

Für trans maskuline und nicht-binäre Personen, die weiblich zugewiesen wurden, ist die Mastektomie, die Entfernung der «weiblich» gelesenen Brüste, oft ein zentraler Schritt. Eine vorherige Testosteronbehandlung ist medizinisch nicht erforderlich.

- Genitalbereich  
Genitalangleichende Transitionsschritte sind komplex und reichen über den operativen Akt hinaus. Eine sorgfältige prä- und postoperative Betreuung ist essenziell.
- Gesichtsbereich  
Während gesichtschirurgische Eingriffe bei cis Personen oft als ästhetisch gelten, erfüllen sie bei trans Personen eine andere Funktion. Besonders deutlich zeigt sich dies bei trans femininen Personen, die eine maskulinisierende Pubertät durchlaufen haben: Markante Gesichtszüge führen dazu, dass sie häufig als «Männer in Frauenkleidern» wahrgenommen werden. Dies verstärkt nicht nur die Geschlechtsinkongruenz, sondern erhöht auch das Risiko für Gewalt, Diskriminierung und psychische Belastungen. Die Indikationsstellung sollte daher die individuelle Situation und die Alltagserfahrungen der Person berücksichtigen – mit dem Ziel, nicht «Schönheit», sondern ein weiblich(er)es Erscheinungsbild zu ermöglichen. Dabei sollte der Fokus nicht auf das einzelne Gesichtsorgan, sondern auf das Gesamtbild gesetzt werden.

Zusammenfassend lassen sich für die Behandlung von Personen mit Geschlechtsinkongruenz bzw. -dysphorie folgende Punkte ableiten:

- Bio-psycho-soziale Modelle, welche «Geschlecht» differenzierter und diverser betrachten, bilden die medizinische Realität von trans Personen besser ab als die genital determinierte, binäre Geschlechterordnung.
- Fachpersonen sollten sich ihrer eigenen Vorstellungen zum Thema Geschlecht bewusst sein.
- Die Beratung und Begleitung von trans Personen sollte auf die Inkongruenzen zwischen den verschiedenen Geschlechterdimensionen fokussieren und ergebnisoffen erfolgen.
- Während es für die einzelnen Massnahmen klare Behandlungsschemata gibt, gibt es für die Auswahl und Abfolge der benötigten Massnahmen kein fixes Vorgehen, sondern die Orientierung an der individuellen Situation.
- Es spielt für die Inanspruchnahme medizinischer Behandlungen keine Rolle, ob eine Person eine binäre oder nicht-binäre Geschlechtsidentität hat.

- Eine psychotherapeutische Begleitung während der Auseinandersetzung mit dem Thema Geschlecht und begleitend zu Transitionsmassnahmen ist aufgrund der Belastung, die damit einhergeht, bei entsprechender Motivation der Person sinnvoll, sie ist aber keine Voraussetzung für den Zugang zu somatischen Behandlungen.
- Angebote, die darauf abzielen, die Geschlechtsidentität einer Person zu verändern oder sie von Transitionsschritten abzuhalten, sind unethisch.

## Gegen eine Sonderrechtsprechung zu geschlechtsfeminisierenden Behandlungen

**In seiner Praxis zur KVG-Leistungspflicht bei geschlechtsangleichenden Behandlungen von trans Personen hat sich das Bundesgericht stets am medizinischen Fortschritt orientiert. In neueren Urteilen zu geschlechtsfeminisierenden Eingriffen ist es von diesem Weg abgekommen. Es braucht eine Kurskorrektur.**

Markus Stuedler\* / Thomas Wehrlin\*\*

### I. Einleitung

Stellt man auf die Zahlen des Bundesamts für Statistik ab, unterzogen sich im Jahr 2023 in Schweizer Spitälern 171 trans Frauen und 384 trans Männer mindestens einer geschlechtsangleichenden Operation.<sup>1</sup> Da diese Eingriffe in der Schweiz<sup>2</sup> durchgeführt wurden, dürften die Kosten dafür von den jeweiligen Krankenkassen aus der Grundversicherung nach KVG übernommen worden sein. Dies gilt in der Regel für alle Behandlungen von trans Personen zur Geschlechtsangleichung, die in Bezug auf die Art und die Anzahl von einer Person zur anderen sehr stark variieren: psychiatrische und hormonelle Therapien und geschlechtsangleichende Operationen, sowie speziell bei trans Män-

\* MLaw, Rechtsanwalt, KSPartner, Zürich.

\*\* MLaw, Rechtsanwalt, Advokaturbüro Schmutz Eisenhut Stucki Wehrlin, Bern.

<sup>1</sup> Im Jahr 2023 wurden vom Bundesamt für Statistik (BFS) insgesamt 208 chirurgische Eingriffe Mann-zu-Frau und 403 Frau-zu-Mann erhoben.

<sup>2</sup> Auslandsbehandlungen sind nur in seltenen Ausnahmefällen leistungspflichtig, siehe BGE 145 V 170.

nen Mastektomien und bei trans Frauen Brustaufbau, Barthaarepilationen sowie stimmangleichende Massnahmen etc. Sie geben nur noch selten Anlass zu gerichtlichen Auseinandersetzungen.

Von dieser allgemeinen Aussage gibt es aber gewichtige Ausnahmen. Die augenfälligste davon betrifft seit einigen Jahren die sogenannten «gesichtsfeminisierenden Eingriffe» von trans Frauen (das heisst von Personen, die sich als weiblich identifizieren, denen bei der Geburt aber das männliche Geschlecht zugewiesen wurde). Unter dem Titel «gesichtsfeminisierende Eingriffe» werden Behandlungen zusammengefasst, die dazu dienen, einem – durch die Pubertät männlich geformten – Gesicht ein weibliches Aussehen zu verleihen. Wie auch schon das Bundesgericht festgehalten hat, spielt das Erscheinungsbild des Gesichts eine Schlüsselrolle bei der unbewussten Erkennung und Kodierung des Geschlechts, basierend auf dem Vorhandensein erkennbarer Geschlechtsdimorphismen in der Gesichtsstruktur.<sup>3</sup> Männliche Gesichtszüge erschweren einer trans Frau die Wahrnehmbarkeit durch andere als Frau, gefährden ihre soziale Integration in der weiblichen Rolle, führen zu Diskriminierung und Gewalt und halten den krankheitswertigen Leidensdruck aufrecht.<sup>4</sup> Die Gesichtsknochen werden durch die Hormonbehandlung, die nicht zwingend, aber doch oft am Anfang einer Geschlechtsgleichung steht, nicht verändert und müssen daher operativ angepasst werden.<sup>5</sup>

Vier mal hat sich das Bundesgericht seit dem 28. November 2022 mit gesichtsfeminisierenden Eingriffen zu befassen gehabt.<sup>6</sup> Nach Ansicht der Autoren hat es dabei ohne ersichtlichen Grund und ohne gesetzliche Grundlage eine Sonderrechtsprechung geschaffen, die sowohl im Widerspruch zu seiner eigenen langjährigen Praxis als auch zu den Vorgaben der EMRK steht und einer Korrektur bedarf, da sie der Willkür Tür und Tor öffnet. Um die Kritik nachvollziehen zu können, bedarf es zunächst eines Blicks in die Vergangenheit und auf die Entwicklung der Rechtsprechung in Bezug auf geschlechtsangleichende Massnahmen in der Schweiz.

## II. Die Entwicklung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

### A. Anerkennung von «Transsexualismus» und Leistungspflicht der OKP

Das Bundesgericht erkennt der Genderdysphorie (früher als «Transsexualismus» bezeichnet) seit 1979 Krank-

heitswert zu.<sup>7</sup> Gemäss seiner konstanten Praxis stellen im Fall einer Genderdysphorie geschlechtsangleichende Massnahmen, inklusive Operationen, eine Pflichtleistung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (OKP) nach KVG dar. Ist zur Behandlung ein chirurgischer Eingriff notwendig, gehören zu den KVG-Pflichtleistungen nicht nur die Entfernung von Geschlechtsorganen, sondern auch Vorkehren der plastischen und Wiederherstellungs-Chirurgie, durch welche die versicherte Person mit neuen Geschlechtsorganen versehen wird.<sup>8</sup>

Für eine betroffene Person sind die sogenannte sekundären Geschlechtsmerkmale – das heisst die für die Fortpflanzung nicht unmittelbar notwendigen physischen Merkmale des Geschlechts, welche sich durch die Geschlechtsreife entwickeln, wie Brust, Bartwuchs, tiefe Stimme etc. – nicht weniger wichtig als die primären Geschlechtsmerkmale, welche direkt der Fortpflanzung dienen und bei der Geburt schon vorhanden sind (innere und äussere Geschlechtsorgane). Das Bundesgericht anerkennt seit 1994 deshalb ausdrücklich, dass die betroffene versicherte Person die Erscheinung entsprechend ihrer Geschlechtsidentität nur dann erwerben kann, wenn die sekundären Geschlechtsmerkmale mit dieser übereinstimmen.<sup>9</sup> Deshalb gehören auch die Eingriffe zur Anpassung der sekundären Geschlechtsmerkmale grundsätzlich (das heisst vorbehaltlich der Erfüllung der Kriterien der Wirksamkeit, der Zweckmässigkeit und der Wirtschaftlichkeit [WZW-Kriterien] gemäss Art. 32 Abs. 1 KVG) zu den Pflichtleistungen der OKP.<sup>10</sup> Den sekundären Geschlechtsmerkmalen gleichgestellt sind gemäss einem Urteil des Bundesgerichts vom November 2022 «die weiteren körperlichen Besonderheiten, die aus ästhetischer Sicht eine wichtige Rolle spielen und grundsätzlich zum weiblichen oder männlichen Erscheinungsbild eines Menschen beitragen».<sup>11</sup>

Gemäss dem Bundesgericht hat die Diagnose Genderdysphorie Krankheitswert, wenn sie ein Ausmass und eine Intensität erreicht, die eine medizinische Behandlung – z.B. eine psychiatrische, eine endokrinologische oder eine chirurgische Therapie – unabdingbar machen.<sup>12</sup> Daraus folgt, dass gegenüber trans Personen (das heisst Personen mit der Diagnose Genderdyspho-

<sup>3</sup> BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2023.

<sup>4</sup> BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2023 E. 3.2.2.

<sup>5</sup> Siehe FN 40: GARCIA et al., Behandlungsoptionen, S. 865

<sup>6</sup> BGer 9C\_123/2022 vom 28. November 2022, BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2023, BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024 und BGer 9C\_528/2024 vom 7. April 2025.

<sup>7</sup> BGE 105 V 183 E. 1b; damals noch als Eidg. Versicherungsgericht.

<sup>8</sup> BGE 120 V 463 E. 5; BGer K 142/03 E. 1.3 vom 24. Juni 2004.

<sup>9</sup> BGE 120 V 463 E. 6b.

<sup>10</sup> BGE 120 V 463 E. 6b; BGer 9C\_255/2016 vom 17. Februar 2017 E. 5, BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 5.2.1 und BGer 9C\_123/2022 vom 28. November 2022 E. 3.3.

<sup>11</sup> BGer 9C\_123/2022 vom 28. November 2022 E. 3.3, französischer Originaltext: «des particularités physiques qui ont un rôle important du point de vue esthétique et participent en principe de l'apparence féminine ou masculine d'un individu»; als Beispiel nennt das Bundesgericht eine Glatze.

<sup>12</sup> BGer 9C\_331/2020 E. 6.2.2 vom 29. September 2020.

rie) eine Leistungspflicht für Behandlungen besteht, die aufgrund ihres ästhetischen Charakters ansonsten (mangels Krankheitswert) nicht zulasten der OKP gehen würden, besteht der Krankheitswert doch in der Genderdysphorie selbst.<sup>13</sup>

In der Literatur ist mit Verweis auf die höchstrichterliche Praxis vertreten worden, dass – unter dem Vorbehalt der Erfüllung der WZW-Kriterien – beispielsweise die folgenden Behandlungen eine OKP-Pflichtleistung darstellen: die psychiatrische Begleitung, die Hormonbehandlung (inklusive Pubertätsblocker), die Brustvergrößerung/-entfernung, die Entfernung der Fortpflanzungsorgane und der Neuaufbau derselben, die Haarentfernung im Gesicht, die Gesichtschirurgie, die Verkleinerung des Adamsapfels, die Verkürzung der Stimmbänder, die logopädische Behandlung und die Haartransplantation.<sup>14</sup>

In Bezug auf die Frage der Indikation der Behandlung (und damit deren Wirksamkeit und Zweckmässigkeit) vollzog das Bundesgericht seit seinem ersten Entscheid im Jahr 1979 den Fortschritt der medizinischen Wissenschaft – das heisst die jeweils aktuellen Behandlungsstandards – stets nach.<sup>15</sup> 2017 bestätigte es beispielsweise, dass es auf eine Lege-artis-Behandlung und somit auf den aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft ankomme<sup>16</sup>, und 2019<sup>17</sup> verwies es ausdrücklich auf die Standards of Care der World Professional Association für Transgender Health (SoC WPATH<sup>18</sup>).

Dies tat es auch noch 2020<sup>19</sup>, als es gestützt auf die langjährige Praxis in einem Urteil vom 29. September 2020 die beschwerdeführende Krankenkasse CSS zur Übernahme der Kosten einer Stirnhaar-Transplantation einer damals 29-jährigen Versicherten verpflichtete. Das Bundesgericht anerkannte in diesem in französischer Sprache verfassten Urteil, dass es sich bei einer Stirnglatze grundsätzlich um eine – mit einem sekundären Geschlechtsmerkmal gleichzusetzenden – körperliche Besonderheit handelt, die unvereinbar mit

der weiblichen Erscheinung ist.<sup>20</sup> Das Bundesgericht schützte die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz, welche gestützt auf Berichte von behandelnden Ärzten zum Schluss kam, dass die 29-jährige Beschwerdeführerin eine typisch männliche Erscheinung habe.<sup>21</sup> Indem sich die CSS damit begnügt habe, ihre eigene Meinung zum weiblichen oder männlichen Eindruck darzutun, für welche sie sich auf eine subjektive Beurteilung von Fotografien gestützt habe und nicht auf medizinische Berichte, könne sie die Tatsachenfeststellung oder die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht in Frage stellen.<sup>22</sup> Im Weiteren führte das Bundesgericht aus, dass das Ziel einer medizinischen Behandlung im Wesentlichen darin bestehe, körperliche oder psychische Gesundheitsbeeinträchtigungen so vollständig wie möglich zu beseitigen. Es bestehe kein Zweifel daran, dass die Diagnose (Genderdysphorie oder Transsexualismus) im juristischen Sinne als Krankheit gelte, da sie ein Ausmass und eine Intensität erreicht habe, die eine medizinische Behandlung erforderlich gemacht habe. Mit Verweis auf die (damals aktuelle) 7. Version der SoC WPATH erwog das Bundesgericht deshalb, im Rahmen der Behandlung einer Geschlechtsdysphorie sollte das angestrebte therapeutische Ziel nicht nur darin bestehen, dem Wunsch der betroffenen Person nach Geschlechtsanpassung nachzukommen, sondern auch darin, die negativen Auswirkungen der Diagnose zu lindern, d.h. der betroffenen Person ein subjektives Wohlbefinden zu verschaffen, indem das klinisch signifikante Unbehagen und die klinisch signifikante Belastung beseitigt oder verringert werden. Dieses Ziel erfordere es, der betroffenen Person ein äusseres Erscheinungsbild zu verleihen, das ihrer Geschlechtsidentität entspreche. Es gehe nicht allein darum, dem Wunsch der betroffenen Person zu entsprechen. Vielmehr müsse das anzupassende Geschlechtsmerkmal ein typisches Erscheinungsbild des anderen (binären) Geschlechts aufweisen, ansonsten die Operation in den Bereich der Schönheitschirurgie falle. Die geplante medizinische Massnahme müsse auch geeignet sein, die Geschlechtsdysphorie zu lindern.<sup>23</sup>

Die letzten Feststellungen – insbesondere jene, wonach das anzupassende Geschlechtsmerkmal ein typisches Erscheinungsbild des anderen (binären) Geschlechts aufweisen müsse – haben sich als folgenschwer erwiesen, als das Bundesgericht später die Voraussetzungen der Leistungspflicht der Krankenkassen in Bezug auf gesichtsfeminisierende Massnahmen definierte.

<sup>13</sup> BGE 142 V 316 E. 5.2; BGer 9C\_255/2016 E. 5.2. vom 17. Februar 2017; Urteil des Cour de Justice République et Canton de Genève, Chambre des assurances sociales, vom 22. Mai 2018, A/2411/2016, E. 6, S. 19.

<sup>14</sup> ALECS RECHER, «Les droits des personnes trans\*», in: ZIEGLER/MONTINI/COPUR, Droit LGBT, droits des gays, lesbiennes, bisexuels et transgenres en Suisse: partenariat enregistré, communauté de vie de fait, questions juridiques concernant l'orientation sexuelle et l'identité de genre, 2. Auflage, Basel 2015, S. 150 ff.

<sup>15</sup> ALECS RECHER/DAVID GARCIA NUÑEZ, «Frau, Mann – Individuum», in: Jusletter 18. August 2014, N 28.

<sup>16</sup> BGer 9C\_255/2016 vom 17. Februar 2017 E. 6.1.

<sup>17</sup> BGE 145 V 170 E. 5.3, E. 5.4 und 6.2.

<sup>18</sup> SOC WPATH, damals in ihrer 7. Version von 2011; siehe dazu Internet: <[https://en.wikipedia.org/wiki/World\\_Professional\\_Association\\_for\\_Transgender\\_Health](https://en.wikipedia.org/wiki/World_Professional_Association_for_Transgender_Health)> (Abruf 1.6.2025).

<sup>19</sup> BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 6.2.2.

<sup>20</sup> BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 5.2.2.

<sup>21</sup> BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 5.4.

<sup>22</sup> BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 6.3.2.1.

<sup>23</sup> BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 6.2.

## B. Bundesgerichtsurteile zu gesichtsfeminisierenden Behandlungen

Der erste Entscheid des Bundesgerichts zu gesichtsfeminisierenden Operationen datiert vom 28. November 2022<sup>24</sup>. Das Bundesgericht musste über die Rechtmässigkeit einer Ablehnung der Kostenübernahme durch die Concordia für eine Korrektur der Stirn (Abschleifen des Augenbrauenbogens) befinden. In diesem ebenfalls in französischer Sprache verfassten Urteil vollzog das Bundesgericht eine veritable Kehrtwende in Bezug auf die Voraussetzung an den Beweis für die Unvereinbarkeit der anzupassenden körperlichen Besonderheit mit dem weiblichen Geschlecht. Dem kantonalen Gericht waren auf der einen Seite der Bericht des behandelnden plastischen Chirurgen mit Fotodokumentation vorgelegen, welcher die Vorwölbung der Augenbrauen als markant und typisch männlich beschrieben hatte. Auf der anderen Seite hatte der Vertrauensarzt der Concordia, ein Facharzt der Rechtsmedizin, die Augenbrauenbogen aufgrund der Fotos nicht als besonders hervorstechend und der versicherten Person ein männliches Äusseres verleihend bezeichnet. Vor dieser Ausgangslage hatten die kantonalen Richter die Fotos selbst beurteilt und erwogen, die Bilder würden es nicht erlauben, die Augenbrauenbogen der Beschwerdeführerin als unvereinbar mit einer weiblichen Erscheinung zu bezeichnen. Da es sich nicht um eine technische Frage oder um eine medizinische Beurteilung einer Gesundheitsbeeinträchtigung handle, sondern um eine subjektive Einschätzung einer Erscheinung, bedürfe es keines medizinischen Gutachtens. Das Bundesgericht erachtete diese Feststellung nicht als willkürlich. Die beantragte Operation sei deshalb nicht notwendig, um das Behandlungsziel – der betroffenen Person eine weibliche Erscheinung zu verschaffen – zu erreichen. Das therapeutische Ziel dürfe nicht einzig aus der subjektiven Sicht der betroffenen Person geprüft werden, sondern auch aus einer objektiven Sicht.<sup>25</sup>

In seinem nächsten Urteil vom 31. Januar 2023<sup>26</sup> konnte sich das Bundesgericht zur Beurteilung der Frage, ob die Länge des Philtrums (vertikale Vertiefung zwischen Oberlippe und Nase) der betroffenen trans Frau ein typisch männliches Ausmass habe, nicht auf die persönliche Beurteilung der kantonalen Richter stützen; denn diese hatten die Frage aufgrund einer Auseinandersetzung mit den medizinischen Akten und dem Beizug einer Studie aus dem Jahr 2002 verneint und der körperlichen Besonderheit (der Länge des Philtrums) den Krankheitswert abgesprochen. Das Bundesgericht erblickte darin keine Willkür und fügte hinzu, das zur Diskussion stehende Merkmal müsse das Gesicht

«als Ganzes» aus objektiver Sicht als typisch männlich erscheinen lassen, damit eine Leistungspflicht bestehe. Sodann nahmen sich die höchsten Richterinnen und Richter die Fotos gleich selber vor und erwogen: «Beim Blick in das Gesicht der Beschwerdeführerin vor der Operation ist aufgrund der aktenkundigen Fotografien nicht auf eine typisch männliche Erscheinung respektive ein mit einer weiblichen Erscheinung unvereinbares Aussehen zu schliessen».<sup>27</sup>

Am 10. April 2024 folgte ein weiterer Bundesgerichtsentscheid<sup>28</sup> zum Thema. Zur Diskussion stand die chirurgische Anpassung von Stirn, Nase und Unterkiefer einer Versicherten der Sanitas. Das Bundesgericht nutzte den Entscheid, um seiner Rechtsprechung nochmals schärfere Konturen zu verleihen. Es erwog, es habe seit Langem die Notwendigkeit erkannt, die Frage nach der Kostentragung im Rahmen der OKP bei der chirurgischen Veränderung von primären und sekundären Geschlechtsmerkmalen sowie körperlichen Besonderheiten bei der Diagnose einer Genderdysphorie besonders zu behandeln. In diesem Zusammenhang habe es eine fundierte Rechtsprechung entwickelt. Wo hinsichtlich sekundärer Geschlechtsmerkmale sowie körperlicher Besonderheiten einzig die Morphologie betroffen sei – diese somit zu keinen krankheitswertigen Folgeerscheinungen führe –, solle die Frage nach der Kostentragung im Rahmen der OKP mit Blick auf das übergeordnete Ziel eines chirurgischen Eingriffs beantwortet werden, der trans Person das äusserliche Erscheinungsbild ihres «neuen Geschlechts» zu verleihen. Das Bundesgericht habe die Rechtsprechung entwickelt, wonach – neben weiteren Anforderungen – ein sekundäres Geschlechtsmerkmal oder eine körperliche Besonderheit respektive (wenn es um Merkmale/Besonderheiten im Gesicht gehe) das Gesicht als Ganzes aufgrund des sekundären Geschlechtsmerkmals bzw. der körperlichen Besonderheit aus objektiver Sicht ein für das «ursprüngliche Geschlecht» typisches Aussehen beziehungsweise ein mit dem «neuen Geschlecht» unvereinbares Erscheinungsbild haben müsse, damit der in Frage stehende Eingriff zu Lasten der OKP gehen könne. Auf diese Weise solle gewährleistet werden, dass bei trans Personen die Übernahme der Kosten von Massnahmen in Frage komme, welche für sich allein genommen keine Pflichtleistungen darstellten, wobei es jedoch nicht darum gehen könne, den betroffenen Personen in ästhetischer Hinsicht zu einem Idealbild zu verhelfen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, diese Rechtsprechung sei nicht kompatibel mit den Vorgaben der (damals noch anwendbaren) SoC-7 WPATH, ziele ins Leere, zumal die SoC keine Kriterien nennen würden für die Entscheidung über chirurgische Inter-

<sup>24</sup> BGer 9C\_123/2022 vom 28. November 2022.

<sup>25</sup> BGer 9C\_123/2022 vom 28. November 2022 E. 5.2.2.

<sup>26</sup> BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2023.

<sup>27</sup> BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2023 E. 3.2.2.

<sup>28</sup> BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024.

ventionen wie feminisierende Gesichtschirurgie. Mit dem objektiven Massstab, nach welchem die Frage zu beurteilen sei, ob das Erscheinungsbild des Gesichts als Ganzes mit dem «angestrebten Geschlecht» unvereinbar sei respektive typisch dem «ursprünglichen Geschlecht» entspreche, sei in erster Linie gemeint, dass nicht die betroffene Person allein die Frage beantworten solle. Es sei die Reaktion des sozialen Umfeldes und der Gesellschaft, welche das Wohlbefinden mit dem eigenen (Körper und) Gesicht wesentlich mitpräge. Zur Gewährleistung der Objektivität sei es daher wünschenswert, dass möglichst viele Einschätzungen unterschiedlichen Ursprungs vorliegen würden, um die Frage zu beantworten. Da es dabei nicht um eine rein medizinische Frage gehe, würde die Rechtsprechung zur Beweiskraft von ärztlichen Berichten keine Anwendung finden, insbesondere müsse die Einschätzung nicht von Fachärzten nach eigener Untersuchung erfolgen. Von dem mit dem Streitgegenstand befassten kantonalen Gericht sei darum zu erwarten, dass es sich im Rahmen der Würdigung der Beweismittel mit den unterschiedlichen Einschätzungen auseinandersetze und begründet darlege, weshalb es welcher Ansicht Folge leiste. Da es sich nicht um eine rein medizinische Frage handle, sei es dem kantonalen Gericht nicht verwehrt, selbst eine Einschätzung abzugeben. Technische Hilfsmittel wie CT-Aufnahmen des Schädels, Studien und Fachliteratur zu Ausprägungen einzelner sekundärer Geschlechtsmerkmale und körperlicher Besonderheiten könnten allerhöchstens ergänzend herangezogen werden. Entscheidend bleibe letztlich immer das äusserliche Erscheinungsbild des Gesichts als Ganzes. Im zu beurteilenden Fall hätten die behandelnden Fachärzte das ihrer Ansicht nach männliche Erscheinungsbild des Gesichts weder in Zusammenhang gebracht mit der Nase noch dem Unterkiefer, obwohl ihnen die Notwendigkeit einer solchen Verknüpfung «offensichtlich bekannt» gewesen sei, weil sie eine solche in Bezug auf die Augenbrauenbogen erstellt hätten. Auch der Verweis auf Fachliteratur zum Erscheinungsbild der Nase nütze der Beschwerdeführerin nichts, da diese Literatur nichts über das Erscheinungsbild des Gesichts als Ganzes aussage. Was die von den Behandlern mit Verweis auf ein angefertigtes CT des Schädels als typisch männlich bezeichnete supraorbitale Prominenz (Augenbrauenbogen) betreffe, welche die Vertrauensärzte der Sanitas demgegenüber nicht als männlich wahrgenommen hätten, wäre es wünschenswert gewesen, wenn das kantonale Gericht eine Würdigung der aktenkundigen Fotodokumentation des Gesichts vorgenommen hätte. Das Bundesgericht erachtete eine Rückweisung an die Vorinstanz aber als entbehrlich, weil die Bundesrichterin und die beiden Bundesrichter selber die Fotos würdigten und – entgegen den Ausführungen der behandelnden Fachärzte, entgegen der

von den Fachärzten und der Beschwerdeführerin vorgebrachten Fachliteratur und entgegen dem angefertigten CT des Schädels – in Übereinstimmung mit den fachfremden Vertrauensärzten der Sanitas die Augenbrauenbogen als nicht unvereinbar mit dem weiblichen Geschlecht qualifizierten. Zwar wirkten die Augenbrauenbögen der Beschwerdeführerin etwas prominenter, so das Bundesgericht. Sie würden jedoch nicht derart in den Vordergrund treten, dass das Gesicht in seiner Gesamtheit als unvereinbar mit einem weiblichen Gesicht qualifiziert werden müsse. Diesbezüglich würden insbesondere auch die insgesamt weichen Konturen und auch die vollen Lippen auffallen, die das äusserliche Erscheinungsbild massgeblich mitprägten.<sup>29</sup>

Fast auf den Tag genau ein Jahr später, am 7. April 2025, erging das bisher letzte Urteil, in dem sich das Bundesgericht mit der Kostenübernahme der OKP für einen gesichtsfeminisierenden Eingriff befasste.<sup>30</sup> Es musste prüfen, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie bei Vorliegen einer Genderdysphorie die Pflicht der Sanitas verneinte, die Kosten für eine Gesichtsfeminisierung durch Kürzung des Philtrums (vertikale Vertiefung zwischen Oberlippe und Nase) mittels Liplift und Kinn-Korrektur zu übernehmen. Wie das Bundesgericht festhielt, habe die Vorinstanz nach eigener Würdigung der aktenkundigen Fotografien vom Gesicht der Beschwerdeführerin eine männliche Wahrnehmung der Beschwerdeführerin aufgrund der Kinnform und des Nasen-Lippen-Abstands verneint. Sie habe die Gesichtszüge der Beschwerdeführerin als Ganzes zwar als markanter beurteilt, als dies vielleicht bei anderen Frauen im gleichen Alter der Fall sei bzw. als es den Idealvorstellungen entspreche. Dennoch liessen sie sich gemäss dem kantonalen Gericht auch angesichts der hohen Variabilität der körperlichen Besonderheiten innerhalb des gleichen Geschlechts mit einer weiblichen Person vereinbaren. Eine unterschiedliche Behandlung der Beschwerdeführerin gegenüber cis Frauen habe die Vorinstanz mit Blick darauf abgelehnt und eine Kostenübernahme im Rahmen der OKP verneint. Das Bundesgericht stützte diesen kantonalen Entscheid. Es könne der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sich diese mit Verweis auf vier Beurteilungen von behandelnden bzw. von ihr aufgesuchten Ärzten auf eine objektive Einschätzung berufe. Die vier ärztlichen Stellungnahmen vermöchten weder hinsichtlich ihrer Anzahl noch ihrer Diversität eine Objektivität der Beurteilung zu gewährleisten. Auch seien Stellungnahmen behandelnder respektive beratender Ärzte von Versicherten zurückhaltender zu würdigen als die Einschätzungen «unbefangener Betrachter». Bei der Frage des Erscheinungsbildes gehe

<sup>29</sup> BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024.

<sup>30</sup> BGer 9C\_528/2024 vom 7. April 2025.

es ohnehin nicht um eine rein medizinische Frage. Daher sei es gemäss Bundesgericht nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz eine eigene Würdigung der aktenkundigen Fotografien vornahm. Daneben hielt das Bundesgericht noch fest, dass das Vorliegen einer krankheitswertigen Folgeerscheinung im Sinne eines schweren psychischen Versagens voraussichtlich dauernder Natur nicht aufgezeigt werde. Es wies die Beschwerde der Versicherten ab.<sup>31</sup>

### III. Kritik an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu gesichtsfeminisierenden Operationen

#### A. Einleitung

Auf den Punkt gebracht bedeuten diese Urteile des Bundesgerichts: Vertrauensärztinnen und Vertrauensärzte von Krankenkassen und im Streitfall Richterinnen und Richter entscheiden anhand von (mit dem Kostengutsprachegesuch eingereichten qualitativ mehr oder weniger guten) Fotos über die alles entscheidende Frage, ob das zur Diskussion stehende Gesicht mit dem weiblichen Geschlecht unvereinbar und damit, ob der Eingriff zur Behandlung der Genderdysphorie notwendig ist. Nach Ansicht der Autoren ist diese Rechtsprechung in mehrfacher Hinsicht problematisch und öffnet der Willkür Tür und Tor.

#### B. Krankheitswert erfüllt, Einschränkung durch WZW-Kriterien

Die Frage, ob ein sekundäres Geschlechtsmerkmal oder eine körperliche Besonderheit (wie die Körperbehaarung, die tiefe Stimme oder das Gesicht) mit der Geschlechtsidentität als unvereinbar erscheint und deshalb anpassungsbedürftig ist, ist nichts anderes als jene nach dem Krankheitswert.<sup>32</sup> Mit diesem Kriterium werden praxisgemäss rechtlich relevante Krankheiten von nicht oder noch nicht behandlungsbedürftigen Beeinträchtigungen der Gesundheit – die keine KVG-Leistungspflicht auslösen – abgegrenzt.<sup>33</sup> Das Bundesgericht handelt das Kriterium der Unvereinbarkeit mit der Geschlechtsidentität zwar nicht ausdrücklich unter der Voraussetzung des Krankheitswerts ab<sup>34</sup>, es scheint ihm aber bewusst zu sein, dass es genau darum geht, zieht es das Kriterium doch heran, um die beantragte Behandlung von der Schönheitschirurgie resp. von ästhetischen Mängeln ohne Krankheitswert abzugrenzen.<sup>35</sup> Im Entscheid vom 31. Januar 2022 zitiert das

Gericht überdies die Vorinstanz, deren Entscheid es schützte und welche die Ablehnung der kantonalen Beschwerde mit der Verneinung des zur Diskussion stehenden körperlichen Besonderheit (des Philtrums) als typisch männlich begründete und schlussfolgerte, es fehle damit am Krankheitswert.<sup>36</sup>

Der Krankheitswert bestimmt sich nach Art. 3 Abs. 1 ATSG. Gemäss dieser Bestimmung ist Krankheit jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Die gesundheitliche Beeinträchtigung muss ein gewisses Mindestmass erreichen, um Krankheitswert zu erlangen bzw. um das Krankheitskriterium der Behandlungsbedürftigkeit zu erfüllen. Das Bundesgericht selbst wies in seinem Urteil vom 29. September 2020 ausdrücklich darauf hin, dass die (damalige) Diagnose «Transsexualismus» im rechtlichen Sinne zweifellos Krankheitswert habe, wenn sie ein Ausmass und eine Intensität erreiche, die eine medizinische Behandlung unabdingbar mache.<sup>37</sup>

Die zweite – und hier wohl im Zentrum stehende – Voraussetzung für den Krankheitsbegriff, die Behandlungsbedürftigkeit, beurteilt sich grundsätzlich aus medizinischer Sicht.<sup>38</sup> Wie eine Lege-*artis*-Behandlung von trans Menschen aussieht, definieren die «Standards of Care» der WPATH, welche im Jahr 2022 überarbeitet wurden und seither in ihrer 8. Version vorliegen (SoC-8 WPATH<sup>39</sup>). Für die Beratung und Behandlung von trans Personen in der Schweiz sind die SoC-8 WPATH von einer Gruppe von Fachpersonen adaptiert und im Januar 2023 im Swiss Medical Forum als Behandlungsempfehlungen publiziert worden.<sup>40</sup> In den «SoC-8 WPATH» sind sieben Kriterien für chirurgische Interventionen aufgeführt (wie ausgeprägte und anhaltende Geschlechtsinkongruenz, Einwilligungsfähigkeit, Stabilität der geschlechtsangleichenden Hormonbehandlung etc.).<sup>41</sup> Eine Empfehlung,

<sup>31</sup> BGer 9C\_528/2024 vom 7. April 2025.

<sup>32</sup> Art. 3 ATSG.

<sup>33</sup> SK ATSG-KUNZ/PÄRLI, Art. 3 N 27 ff.

<sup>34</sup> Das BGer schreibt mehrfach von «der Voraussetzung» und erklärt nur, dass es dabei nicht um die Frage der Zweckmässigkeit gehe: BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024, E. 2.2.2.

<sup>35</sup> BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024 E. 2.2.2.; BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2023 E. 2.3.3.

<sup>36</sup> BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2022 E. 3.1.

<sup>37</sup> BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 6.2.2.

<sup>38</sup> BSK ATSG-TRAUB, Art. 3 N 51; GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 1a N 17.

<sup>39</sup> E. COLEMAN et al., Standards of Care for the Health of Transgender and Gender Diverse People, Version 8, International Journal of Transgender Health 2022, VOL. 23, NO. S1, S. 1–258, 80, Internet: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/26895269.2022.2100644>, Abruf 27.4.2025 (zit. SOC 8 WPATH).

<sup>40</sup> H. RUDOLPH et al., «Ein Paradigmawechsel – Von der Psychopathologisierung zum affirmativen Umgang mit Geschlechtervielfalt», Swiss Medical Forum 2023, 23(4):856–860 (zit. RUDOLPH et al., Paradigmawechsel); D. GARCIA NUÑEZ et al., «Die wichtigsten medizinischen Transitionsmassnahmen – Geschlechtsangleichende Behandlungsoptionen bei Menschen mit Geschlechtsinkongruenz», Swiss Medical Forum 2023, 23(4):862–865 (zit. GARCIA NUÑEZ et al., Behandlungsoptionen).

<sup>41</sup> SOC 8 WPATH, 256.

wonach eine gesichtsfeminisierende Behandlung nur dann vollzogen werden soll, wenn das Gesicht der betroffenen Person mit einer weiblichen Erscheinung unvereinbar ist, befindet sich nicht darunter. Dasselbe gilt für die schweizerischen Behandlungsempfehlungen, in denen die Möglichkeit gesichtsfeminisierender Eingriffe auch beschrieben wird.<sup>42</sup> Die bundesgerichtliche Praxis, die eine Unvereinbarkeit mit dem weiblichen Geschlecht verlangt, steht daher im Widerspruch zu den geltenden medizinischen Behandlungsstandards, auf welche das Bundesgericht selbst regelmässig verweist.<sup>43</sup>

Das Bundesgericht hat die vorzitierte Rechtsprechung ausdrücklich für jene Fälle entwickelt, in denen hinsichtlich sekundärer Geschlechtsmerkmale sowie körperliche Besonderheiten «einzig die Morphologie betroffen ist» und diese Morphologie (als äussere Gestalt des Menschen) «zu keinen krankheitswertigen Folgeerscheinungen» führe.<sup>44</sup> Im Entscheid vom 10. April 2024 hat es denn auch festgehalten, dass im zu beurteilenden Fall weder ersichtlich sei noch geltend gemacht werde, dass die Beschwerdeführerin aufgrund ihres Aussehens an krankheitswertigen Folgeerscheinungen leide.<sup>45</sup> Diesen Ausführungen liegt nach Ansicht der Autoren ein grundlegender Überlegungsfehler zu Grunde: Das Bundesgericht blendet die psychische Beeinträchtigung und den Leidensdruck, welche den psychiatrischen Diagnosen des Transsexualismus (ICD-10 F:64.0) und der Genderdysphorie (DSM-5: 302.85) inhärent sind, respektive die ausgeprägte und anhaltende Inkongruenz zwischen dem empfundenen und dem zugewiesenen Geschlecht im Rahmen einer Geschlechtsinkongruenz (ICD-11 HA60), komplett aus und reduziert das Krankheitsbild auf den simplen Wunsch nach körperlicher Angleichung an die Geschlechtsidentität. Dazu passt, dass das Bundesgericht es neuerdings als übergeordnetes Ziel eines solchen chirurgischen Eingriffs bezeichnet, «der Trans-Person das äusserliche Erscheinungsbild ihres neuen Geschlechts zu verleihen»<sup>46</sup>, wogegen es selbst im Entscheid vom 29. September 2020 noch ausgeführt hatte, das Behandlungsziel bestehe im Wesentlichen darin, die körperlichen oder psychischen Gesundheitsbeeinträchtigungen so vollständig wie möglich zu beseitigen. Auch hatte es ausgeführt, dass das angestrebte therapeutische Ziel nicht nur darin bestehen sollte, dem Wunsch der betroffenen Person nach Geschlechtsangleichung nachzukommen, sondern auch darin, die negativen Auswirkungen der Diagnose zu lindern, d.h. der betroffenen

Person ein subjektives Wohlbefinden zu verschaffen, indem das klinisch signifikante Unbehagen und die klinisch signifikante Belastung beseitigt oder verringert werden.<sup>47</sup> Im allerersten Urteil, in welchem das Bundesgericht das Kriterium der Unvereinbarkeit mit der Geschlechtsidentität genannt hatte (um die Behandlung von der Schönheitschirurgie abzugrenzen), hatte es nachgeschoben, dass die geplante medizinische Maßnahme auch geeignet sein müsse, die Genderdysphorie zu lindern. Dieses relativierende zusätzliche Kriterium ging seit dem Entscheid vom 28. November 2022<sup>48</sup> verloren und wurde im Rahmen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung fortan nicht mehr genannt. Wenn es aber darum geht, die Genderdysphorie zu lindern und die Anpassung des Gesichts an das weibliche Geschlecht nur Mittel zum Zweck ist, kann der Krankheitswert nicht allein davon abhängen, ob das anzugleichende Gesicht ein typisches männliches Aussehen hat – dann muss mitberücksichtigt werden, welche konkreten psychischen Einschränkungen (dysphorischen Gefühle) die Morphologie auf den psychischen Zustand der betroffenen Versicherten bewirkt. Damit wäre auch dem mit dem Wechsel auf das System der ICD-11 und den SoC-8 WPATH verbundenen Paradigmenwechsel, der den Zugang von trans Personen zu medizinischen Behandlungen bedürfnisorientiert regelt,<sup>49</sup> deutlich besser nachgelebt. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) wies bereits 2002 im Urteil *Goodwin gegen Vereinigtes Königreich* darauf hin, dass die «Transsexualität» international allgemein als Krankheitszustand anerkannt ist, für den eine Behandlung zum Zwecke der Linderung erfolgt. In Anbetracht der mit einer geschlechtsangleichenden Operation verbundenen zahlreichen und schmerzhaften Eingriffe und des Ausmasses an Engagement und Überzeugung, die erforderlich seien, um einen Wechsel der sozialen Geschlechterrolle zu erreichen, könne nicht davon ausgegangen werden, dass die von einer Person getroffene Entscheidung zugunsten der Geschlechtsangleichung willkürlich oder aus einer Laune heraus erfolge.<sup>50</sup>

Aus diesen Überlegungen folgt, dass bei der Beurteilung von gesichtsfeminisierenden Massnahmen der Krankheitswert im Sinne von Art. 3 ATSG nicht erst dann bejaht werden darf, wenn das Gesicht als unvereinbar mit dem weiblichen Geschlecht erscheint,

<sup>42</sup> GARCIA NUÑEZ et al., Behandlungsoptionen, 865.

<sup>43</sup> Vgl. BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 6.2.2, BGE 145 V 170 E. 5.3, E. 5.4 und 6.2.

<sup>44</sup> BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024 E. 2.2.2.

<sup>45</sup> BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024 E. 3.1.

<sup>46</sup> BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024 E. 2.2.2.

<sup>47</sup> BGer 9C\_331/2020 vom 29. September 2020 E. 6.2.2.

<sup>48</sup> BGer 9C\_123/2022 vom 28. November 2022 E. 5.1.

<sup>49</sup> Vgl. RUDOLPH et al., Paradigmawechsel (FN 40).

<sup>50</sup> Urteil des EGMR *Goodwin gegen Vereinigtes Königreich* vom 11.07.2002, § 81; englischer Originaltext: «Nor, given the numerous and painful interventions involved in such surgery and the level of commitment and conviction required to achieve a change in social gender role, can it be suggested that there is anything arbitrary or capricious in the decision taken by a person to undergo gender re-assignment.».

sondern dann, wenn (im Sinne von Art. 3 ATSG) die Beeinträchtigung der Gesundheit im Sinne einer Geschlechtsinkongruenz (ICD-11 HA60) oder einer Genderdysphorie (DSM-5:302.85) feststeht und eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert, was durch einen auf dem Gebiet spezialisierten Arzt anhand der SoC-8 WPATH zu beurteilen ist.

Das bedeutet nach Ansicht der Autoren nicht, dass jede medizinische Massnahme, welche eine trans Person wünscht, von der OKP zu finanzieren ist. Es bedeutet aber, dass der Krankheitswert nicht bestritten werden kann und als limitierende Voraussetzung nicht taugt, wenn eine Genderdysphorie oder eine Geschlechtsinkongruenz diagnostiziert worden ist. Zur Begrenzung der Leistungspflicht eignen sich – wie in Bezug auf alle anderen KVG-finanzierten Behandlungen auch – die WZW-Kriterien<sup>51</sup>, beispielsweise (aber nicht nur) das Kriterium der Wirtschaftlichkeit, gelten doch medizinische Leistungen, die ein grosses Missverhältnis zwischen Kosten und Nutzen begründen, als unwirtschaftlich.<sup>52</sup> Hingegen ist es nach Ansicht der Autoren nicht zulässig, dass das Bundesgericht auf dem Weg einer Sonderrechtsprechung eine zusätzliche Leistungsvoraussetzung einführt,<sup>53</sup> die dem Gesetz nicht zu entnehmen ist.

Selbst wenn es im Übrigen zuträfe, dass das Ziel eines chirurgischen Eingriffs im Rahmen einer Geschlechtsinkongruenz wäre, der trans Person (lediglich) das äusserliche Erscheinungsbild ihres «neuen Geschlechts» zu verleihen, wie es das Bundesgericht schreibt,<sup>54</sup> wäre das Kriterium der Unvereinbarkeit mit dem Erscheinungsbild «des angestrebten Geschlechts» untauglich. Denn die Geschlechtsinkongruenz ist selbst nach dieser Logik nicht bereits wirksam behandelt, wenn das Erscheinungsbild der Person mit dem «angestrebten Geschlecht» nicht unvereinbar ist, sondern erst, wenn diese aufgrund ihres Erscheinungsbilds eindeutig der Geschlechtsidentität zugeordnet wird. Hat sie mit anderen Worten ein männlich aussehendes Gesicht, das zwar mit einem Frauengesicht vereinbar ist, wird sie deswegen jedoch weiterhin als Mann gelesen, besteht ihr Leiden fort.

### C. Medizinische Beurteilung statt richterliche Beurteilung nach «objektivem Massstab»

Problematisch an der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist weiter die Art, wie das oberste Gericht den «objektiven Massstab» definiert, nach dem zu beurteilen sei, ob das Gesicht der betroffenen Person als unvereinbar mit dem Aussehen eines weiblichen Gesichts erscheint. Mit «objektiv» – so das Bundesgericht – sei «in erster Linie gemeint, dass nicht die betroffene Person allein die Frage beantworten soll».<sup>55</sup> Zur Gewährleistung der Objektivität sei es wünschenswert, dass möglichst viele Einschätzungen unterschiedlichen Ursprungs vorliegen, um die Frage zu beantworten. In den Urteilen vom 31. Januar 2023<sup>56</sup>, 10. April 2024<sup>57</sup> und 7. April 2025<sup>58</sup> lagen dem Bundesgericht jeweils verschiedene Beurteilungen von behandelnden (Fach-)Ärzten vor. Doch setzte sich das Bundesgericht über diese Beurteilungen hinweg, da es sich ohnehin nicht um eine rein medizinische Frage handle.<sup>59</sup> Es erachtete es daher als zulässig, dass Richterinnen und Richter nach eigener Würdigung der aktenkundigen Fotos beurteilten, ob eine Behandlung indiziert ist oder nicht. Dies erachten die Autoren als unhaltbar.

Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei der Behandlungsbedürftigkeit um eine medizinische Frage, wie sowohl aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts als auch aus derjenigen des EGMR hervorgeht. Im Urteil Van Kück gegen Deutschland, das die Kostenübernahme einer geschlechtsangleichenden Operation durch eine deutsche Krankenversicherung zum Gegenstand hatte, führte der EGMR aus, dass sich das deutsche Landgericht zu Recht zur Einholung eines Gutachtens zur Notwendigkeit der Heilbehandlung entschieden habe. Hingegen rügte er, dass die deutschen Gerichte ungeachtet der eindeutigen gutachterlichen Empfehlung der geschlechtsangleichenden Massnahmen zum Schluss gelangt seien, die Betroffene habe die medizinische Notwendigkeit dieser Massnahmen nicht nachgewiesen.<sup>60</sup> Der EGMR hielt dazu fest, «dass die Feststellung der medizinischen Notwendigkeit geschlechtsangleichender Massnahmen anhand ihrer Heilwirkungen bei einer transsexuellen Person keine Frage der rechtlichen Definition ist».<sup>61</sup> Die Beurteilung der medizinischen Notwendigkeit erfordere medizini-

<sup>51</sup> Art. 32 Abs. 1 KVG.

<sup>52</sup> GEBHARD EUGSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum KVG, Art. 32 N 14.

<sup>53</sup> Vgl. BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024 E. 2.2.2, wo das Bundesgericht wörtlich schreibt: «Bei der dargelegten Voraussetzung geht es nicht um die Frage nach der Zweckmässigkeit einer Behandlung. Die Prüfung gemäss Art. 32 KVG hat vielmehr erst im Nachgang an die Bejahung der Voraussetzung zu erfolgen.»

<sup>54</sup> BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2023 E. 2.3.3.

<sup>55</sup> BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2023 E. 2.2.2.

<sup>56</sup> Vgl. BGer 9C\_269/2022 vom 31. Januar 2023 E. 3.1.

<sup>57</sup> Vgl. BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024 E. 3.2.

<sup>58</sup> Vgl. BGer 9C\_528/2024 vom 7. April 2025 E. 3.2.1.

<sup>59</sup> Vgl. BGer 9C\_123/2022 vom 28. November 2022 E. 5.2.1; BGer 9C\_360/2023 vom 10. April 2024 E. 2.2.2.; BGer 9C\_528/2024 vom 7. April 2025 E. 3.2.1.

<sup>60</sup> Vgl. Urteil des EGMR *van Kück gegen Deutschland*, § 54.

<sup>61</sup> Urteil des EGMR *van Kück gegen Deutschland*, § 54; englischer Originaltext: «The Court considers that determining the medical necessity of gender reassignment measures by their curative effects on a transsexual is not a matter of legal definition.»

sches Fachwissen und Sachkenntnis im Bereich der (nach damaliger Diagnose) «Transsexualität».<sup>62</sup> Der EGMR hielt die Auslegung des Begriffs der «medizinischen Notwendigkeit» und die Würdigung des entsprechenden Beweismaterials durch das Landgericht als nicht angemessen.<sup>63</sup>

Dieses Urteil musste sich das Bundesgericht bereits einmal vorhalten lassen. Im Urteil Schlumpf gegen die Schweiz erinnerte der EGMR unter Hinweis auf das Urteil van Kück gegen Deutschland daran, dass nicht die Gerichte über die Notwendigkeit von geschlechtsangleichenden Massnahmen zu befinden haben: «La Cour réitère le principe selon lequel la Convention protège des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs [...]. A la lumière de ce principe, et compte tenu de l'arrêt Van Kück, précité, elle considère qu'il est disproportionné de ne pas admettre des opinions d'experts, d'autant plus que l'existence d'une maladie n'était pas contestée en l'espèce. En refusant à la requérante de telles preuves, sur la base d'une règle abstraite dont l'origine remonte à deux de ses propres décisions de 1988, le Tribunal fédéral des assurances s'est substitué aux médecins et aux psychiatres, alors que la Cour avait déjà précisé par le passé que la détermination de la nécessité de mesures de conversion sexuelle n'est pas une affaire d'appréciation juridique (Van Kück, précité, § 54).»<sup>64</sup>

Die bundesgerichtliche Praxis zu gesichtsfeminisierenden Eingriffen, gemäss der Richterinnen und Richter über die medizinische Notwendigkeit einer Behandlung entscheiden, steht im Widerspruch zu diesen Erwägungen des EGMR und ist EMRK-widrig.

#### IV. Fazit

Die bisherige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu gesichtsfeminisierenden Eingriffen lässt es zu, dass Versicherungen sowie Richterinnen und Richter allein gestützt auf Fotoaufnahmen der betreffenden Person die Frage beantworten, ob ein Gesicht mit dem weiblichen Geschlecht unvereinbar ist, ob deshalb eine krankheitswertige Genderdysphorie besteht und ob damit ein Eingriff OKP-pflichtig ist. Dies ist hochgradig problematisch, da es sich bei der Frage nach der Notwendigkeit einer medizinischen Behandlung um eine medizinische Frage handelt, wie auch der EGMR bereits mehrfach klarstellte. Die Behandlungsbedürftigkeit ist entsprechend von Fachärztinnen und Fachärzten unter Berücksichtigung der geltenden Standards, konkret den «Standards of Care» der WPATH (SoC-8

WPATH) sowie den Schweizer Behandlungsempfehlungen, zu beurteilen.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung fokussiert zudem fälschlicherweise allein auf das äussere Erscheinungsbild der betreffenden Person und die Frage, ob dieses mit dem weiblichen Geschlecht unvereinbar ist. Ist dies nicht der Fall, soll der Krankheitswert nicht gegeben sein. Dabei wird allerdings übersehen, dass der Krankheitswert bereits in der Geschlechtsinkongruenz bzw. der Genderdysphorie selbst liegt und daher bei Vorliegen einer entsprechenden Diagnose zu bejahen ist. Entsprechend kann eine Begrenzung der Leistungspflicht nur insoweit erfolgen, als die WZW-Kriterien nicht erfüllt sind. Mit anderen Worten beurteilt sich die Leistungspflicht der OKP bei gesichtsfeminisierenden Operationen nach den üblichen Voraussetzungen des KVG,<sup>65</sup> ohne dass es hierfür weiterer Voraussetzungen im Sinne einer Sonderrechtsprechung – wie namentlich einer Unvereinbarkeit mit dem weiblichen Erscheinungsbild – bedarf.

<sup>65</sup> Vgl. Art. 24 ff. KVG.

## Eltern werden (können) als trans Person

### Ausgewählte haftungs- und sozialversicherungsrechtliche Fragen zu Kinderwunsch und Elternschaft von trans Menschen

Alecs Recher\*

Kam die Rechtsprechung früher nicht klar mit der Vorstellung, dass trans Menschen Kinder zeugen könnten, äussern und verwirklichen in jüngster Zeit immer mehr ihren Kinderwunsch. Nehmen sie dazu Leistungen der Fortpflanzungsmedizin in Anspruch, stellt sich nebst der offensichtlichen Frage nach der krankensicherungsrechtlichen Leistungspflicht auch die Frage nach Schadenersatz und Genugtuung im Falle von Diskriminierungen aufgrund des Trans-Seins. Als beste Prävention gegen solche Schadensfälle sind Mediziner:innen mit der Anwendung der gesetzlichen Grundlagen auf trans Menschen vertraut. Ob mit oder ohne Fortpflanzungsmedizin: Klappt es mit der Schwangerschaft und dem Nachwuchs, können trans Menschen aufgrund der binären Elternbezeichnung im Sozialversicherungsrecht

<sup>62</sup> Vgl. Urteil des EGMR van Kück gegen Deutschland, § 55.

<sup>63</sup> Vgl. Urteil des EGMR van Kück gegen Deutschland, § 57.

<sup>64</sup> Urteil des EGMR Schlumpf gegen die Schweiz, § 57.

\* Master of Law, dipl. klin. Heilpädagogik, Partner\* NFP 83-Projekt «Reproductive Health of Transgender and Gender Diverse Persons (TGP\*Repro)», bis 2024 Leitung Rechtsberatung des Vereins Transgender Network Switzerland, doktoriert an der Universität Luzern.