

**NADINE SCHLUMPF gegen die Schweiz**

Urteil der Kammer I vom 8. Jänner 2009  
Bsw. Nr. 29.002/06

Keine Tragung der Kosten einer Geschlechtsumwandlung

Art. 6 Abs. 1 EMRK

Art. 8 EMRK

Sachverhalt:

Die 1937 geborene Bf. war ursprünglich männlichen Geschlechts. Sie gibt an, bereits in der Kindheit Probleme mit ihrer sexuellen Identität gehabt zu haben. Im Alter von vierzig Jahren sei ihr klar geworden, transsexuell zu sein. Sie habe ihre Veranlagung jedoch aus Rücksicht gegenüber ihrer Familie nicht ausgelebt. Seit der Volljährigkeit ihrer Kinder bzw. dem Ableben ihrer Gattin lebe sie als Frau und habe 2003 mit einer Hormon- bzw. Psychotherapie begonnen.

Laut einem ärztlichen Attest vom Oktober 2004 ist die Bf. eindeutig transsexuell und wären die Voraussetzungen für eine Geschlechtsumwandlung unzweifelhaft gegeben.

Im November 2004 beantragte die Bf. bei ihrer Krankenversicherung namens SWICA die Übernahme der Kosten für eine Geschlechtsumwandlung. Der Antrag wurde mit dem Hinweis abgelehnt, laut der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) müssten Versicherungen ihrer Verpflichtung, für die Kosten von geschlechtsumwandelnden Operationen aufzukommen, nur dann entsprechen, wenn es sich um Fälle „echter Transsexualität“ handle. Von einer solchen sei erst nach einem Beobachtungszeitraum von zwei Jahren unter Begleitung einer Hormon- bzw. Psychotherapie auszugehen.

Am 30.11.2004 unterzog sich die Bf. erfolgreich einer Geschlechtsumwandlung. Ein neuerlicher Antrag auf Kostenübernahme wurde von der SWICA am 23.12.2004 abgelehnt.

Mittlerweile war dem geänderten Geschlecht der Bf. durch die Eintragung des Vornamens Nadine in das Personenstandsregister formell Rechnung getragen worden.

Am 4.4.2005 brachte die Bf. beim Versicherungsgericht des Kantons Aargau Beschwerde gegen die Entscheidung der SWICA ein und beantragte die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung. Nachdem sie über die Möglichkeit informiert wurde, den Fall zwecks Ergänzung der Untersuchung an die SWICA zu retournieren, verzichtete sie auf eine öffentliche Verhandlung mit dem Vermerk, der Verzicht erstreckte sich nicht auf ein eventuelles Verfahren vor dem EVG bzw. dem EGMR.

Am 21.6.2005 erklärte das Versicherungsgericht die Entscheidung der Krankenversicherung vom

23.12.2004 für null und nichtig und wies den Fall zur neuerlichen Untersuchung und Entscheidung zurück. Es führte aus, über die Transsexualität der Bf. bestehe kein Zweifel, jedoch sei nicht erwiesen, dass eine Operation das einzige Mittel zur Verbesserung ihres psychischen Zustands dargestellt habe.

Ende Juli 2005 legte die SWICA Beschwerde beim EVG mit der Begründung ein, das Versicherungsgericht habe sich über die einschlägige Rechtsprechung des EVG hinweggesetzt. In der Folge beantragte die Bf. die Abhaltung einer öffentlichen Verhandlung bzw. die Befragung von Sachverständigen zur Frage der Behandlung von Transsexualität.

Mit Urteil vom 5.12.2005 wies das EVG den Antrag der Bf. auf Öffentlichkeit mit der Begründung ab, der vorliegende Fall betreffe nur Rechtsfragen, sodass eine öffentliche Verhandlung entbehrlich sei. In der Sache gab es der Beschwerde der SWICA statt. Es verwies auf zwei Grundsatzurteile aus dem Jahr 1988, wonach es sich bei der einzuhaltenden Beobachtungsfrist von zwei Jahren nicht um eine bloße Formalität handle, die im Fall einer sicheren Diagnose von Transsexualität umgangen werden könnte. Ungeachtet der Aussagen von Experten zum aktuellen Stand der Medizin betreffend das Vorliegen von Transsexualität sei Zurückhaltung angebracht, bringe eine geschlechtsumwandelnde Operation doch irreversible Folgen mit sich. Die Frist sei daher gerechtfertigt, weil sie einen Ausgleich zwischen den unterschiedlichen Interessen der Bf. und der Krankenversicherung schaffe und ungerechtfertigte Operationen zu vermeiden suche.

Rechtsausführungen:

Die Bf. rügt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) und von Art. 8 EMRK (hier: Recht auf Achtung des Privatlebens) jeweils alleine und in Verbindung mit Art. 14 EMRK (Diskriminierungsverbot).

Zur behaupteten Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK:

1. Zur Zulässigkeit der Beschwerde:

Die Beschwerde ist nicht offensichtlich unbegründet. Da sie auch aus keinem anderen Grund unzulässig ist, muss sie für zulässig erklärt werden (einstimmig).

2. Zum Recht auf ein faires Verfahren:

Die Bf. rügt, das EVG habe Willkür geübt, indem es seinen eigenen Standpunkt über jenen der medizinischen Experten gesetzt habe, ohne deren Ansicht einer fundierten Würdigung zu unterziehen. Sie bringt vor, aufgrund der Weigerung, die von ihr benannten Sachverständigen zu hören, sei es ihr unmöglich gewesen zu beweisen, dass eine Operation noch vor Ablauf der Zwei-Jahres-Frist erforderlich sei.

Der GH hat im Fall Van Kück/D festgestellt, dass die Gerichte verpflichtet gewesen wären, eine Stellungnahme des behandelnden Arztes sowie einschlägige Expertisen einzuholen. Er erachtete es als unverhältnismäßig, eine transsexuelle Person zu verpflichten, Beweis über die medizinische Notwendigkeit einer geschlechtsumwandelnden Operation zu führen und betonte, dass die Beurteilung, ob die Vornahme einer solchen eine medizinisch indizierte Heilbehandlung darstelle, nicht Gegenstand gerichtlicher Würdigung sei.

Das EVG führte für geschlechtsumwandelnde Operationen eine Zusatzbedingung ein, nämlich den Ablauf einer zweijährigen Beobachtungsfrist, um mit Sicherheit sagen zu können, ob es sich um einen Fall „echter Transsexualität“ handle. Im vorliegenden Fall wurde eine derartige Diagnose nicht angezweifelt. Trotzdem wurde der Bf. unter Berufung auf die Nichteinhaltung der Frist nicht gestattet, Beweis darüber zu führen, dass eine Operation vor Ablauf dieser Frist stattfinden solle.

Im Lichte dieser Prinzipien und mit Rücksicht auf das Urteil Van Kück/D sieht der GH es als unverhältnismäßig an, dass das EVG keine Sachverständigenmeinungen akzeptierte, dies umso mehr, als bei der Bf. die Existenz einer Krankheit nicht ausgeschlossen wurde.

Indem das EVG der Bf. unter Rückgriff auf eine abstrakte Regel, die ihren Ursprung in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1988 hatte, nicht gestattete, einen derartigen Beweis zu führen, stellte dieses seine eigenen Ansichten über jene von Medizinern und Psychiatern. Der GH hat jedoch bereits im Fall Van Kück/D hervorgehoben, die Frage der Notwendigkeit von geschlechtsumwandelnden Maßnahmen sei einer Beurteilung durch das Gericht selbst nicht zugänglich. Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK (einstimmig).

### 3. Zur Öffentlichkeit der Verhandlung:

Im vorliegenden Fall ist zu prüfen, ob die Zurücknahme des Antrags auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung vor dem EVG einem Verzicht seitens der Bf. gleichkommt.

Dies ist keineswegs der Fall, da die Genannte während des gesamten Verfahrens auf die Notwendigkeit der Konsultierung von Experten hingewiesen und ihr Begehren auf Abhaltung einer öffentlichen Verhandlung vor dem Versicherungsgericht nur unter der Bedingung zurücknahm, ihr Fall werde an die SWICA zwecks Vervollständigung der Untersuchung, insbesondere im Wege der Einholung von Expertenmeinungen, retourniert. Außerdem hielt die Bf. ausdrücklich fest, der Verzicht erstrecke sich nicht auf ein eventuelles Verfahren vor dem EVG. Unter diesen Umständen kann nicht gesagt werden, die Bf. hätte auf eine öffentliche Verhandlung vor dem EVG verzichtet.

Im vorliegenden Fall ist die Beurteilung der Notwendigkeit einer operativen Geschlechtsumwandlung auch nicht als rein rechtliche oder technische Frage zu bewerten. Außerdem waren sich die Parteien in der Frage der Einhaltung der Beobachtungsfrist uneinig. Unter diesen Umständen wäre die Abhaltung einer öffentlichen Verhandlung vor den nationalen Instanzen erforderlich gewesen. Da dies nicht der Fall war, ist eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK festzustellen (einstimmig).

Zur behaupteten Verletzung von Art. 8 EMRK:

1. Zur Zulässigkeit:

Die Bf. legt dar, die Kriterien, nach denen die zweijährige Beobachtungsfrist zur Anwendung kam, wären mit Art. 8 EMRK unvereinbar.

Die Regierung bringt vor, der Bf. fehle die Opfereigenschaft iSv. Art. 34 EMRK. Sie legt dar, die Genannte habe die von ihr gewünschte Geschlechtsumwandlung als Dienstleistung, deren Kosten prinzipiell von der gesetzlichen Krankenversicherung gedeckt würden, erfolgreich in Anspruch nehmen können. Die aus Art. 8 EMRK abgeleitete positive Verpflichtung des Staates dürfe nicht so weit gehen, dass er die Kosten für eine Operation auch dann zu tragen habe, wenn Betroffene von der Rechtsprechung auf der Basis der einschlägigen Gesetzgebung geknüpfte Bedingungen im Bereich des Krankenversicherungswesens nicht einhalten würden.

Der GH hält fest, dass das von der Bf. angestrebte gerichtliche Verfahren ihr Recht auf freie Wahl ihrer Geschlechtszugehörigkeit ins Spiel brachte. Es trifft zwar zu, dass die Konvention kein Recht auf Rückerstattung der mit einer operativen Geschlechtsumwandlung einhergehenden Kosten garantiert. Ebenso ist richtig, dass die Bf. nicht daran gehindert wurde, sich dem medizinischen Eingriff zu unterziehen. Der GH ist dennoch der Überzeugung, dass die Anwendung der Zwei-Jahres-Frist in Missachtung klarer Anhaltspunkte, die sich aus den Ansichten ausgewiesener Experten ergaben, geeignet war, die Bf., nicht zuletzt mit Rücksicht auf ihr fortgeschrittenes Alter, bei ihrer Entscheidung, sich einer Operation zu unterziehen, beeinflusst hat. Ihr kommt daher Opfereigenschaft iSv. Art. 34 EMRK zu.

Da die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet und auch aus keinem anderen Grund unzulässig ist, muss sie für zulässig erklärt werden (einstimmig).

2. In der Sache selbst:

Der GH ist sich über die Probleme im Klaren, mit denen Sozialversicherungen im Zuge der Entscheidung über die Anerkennung oder Nichtanerkennung der Kosten einer Dienstleistung konfrontiert sind. Er übersieht auch nicht die weitgehenden Folgen einer geschlechtsumwandelnden Operation für die betroffene Person und das Interesse sowohl von Versicherungsnehmer als auch Versicherung, voreilige Entscheidungen zu vermeiden.

Im vorliegenden Fall hat sich das EVG unter Berufung auf die Nichtbeachtung der Zwei-Jahres-Frist geweigert, eine Analyse der besonderen Umstände des Falles vorzunehmen und die widerstreitenden Interessen abzuwägen. Der GH ist der Ansicht, dass die nationalen Instanzen dem Standpunkt der Sachverständigen Rechnung hätten tragen sollen, um beurteilen zu können, ob Anlass bestehe, eine Ausnahme vom Grundsatz der zweijährigen Beobachtungsfrist zu gestatten, insbesondere angesichts des

vorgerückten Alters der Bf. und deren Interesse, einen chirurgischen Eingriff innerhalb kurzer Frist vornehmen zu lassen.

Der GH hält eine Prüfung nicht für notwendig, ob die besagte Frist den aktuellen Gegebenheiten und den Lehrmeinungen, was die Notwendigkeit einer Geschlechtsumwandlung angeht, entsprechen. Andererseits ist er davon überzeugt, dass die Medizin seit 1988, dem Jahr, in dem das EVG seine zwei Grundsatzurteile fällte, Fortschritte bei der Feststellung „echter Transsexualität“ gemacht hat, denen vom EVG nicht Rechnung getragen wurde.

Der GH hat bereits im Fall Rees/GB betont, dass die Tatsache, dass die medizinischen Dienste beim transsexuellen Bf. nicht mit der medizinischen bzw. operativen Behandlung zuwarteten, bis alle rechtlichen Aspekte seiner Situation einer umfassenden Untersuchung und Lösung zugeführt worden waren, dessen Entscheidung auf freie Wahl der geschlechtlichen Identität gefördert habe. Die Anwendung der besagten Frist brachte somit für die Bf. eine Verlängerung der bereits lange andauernden unbefriedigenden Situation mit sich.

Der GH ist der Ansicht, dass der Respekt für das Privatleben der Bf. verlangt hätte, der medizinischen, biologischen und psychologischen – von den medizinischen Experten einhellig beurteilten – Faktenlage Rechnung zu tragen, um eine mechanische Anwendung der Zwei-Jahres-Frist zu verhindern. Mit Rücksicht auf die besondere Situation der Bf. und angesichts des engen Ermessensspielraums, den Staaten in der Frage höchstintimer Aspekte des Privatlebens genießen, wurde zwischen den Interessen der Versicherungsanstalt und jenen der Bf. kein gerechter Ausgleich gefunden. Verletzung von Art. 8 EMRK (5:2 Stimmen; gemeinsames Sondervotum von Richter Vajić und Richter Jebens).

Zur behaupteten Verletzung von Art. 14 EMRK in Verbindung mit Art. 6 bzw. Art. 8 EMRK:

Die Bf. bringt vor, die strengeren Anforderungen für geschlechtsumwandelnde Operationen stellten eine Verletzung von Art. 14 EMRK iVm. Art. 6 und Art. 8 EMRK dar.

Die unter Art. 14 EMRK vorgebrachten Fragen stimmen im Wesentlichen mit den unter Art. 6 und Art. 8 EMRK vorgebrachten überein. Eine gesonderte Behandlung dieses Beschwerdepunkts ist nicht notwendig (einstimmig).

Entschädigung nach Art. 41 EMRK:

€ 15.000,- für immateriellen Schaden, € 8.000,- für Kosten und Auslagen (einstimmig).

Vom GH zitierte Judikatur:

Rees/GB v. 17.10.1986, A/106.

B./F v. 25.3.1992, A/232-C; NL 1992/3, 16; ÖJZ 1992, 625.

Christine Goodwin/GB v.11.7.2002 (GK); NL 2002, 145; ÖJZ 2003, 766.

Van Kück/D v. 12.6.2003; NL 2003, 145.