

Bestimmungen ausländischen Rechts, die gegen die dargestellten Grundrechte im Zusammenhang mit der Geschlechtsidentität verstoßen, verletzen grundlegende Werte der österreichischen Rechtsordnung, sohin den inländischen *ordre public* und sind daher nicht anzuwenden (VwGH 30.09.1997, 95/01/0061; ebenso BVerfG, 1 BvL 1/04 vom 18.7.2006).

Europarat: Recht auf selbstbestimmte Wahl der Geschlechtsidentität

Die *Parlamentarische Versammlung des Europarates* hat das Recht auf selbstbestimmte Wahl der Geschlechtsidentität unterstrichen und dabei ausdrücklich gefordert, allen Personen zu ermöglichen, in raschen, transparenten, niedrigschwelligen und auf dem Prinzip der Selbstbestimmung gegründeten Verfahren ihre Namen und ihre Geschlechtsbezeichnung in Dokumenten, insbesondere in Ausweisen und Ausbildungszeugnissen, ändern zu lassen (Resolution 2048 „Discrimination against transgender people in Europe“, 22.04.2015, par. 6.2.1.). Dabei sollen weder medizinische Behandlungen noch medizinische Diagnosen oder Anforderungen wie Alltagstests zur Voraussetzung gemacht werden (3. & 6.2.2.). Die Ermöglichung einer dritten Geschlechtsoption für jene, die eine solche wünschen, sollte erwogen werden (6.2.4.). Und der *Menschenrechtskommissar des Europarates* hat in einem Bericht über die Lage intergeschlechtlicher Personen dazu aufgerufen, bei der Ausstellung von Personenstandsurkunden und Ausweisen die geschlechtliche Selbstbestimmung intergeschlechtlicher Menschen zu respektieren, ihnen insbesondere zu ermöglichen, einen Geschlechtseintrag jenseits von bloß „männlich“ oder „weiblich“ zu wählen (Commissioner for Human Rights, Council of Europe: Human Rights and Intersex People, Issue Paper, Strasbourg 2015, p. 9 Recommendation 4).

Der im Verfassungsrang stehende § 1 des Datenschutzgesetzes (DSG) 2000 garantiert das Recht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht (Abs. 1), als auch das Recht auf Datenwahrheit, bei dessen Verletzung ein Recht auf Richtigstellung besteht (Abs. 3 Z. 2).

Darüber hinaus beinhaltet das in Art. 8 EMRK verankerte Grundrecht auf Achtung des Privatlebens auch eine Garantie der informationellen

Selbstbestimmung (*Khelili v CH* 2011; *Uzun v D* 2010; *K.U. v FIN* 2008; *I v FIN* 2008; *Rotaru v ROM* 2000; *Amann v CH* 2000).

VfGH: Schutz vor fremdbestimmter Geschlechtszuweisung

In diesem Sinne hat der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen, dass Menschen „(nur) jene Geschlechtszuschreibungen durch staatliche Regelung akzeptieren müssen, die ihrer Geschlechtsidentität entsprechen ..., Art. 8 EMRK ... insbesondere Menschen mit alternativer Geschlechtsidentität vor einer fremdbestimmten Geschlechtszuweisung“ (schützt)“ und daher auch nicht männlich oder weibliche Geschlechtsidentitäten als solche zu beurkunden oder der Geschlechtseintrag auf Antrag zu streichen ist (VfGH 15.06.2018, G 77/2018 Rz 18, 42).

Das Personenstandsgesetz (PStG) ordnet lediglich an, dass das Geschlecht einzutragen ist (§ 11 Abs. 1 iVm § 2 Abs. 2 Z. 3).

An keiner Stelle bestimmt das Gesetz, wieviele und welche Geschlechter es gibt. Noch bestimmt es, dass die Eintragung eines weder männlichen noch weiblichen Geschlechts nur bei einer bestimmten körperlichen Verfasstheit einer Person zulässig wäre.

Psychisches Geschlecht entscheidend

Der Erlass des Innenministers, der den Standesämtern die Eintragung der dritte Geschlechtsoption für alle Personen verbietet, die nicht körperlich intergeschlechtlich sind, ist verfassungs- und grundrechtswidrig. Erlässe stellen generelle interne Weisungen der Oberbehörde an die Unterbehörde dar, an die die Unterbehörde gebunden ist, sie sind jedoch keine

Rechtsquelle. Sie vermögen die Rechtssphäre der Rechtsunterworfenen nicht zu gestalten und sind für Gerichte (wie auch für andere Verwaltungsbehörden als die angewiesenen Unterbehörden) nicht bindend. Außerhalb des Verhältnisses von Ober- und Unterbehörde stellen sie ein rechtliches Nullum dar.

Der Verfassungsgerichtshof hat deutlich ausgesprochen, dass es, so wie bei den Geschlechtern „männlich“ und „weiblich“, auch bei der dritten Option für die Beurteilung des rechtlichen Geschlechts nicht auf das biologische, das körperliche Geschlecht ankommt sondern auf das psychische Geschlecht, auf die Identität eines Menschen (VfGH 15.06.2018 G 77/2018 Rz 17f, 23, 30, 31, 34, 36, 40; EGMR: *Goodwin v UK* [GC] 2002, par. 82, 100; *I. v UK* [GC], par. 62, 80) und dass „*Menschen ... nur jene Geschlechtszuschreibungen durch staatliche Regelung akzeptieren müssen, die ihrer Geschlechtsidentität entsprechen*“ (VfGH 15.06.2018 G 77/2018 Rz 18).

VfGH: individuelle Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Geschlecht zu respektieren

Gegenstand des Ermittlungsverfahrens und sämtlicher in Verwaltungsverfahren gem. AVG zulässigen Beweismitteln, einschließlich Sachverständigengutachten, darf also nur das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Geschlechtsidentität jenseits von männlich und weiblich sein, nicht aber das Vorliegen einer bestimmten körperlichen Verfasstheit (VfGH 15.06.2018, G 77/2018 Rz 23: „die jeweilige individuelle Geschlechtsidentität ... ihre individuelle Geschlechtsidentität ... der Staat gehalten ist, die individuelle Entscheidung für oder gegen ein bestimmtes Geschlecht zu respektieren“; Rz 30 „zur Wahrung der individuellen Geschlechtsidentität“; Rz 34 „starre Beschränkung auf einen binären Geschlechtseintrag ... Rechts auf

individuelle Geschlechtsidentität“; Rz 36 „Menschen mit einer alternativen Geschlechtsidentität“; Rz 40 „ihres Rechts auf individuelle Geschlechtsidentität gemäß Art. 8 Abs. 1 EMRK eine alternative Geschlechtsidentität – und damit ein Abweichen von den traditionellen Geschlechtskategorien männlich oder weiblich – personenstandsrechtlich zum Ausdruck zu bringen“).

Dass es auf die Geschlechtsidentität ankommt und nicht auf eine körperliche Intergeschlechtlichkeit, folgt auch aus dem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht, die „Geschlechtsentwicklung nicht zu deklarieren“ (VfGH 15.06.2018 G 77/2018 Rz 23). Denn: würde die dritte Option (weder „männlich“ noch „weiblich“) nur Personen offenstehen, die körperlich intergeschlechtlich sind, würde diese dritte Option die körperliche Verfasstheit der betreffenden Personen (mit dritter Option) (als biologisch intergeschlechtlich) offenlegen, was mit dem Fundamentalrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 8 EMRK; § 1 DSGVO) unvereinbar ist.

Aus alledem unterstützen wir daher nachdrücklich die Forderungen der o.a. Petition.

Für das Rechtskomitee Lambda (RKL)

Dr. Helmut Graupner e.h.
Präsident

Walter Dietz e.h.
Generalsekretär