



SCHWULEN  
BERATUNG  
BERLIN

*VIELFALT LEBEN*

**RECHTLICHE EXPERTISE**

**ZUGANG ZU  
TRANS\*SPEZIFISCHEN  
MEDIZINISCHEN  
LEISTUNGEN FÜR  
PERSONEN IM  
ASYLVERFAHREN**

**AUTOR\*INNEN: MAYA MARKWALD UND LENA KRECK**

# INHALTSVERZEICHNIS

|           |   |           |
|-----------|---|-----------|
| <b>1.</b> | <b>Problemlage und Fragestellung .....</b>  | <b>6</b>  |
| <b>2.</b> | <b>Grund- und menschenrechtlicher Schutz der Geschlechtsidentität .....</b>                                   | <b>8</b>  |
|           | a. Europäische Menschenrechtskonvention .....   | 9         |
|           | b. Grundrechtecharta .....  | 10        |
|           | c. Grundgesetz.....   | 10        |
| <b>3.</b> | <b>Recht auf Gesundheitsversorgung .....</b>  | <b>11</b> |
| <b>4.</b> | <b>Sekundärrechtliche europarechtliche Vorgaben für die<br/>Ausgestaltung der Gesundheitsversorgung .....</b> | <b>13</b> |
|           | a. Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL.....   | 13        |
|           | b. Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL.....   | 15        |
|           | aa. besondere Schutzbedürftigkeit .....   | 15        |
|           | bb. Trans* Personen als besonders schutzbedürftige Personen.....  | 16        |
|           | c. Umsetzungsfrist abgelaufen: Pflicht zur richtlinienkonformen<br>Auslegung.....                             | 17        |
| <b>5.</b> | <b>Ansprüche nach §§ 4, 6 AsylbLG .....</b>   | <b>18</b> |
|           | a. § 4 AsylbLG.....   | 18        |
|           | b. § 6 AsylbLG.....   | 22        |
|           | aa. Grundrechtsprobleme bei der Anwendung von § 6 AsylbLG .....   | 22        |
|           | bb. Anspruch auf trans*spezifische Gesundheitsversorgung<br>nach § 6 AsylbLG.....                             | 23        |
|           | c. Zwischenergebnis.....  | 23        |
| <b>6.</b> | <b>Alternative Lösung: unmittelbare Anwendung .....</b>   | <b>24</b> |
| <b>7.</b> | <b>Ergebnis .....</b>   | <b>25</b> |



# VORWORT



Die Schwulenberatung Berlin bietet seit 2015 spezifische Angebote für LSBTI\* (lesbische, schwule, bisexuelle, trans\* und inter\*) Geflüchtete an, die bislang von über 2.000 verschiedenen Menschen oft über einen längeren Zeitraum in Anspruch genommen worden sind. Dazu gehörten u.a. eine Unterkunft für LSBTI\* Geflüchtete, psychosoziale, asyl- und aufenthaltsrechtliche Beratung, sensible Sprachmittlung, verschiedene Aufklärungs- und Schulungsangebote für Multiplikator\*innen sowie Betreuungs- und Wohnangebote im Rahmen der Eingliederungshilfe. Die „Fach- und Anlaufstelle für LSBTI\* Geflüchtete“ ist ebenfalls ein spezifisches Angebot, welches von der Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung (LADS) gefördert wird. Sie ist eine direkte Folge der Umsetzung der EU-Aufnahmerichtlinie 2013/33 und der Anerkennung von LSBTI\* Geflüchteten als vulnerable Gruppe durch das Land Berlin. Im Mittelpunkt steht die individuelle Bedarfsfeststellung und Unterstützung von LSBTI\* Geflüchteten bei der Inanspruchnahme spezialisierter Leistungen, die sich insbesondere in Fragen der Identifizierung, Unterbringung und gesundheitlicher Versorgung ergeben. Aus dieser Beratungserfahrung und -kompetenz heraus trägt die Fach- und Anlaufstelle mit Stellungnahmen und Beauftragung von rechtlichen Expertisen zur strukturellen Verbesserung der Lebenssituation von LSBTI\* Geflüchteten bei. Mit diesem Band III setzen wir die Reihe von rechtlichen Expertisen mit einem weiteren Thema fort, welches sich aus unserer Arbeit mit der Zielgruppe ergeben hat.

Berlin im Dezember 2020  
Marcel de Groot,  
Geschäftsführer Schwulenberatung Berlin



## 1. PROBLEMLAGE UND FRAGESTELLUNG

Geflüchtete trans\* Personen befinden sich in einer ganz eigenen Diskriminierungssituation. Wie trans\* Personen<sup>1</sup> in vielen Ländern der Welt – inklusive der EU und Deutschlands – erleben sie in ihrem alltäglichen Leben und im Kontakt mit staatlichen Stellen Trans\*feindlichkeit. Sie werden angegriffen und benachteiligt, weil sie mit ihrem Geschlecht nicht anerkannt werden. Trans\* Personen erleben Diskriminierungen auf dem Arbeits-<sup>2</sup> und Wohnungsmarkt<sup>3</sup> sowie geschlechtsspezifische Hassgewalt<sup>4</sup>. Nicht-binäre trans\* Personen und binäre trans\* Personen, die kein ausreichendes Passing<sup>5</sup> haben und insbesondere während ihres Transitionsprozesses<sup>6</sup>, sind in Situationen gefährdet, in denen das Recht oder die soziale Ordnung nach einer Zweigeschlechterordnung trennt. Das umfasst Umkleiden und Toiletten genauso wie Gefängnisse und Durchsuchungen durch Polizist\*innen. Außerdem können trans\* Personen besondere Bedarfe haben, die cis-geschlechtliche<sup>7</sup> Personen nicht haben. Dazu gehört insbesondere der Zugang zu trans\*spezifischen medizinischen Behandlungen. Trans\*spezifische medizinische Behandlungen umfassen eine gewünschte Hormontherapie, Epilationen, Operationen wie eine Mastektomie oder einen Brustaufbau, einen Penoidaufbau oder den Aufbau einer Neovagina sowie Adamsapfelkorrekturen. Zu der medizinischen Behandlung von trans\* Geflüchteten zählen wir auch die für die von der Krankenkasse getragenen operativen Eingriffe vorausgesetzten psychologischen Diagnosen und Begutachtungen sowie unabhängig hiervon gewünschte Psychotherapien. Seit einer Entscheidung des Bundessozialgerichts 1987 haben trans\* Personen einen Anspruch auf die Übernahme der Kosten für eine trans\*spezifische medizinische Behandlung durch die gesetzlichen Krankenkassen, wenn andernfalls ein Leidensdruck entsteht, der Krankheitswert hat.<sup>8</sup> Allerdings setzt die Kostenübernahme durch die Krankenkassen einen therapeutischen Prozess voraus,<sup>9</sup> der von trans\* Personen als diskriminierend kritisiert wird.<sup>10</sup>

---

<sup>1</sup> Wenn wir in diesem Text von trans\* sprechen, schließen wir uns dem folgenden Verständnis an: „Mit dem Begriff trans beschreiben wir Menschen, die sich nicht mit dem bei ihrer Geburt zugewiesenen Geschlecht identifizieren. Das Wort trans mit offener Endung ist ein von der Community selbst gewählter Begriff und umfasst eine Vielzahl von Identitäten. Trans Personen können körperliche Angleichung oder rechtliche Anerkennung ihrer Identität anstreben. Es gibt trans Personen, die sich im binären Rahmen von weiblich oder männlich wiederfinden; viele trans Personen identifizieren sich aber auch außerhalb dieser Kategorien. [...]“ (Glossar, in: Appenroth/Castro Varela (Hrsg.), Trans & Care, S. 15). Bei der Fokussierung auf ein Identitätsmerkmal darf nicht vergessen werden, dass dieses Merkmal mit anderen zusammenfallen kann. So können trans\* Personen ebenfalls inter\* sein oder von Homofeindlichkeit oder Sexismus betroffen sein.

<sup>2</sup> FRA, Leben als Trans\* in der EU, S. 4; Nachweise zur internationalen Situation von Trans\* Personen: Franzen/Sauer, Benachteiligung von Trans\* Personen, S. 34ff.; Zahlen zur EU-weiten Situation: Europäische Kommission, Trans- und intersexuelle Menschen, S. 23.

<sup>3</sup> Mit weiteren Nachweisen Franzen/Sauer, Benachteiligung von Trans\* Personen, S. 55

<sup>4</sup> FRA, Leben als Trans\* in der EU, S. 6ff.; Mit Nachweisen zur Situation in der EU, Europäische Kommission, Trans- und intersexuelle Menschen, S. 24.

<sup>5</sup> „Als Passing [...] wird verstanden, dass das gelebte und das (bewußt) performierte Geschlecht als eben dieses Geschlecht gelesen und von der Umwelt verstanden wird.“ (Glossar, in: Appenroth/Castro Varela (Hrsg.), Trans & Care, S. 14).

<sup>6</sup> Plett, Diskriminierungspotentiale, S. 41.

<sup>7</sup> „Als Cis oder cis-geschlechtlich werden jene Menschen bezeichnet, die sich mit dem ihnen bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht identifizieren.“ (Glossar, in: Appenroth/Castro Varela (Hrsg.), Trans & Care, S. 11).

<sup>8</sup> BSG, Urteil vom 06.08.1987, Az. 3 RK 15/86.

<sup>9</sup> Für eine ausführliche Darstellung siehe: Rauchfleisch, Medizinische Einordnung von Trans\*identität.

<sup>10</sup> Franzen/Sauer, Benachteiligung von Trans\* Personen, S. 49.

Trans\* Geflüchtete<sup>11</sup> in einem laufenden Asylverfahren sind darüber hinaus als geflüchtete Personen während des Asylverfahrens zahlreichen Einschränkungen ausgesetzt, die alle Personen unabhängig von ihrer geschlechtlichen Identität betreffen, die sich in Deutschland in einem laufenden Asylverfahren befinden. Diese Einschränkungen umfassen Wohnsitzauflagen, Unsicherheit bezüglich der Zukunft, insbesondere die Angst vor Abschiebung und eine prekäre Gesundheitsversorgung. Personen, die sich in einem laufenden Asylverfahren befinden, erhalten in Deutschland keine Gesundheitsversorgung wie alle anderen, sondern eine eingeschränkte Sonderversorgung nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG). Personen mit einem laufenden Asylverfahren können nur bei bestimmten gesundheitlichen Problemen überhaupt eine fachliche Versorgung in Anspruch nehmen und unterliegen zudem in einigen Bundesländern weiterhin dem besonderen bürokratischen Prozedere, im Vorhinein einer ärztlichen Versorgung einen Behandlungsschein beantragen zu müssen. Als trans\* Personen können trans\* Geflüchtete besondere trans\*spezifische Gesundheitsbedarfe haben. Die unzulänglichen Systeme einer auch für cis-Personen<sup>12</sup> weitläufig als unzureichend beschriebenen medizinischen Versorgung von Personen, die nach dem Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) leistungsberechtigt sind, und die kritikwürdige Versorgung von trans\* Personen mit vollem Zugang zum Gesundheitssystem vereinen sich dann in der Person des\*r trans\* Geflüchteten zu einer besonders prekären Situation. Diese intersektionale Gefährdungslage ist Ausgangspunkt der vorliegenden Analyse, die untersucht, welche rechtlichen Ansprüche trans\* Geflüchtete während des Asylverfahrens auf eine trans\*spezifische medizinische Versorgung haben. Diese Untersuchung ist ein Beitrag in der Debatte um die adäquate, nicht paternalistische und von Pathologisierung absehbende medizinische Behandlung von trans\* Personen, indem sie die spezifische rechtliche Situation von trans\* Geflüchteten im Asylverfahren in den Fokus rückt. Es handelt sich um eine rechtsdogmatische Ausführung, die davon absieht, sozialwissenschaftlich die Situation von trans\* Personen in der Gesundheitsversorgung zu thematisieren. Insofern sei auf den Sammelband „Trans & Care“<sup>13</sup> als wichtiges Dokument in der deutschsprachigen Debatte verwiesen.

Neben der rechtsdogmatischen Analyse stützt sich die Untersuchung auf die Erfahrungen der Fachstelle für LSBTI\* Geflüchtete der Schwulenberatung Berlin. In der Fachstelle stellen trans\* Personen seit ihrer Eröffnung im Jahr 2016 neben schwulen cis-Männern die größte Gruppe der Ratsuchenden dar. Ihre Anliegen und Fragen sind vielfältig. Sie reichen vom Beratungs- und Unterstützungsbedarf im Asylverfahren bis zu Wünschen und Er-

---

<sup>11</sup>Für diesen Beitrag meinen wir mit trans\* Geflüchteten stets Personen in einem laufenden Asylverfahren, für die qua ihres Aufenthaltsrechtlichen Status die Sondergesetzgebung des Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) gilt. Nicht weiter eingegangen wird auf diejenigen Personen, die aufgrund des Zeitablaufs, nämlich nach 18 Monaten Aufenthalt in Deutschland, gemäß § 2 AsylbLG analog Leistungen nach dem SGB XII erhalten.

<sup>12</sup>„Als Cis oder cis-geschlechtlich werden jene Menschen bezeichnet, die sich mit dem ihnen bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht identifizieren.“ (Glossar, in: Appenroth/Castro Varela (Hrsg.), Trans & Care, S. 11).

<sup>13</sup>Appenroth/Castro Varela (Hrsg.), Trans & Care.

wartungshaltungen bezogen auf einen Transitionsprozess. Manche Geflüchtete haben sich bisher nicht als trans\* geoutet, andere haben konkrete medizinische Maßnahmen zu körperlichen Veränderungen ergriffen. Zu letzteren zählen auch Hormonselfstmedikationen. Die Fachstelle für LSBTI\* Geflüchtete der Schwulenberatung Berlin beobachtet in ihrer Arbeit eine faktisch bestehende besondere Vulnerabilitätssituation von trans\* Geflüchteten.

Wie bereits an anderer Stelle festgestellt wurde, decken die Regelungen der §§ 4, 6 Asylbewerberleistungsgesetz (AsylbLG) isoliert betrachtet, die trans\*spezifischen Bedarfe bei der medizinischen Versorgung für trans\* Geflüchtete regelmäßig nicht ab.<sup>14</sup> Eine solche Rechtslage ist jedoch menschen-, grundrechts- und unionsrechtswidrig. Trans\* Personen müssen auch während eines Asylverfahrens vollen Zugang zu trans\*spezifischen Gesundheitsleistungen haben. Nur so kann ihr Grund- und Menschenrecht auf geschlechtliche Selbstbestimmung gewahrt werden. Zudem entsprechen die §§ 4, 6 AsylbLG nicht den Anforderungen der unionsrechtlichen Aufnahme-Richtlinie (AufnahmeRL). Die Normen des AsylbLG müssen daher entweder verfassungs- und unionsrechtskonform so ausgelegt werden, dass trans\*spezifische Bedarfe als Regelfall bei § 6 AsylbLG beachtet werden oder Art. 19 AufnahmeRL muss unmittelbar angewendet werden.

## **2. GRUND- UND MENSCHENRECHTLICHER SCHUTZ DER GESCHLECHTSIDENTITÄT**

Bevor spezifische Ansprüche auf gesundheitliche Versorgung von trans\* Geflüchteten im Asylverfahren geprüft werden, möchten wir die grundsätzlichen Wertungen bezüglich der Geschlechtsidentität im Völker-, Unions- und nationalen Verfassungsrecht herausarbeiten. Der Schutz der Geschlechtsidentität als Grund- bzw. Menschenrecht wird auf all diesen Ebenen gewährleistet. Dieser Schutz setzt den Rahmen für die Debatte um eine trans\*spezifische gesundheitliche Versorgung. Völkerrechtlich wird im Folgenden die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) beleuchtet, unionsrechtlich die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU-Grundrechtecharta, GRCh) und nationalrechtlich die Grundrechte nach dem Grundgesetz (GG). Diese Ebenen sind miteinander verflochten. Die EMRK gilt in Deutschland nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG im Rang eines einfachen Bundesgesetzes. Die EMRK nimmt auf die nationalen Grundrechte des Grundgesetzes über den Rang als einfaches Bundesgesetz hinaus Einfluss. Das Bundesverfassungsgericht zieht die EMRK auch als Auslegungshilfe bei der Interpretation der Grundrechte heran. Die EMRK hilft so dabei, den Inhalt und die Reichweite der Grundsätze des Grundgesetzes zu ermitteln.<sup>15</sup> Nach Art. 6 Abs. 3 EUV sind die Menschenrechte der EMRK zudem Teil des Unionsrechts im Rang des Primärrechts. Daneben gilt für die Mitgliedstaaten der EU gem. Art. 51 Abs. 1

---

<sup>14</sup> Vgl. Kanalan, VSSR 3/2016, 161.

<sup>15</sup> BVerfG, Beschluss v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, Rn. 32.

S. 1 GRCh die Grundrechte-Charta bei der Durchführung von Unionsrecht. Soweit die Rechte der GRCh Rechte enthalten, die auch durch die EMRK geschützt sind, entsprechen sie der Bedeutung und Tragweite der EMRK-Rechte gem. Art. 53 Abs. 3 GRCh. Infolgedessen gelten alle Menschenrechte der EMRK und alle vom EGMR entwickelten Schutzrechte auch auf Unionsebene.

#### a. Europäische Menschenrechtskonvention

Die EMRK schützt trans\* Personen in ihrer geschlechtlichen Identität. Den Schutz der geschlechtlichen Identität von trans\* Personen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Art. 8 EMRK, dem Schutz der Privatsphäre, verankert, nachdem er zunächst in einigen ablehnenden Entscheidungen den Standpunkt vertreten hatte, der Umgang mit sogenannter Transsexualität sei Sache der Nationalstaaten und stelle somit keinen Verstoß gegen die EMRK dar.<sup>16</sup> Nunmehr erkennt der EGMR eine positive Handlungspflicht der Vertragsstaaten, die geschlechtliche Identität von trans\* Personen anzuerkennen, wegen des Schutzes der Geschlechtsidentität nach Art. 8 EMRK. Den Begriff der Privatsphäre versteht der EGMR dabei weit. Sie umfasst auch Aspekte der individuellen physischen und sozialen Identität<sup>17</sup> und damit auch die Geschlechtsidentität.<sup>18</sup> Art. 8 EMRK schützt das Recht von trans\* Personen auf physische und moralische Sicherheit.<sup>19</sup> Art. 8 EMRK beinhaltet zudem ein Recht auf persönliche Entwicklung für trans\* Personen und das Recht, Beziehungen mit Anderen und der Außenwelt einzugehen und diese weiter zu entwickeln.<sup>20</sup> Dieser Schutz stützt sich auch auf die Achtung der Menschenwürde als Wesen der Konvention.<sup>21</sup> Zudem beruht der Schutz der Privatsphäre nach Art. 8 EMRK auf dem Grundsatz der persönlichen Autonomie, der der Auslegung von Art. 8 EMRK zugrunde liegt.<sup>22</sup> Aus der persönlichen Autonomie leitet der EGMR inzwischen auch ein Recht auf Selbstbestimmung für trans\* Personen ab.<sup>23</sup> Der EGMR konzipiert damit Fälle von Benachteiligungen wegen der Geschlechtsidentität als Verletzung von Persönlichkeitsrechten.<sup>24</sup>

Konkret hat das Gericht mit einer Reihe von Entscheidungen trans\* Personen verschiedene Schutzrechte eingeräumt. Das Gericht hat die Verweigerung der Änderung des

---

<sup>16</sup> Adamietz, Geschlecht als Erwartung, S. 50 m.w.N.

<sup>17</sup> EGMR, Entscheidung v. 06.04.2017 – Nr. 79885/12, 52471/13, 52596/13 (A.P., Garçon und Nicot/Frankreich), Rn. 92; EGMR, Urteil v. 12.06.2003 – Nr. 25968/97 (van Kück/Deutschland), Rn. 69.

<sup>18</sup> EGMR, Urteil v. 12.06.2003 – Nr. 25968/97 (van Kück/Deutschland), Rn. 69.

<sup>19</sup> EGMR, Entscheidung v. 06.04.2017 – Nr. 79885/12, 52471/13, 52596/13 (A.P., Garçon und Nicot/Frankreich), Rn. 93; EGMR, Urteil v. 12.06.2003 – Nr. 25968/97 (van Kück/Deutschland), Rn. 69.

<sup>20</sup> EGMR, Urteil v. 12.06.2003 – Nr. 25968/97 (van Kück/Deutschland), Rn. 69.

<sup>21</sup> EGMR, Urteil v. 12.06.2003 – Nr. 25968/97 (van Kück/Deutschland), Rn. 69.

<sup>22</sup> EGMR, Urteil v. 12.06.2003 – Nr. 25968/97 (van Kück/Deutschland), Rn. 69; EGMR, Entscheidung v. 11.07.2002 – Nr. 28957/95 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich), Rn. 90; EGMR, Entscheidung v. 11.10.2018 – Nr. 55216/08 (S.V./Italien), Rn. 55.

<sup>23</sup> EGMR, Entscheidung v. 11.10.2018 – Nr. 55216/08 (S.V./Italien), Rn. 55; EGMR, Entscheidung v. 06.04.2017 – Nr. 79885/12, 52471/13, 52596/13 (A.P., Garçon und Nicot/Frankreich), Rn. 93.

<sup>24</sup> Adamietz, Geschlecht als Erwartung, S. 51; Chebout, Queering Intl Law, S. 138.

Geschlechtseintrags oder die Koppelung der Änderung an die Bedingung einer Operation, die körperliche Geschlechtsmerkmale verändert,<sup>25</sup> oder einer Sterilisation<sup>26</sup> als Verstoß gegen Art. 8 EMRK gewertet. Ferner verstößt nach dem EGMR das Fehlen von rechtlichen Anspruchsgrundlagen, die eine geschlechtsbestätigende Operation ermöglichen sollen, genauso gegen Art. 8 EMRK<sup>27</sup> wie die Verweigerung der rechtlichen Anerkennung des Geschlechts von postoperativen trans\* Personen<sup>28</sup>. Die Verweigerung der Kostenübernahme einer Operation kann gleichermaßen eine Missachtung des Privatlebens im Sinne von Art. 8 EMRK darstellen.<sup>29</sup> Demzufolge soll das nationale Recht der Vertragsparteien, auch Deutschlands, im Licht des Rechts auf Achtung des Privatlebens nach Art. 8 EMRK geschlechtsbestätigende medizinische Maßnahmen ermöglichen, deren Kosten übernehmen und nach einem operativen Eingriff (ohne einen solchen vorauszusetzen) die Änderung der Geschlechtseintragung zulassen.

### **b. Grundrechtecharta**

Zwar sind einige Entscheidungen des EuGH zu geschlechtlicher Identität ergangen,<sup>30</sup> uns sind jedoch keine Entscheidungen zum Schutz der geschlechtlichen Identität unter der Grundrechtecharta bekannt. Die Unionsgrundrechte haben nach Art. 52 Abs. 3 GRCh die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die entsprechenden Rechte aus der EMRK. Die Grundrechtecharta (GRCh) gewährleistet auch das Recht auf Achtung des Privatlebens nach Art. 7 GRCh und verbietet ihrerseits die Diskriminierung wegen des Geschlechts nach Art. 21 GRCh. Art. 7 GRCh ist Art. 8 EMRK nachgebildet und soll dessen Inhalt haben.<sup>31</sup> Der Schutz nach Art. 7 GRCh beinhaltet auch den Schutz der körperlichen und psychischen Integrität, soweit dieser Schutz nicht bereits durch andere Normen der GRCh gewährleistet wird.<sup>32</sup> Es kann davon ausgegangen werden, dass sich der Schutz der geschlechtlichen Identität unter der GRCh parallel zum Schutz der geschlechtlichen Identität unter der EMRK verhält.

### **c. Grundgesetz**

Das Grundgesetz schützt die Geschlechtsidentität als Teil der Persönlichkeit über das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet jedem Menschen einen autonomen und privaten

---

<sup>25</sup> EGMR, Entscheidung v. 06.04.2017 – Nr. 79885/12, 52471/13, 52596/13 (A.P., Garçon und Nicot/Frankreich); EGMR, Entscheidung v. 11.10.2018 – Nr. 55216/08 (S.V./Italien).

<sup>26</sup> EGMR, Entscheidung v. 10.03.2015 – Nr. 14793/08 (X.Y./Türkei).

<sup>27</sup> EGMR, Entscheidung v. 11.09.2007 – Nr. 27527/03 (L./Litauen), Rn. 57, 59, 60.

<sup>28</sup> EGMR, Entscheidung v. 06.09.2011 – Nr. 56027709 (P./Portugal); EGMR, Entscheidung v. 23.05.2006 – Nr. 32570/03 (Grant/Vereinigtes Königreich); EGMR, Entscheidung v. 11.07.2002 – Nr. 28957/95 (Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich); EGMR, Entscheidung v. 11.07.2002 – Nr. 25680/94 (I./Vereinigtes Königreich).

<sup>29</sup> EGMR, Entscheidung v. 08.01.2009 – Nr. 29002/06 (Schlumpf/Schweiz).

<sup>30</sup> S. für eine überblicksartige Darstellung: Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, S. 54ff.

<sup>31</sup> Meyer- Bernsdorff, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Art. 7, Rn. 1; Michalowski, *Health Care Law*, S. 292

<sup>32</sup> Meyer- Bernsdorff, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Art. 7, Rn. 15.

Bereich, in dem er seine Individualität entfalten kann.<sup>33</sup> Dazu gehört auch das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität als Teil des geschützten Intim- und Sexualbereichs.<sup>34</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat anerkannt, dass die geschlechtliche Identität einer Person „regelmäßig ein konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit ist“.<sup>35</sup>

Zudem besteht für die geschlechtliche Identität ein Diskriminierungsschutz über Art. 3 Abs. 3 GG.<sup>36</sup> Dabei hat das BVerfG festgestellt, dass „die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder männlich noch weiblich ist, in einer überwiegend nach binärem Geschlechtstypus agierenden Gesellschaft besonders hoch“ ist.<sup>37</sup> Denn diese Menschen sind laut BVerfG „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen“.<sup>38</sup> Ohne Probleme fallen darunter nicht-binäre und geschlechtslose Identitäten. Doch auch auf binäre trans\* Personen ist diese Aussage übertragbar, da ihre Diskriminierung ebenfalls darauf beruht, dass sie Angehörige einer Gruppe sind, die in einer nach binärem Geschlechtstypus agierenden Gesellschaft Irritationen auslöst, vor allem bei mangelndem Passing.

### 3. RECHT AUF GESUNDHEITSVERSORGUNG

Wenn wir hier die Ansprüche von trans\* Geflüchteten auf eine trans\*spezifische Gesundheitsversorgung untersuchen, ist neben dem Schutz der geschlechtlichen Identität auch der Schutz und das Recht auf eine Gesundheitsversorgung von Relevanz.

Für alle Menschen in Deutschland besteht ein Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum gemäß Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.<sup>39</sup> Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums sichert alle Mittel zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins<sup>40</sup> und umfasst auch die physische Existenz des Menschen, „also Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene und Gesundheit“.<sup>41</sup> Der Zugang zur gesetzlichen Krankenversicherung von Leistungsbezieher\_innen nach dem SGB II ergibt sich aus der Versicherungspflicht nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 a SGB V. Hinsichtlich des Leistungsanspruchs, der sich aus der gesetzlichen Krankenversicherung ergibt, wird nicht nach dem Grund der Versicherung differenziert. Versicherte erhalten unterschiedslos Zugang zum Leistungskanon des SGB V.

---

<sup>33</sup> BVerfG, Urteil v. 05.06.1973 – 1 BvR 536/72, Rn. 44; Urteil v. 31.01.1989 – 1 BvL 17/87, Rn. 53; Beschluss v. 26.04.1994 – 1 BvR 1299/89 und 1 BvL 6/90, Rn. 24; Urteil v. 13.02.2007 – 1 BvR 421/05, Rn. 59.

<sup>34</sup> BVerfGE, Beschluss v. 06.12.2005 – 1 BvL 3/03, Rn. 47; Beschluss v. 18.07.2006 – 1 BvL 1, 12 /04, Rn. 67; Beschluss v. 27.05.2008 – 1 BvL 10/05, Rn. 37; Beschluss v. 11.01.2011 – 1 BvR 3295/07, Rn. 56.

<sup>35</sup> BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, Rn. 39.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, Rn. 58.

<sup>37</sup> BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, Rn. 59.

<sup>38</sup> BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, Rn. 59.

<sup>39</sup> BVerfG, Urteil v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, Rn. 133.

<sup>40</sup> BVerfG, Urteil v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, Rn. 134.

<sup>41</sup> BVerfG, Urteil v. 09.02.2010 – 1 BvL 1/09, Rn. 135.

Nach dem BVerfG darf die Gesetzgebung bei der Festsetzung des Existenzminimums keine pauschalen Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit machen.<sup>42</sup> Die Menschenwürde gebietet dies. Demzufolge muss das nationale Recht alle medizinischen Leistungen auch Leistungsberechtigten nach dem AsylbLG gewähren, die der Ermöglichung einer menschenwürdigen physischen Existenz dienen.

Menschenrechtlich ist ein Recht auf Gesundheit in verschiedenen Verträgen normiert. Sowohl Art. 25 Allgemeine Erklärung der Menschenrechte als auch Art. 11 Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau<sup>43</sup>, Art. 24 Übereinkommen über die Rechte des Kindes<sup>44</sup> und Art. 25 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen<sup>45</sup> enthalten ein Recht auf Gesundheit. Die zentrale menschenrechtliche Norm ist Art. 12 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte<sup>46</sup> (IPwskR). All diese Verträge gelten über die jeweiligen Zustimmungsgesetze nach Art. 59 Abs. 2 GG als Teil des geltenden Rechts im Rang eines formellen Gesetzes in Deutschland. Das Recht auf Gesundheit nach Art. 12 IPwskR garantiert kein Recht, gesund zu sein.<sup>47</sup> Doch es garantiert nach dem Wortlaut von Art. 12 IPwskR „das Recht eines jeden Menschen auf das für ihn erreichbare Höchstmaß an körperlicher und geistiger Gesundheit“. Der zuständige UN-Ausschuss für wirtschaftliche, kulturelle und soziale Rechte hat bezüglich der Ausgestaltung des Rechts auf Gesundheit betont, dass der Zugang zur Gesundheitsversorgung gleichberechtigt ausgestaltet sein muss.<sup>48</sup> Insbesondere die Diskriminierung von marginalisierten Gruppen muss vermieden werden.<sup>49</sup> Das Recht darf zwar nach und nach verwirklicht werden. Zu beachten ist jedoch, dass auch die Verwirklichung durch den Staat nach und nach „to the maximum of its available resources“<sup>50</sup> erfolgen muss. Der Staat muss danach alle zur Verfügung stehenden Mittel einsetzen.<sup>51</sup> Der Ausschuss hat auch Asylsuchende explizit in den Schutzbereich des Rechts auf Gesundheit eingeschlossen.<sup>52</sup>

---

<sup>42</sup> BVerfG, Urteil v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, Rn. 63.

<sup>43</sup> BGBl. 1985 II, S. 647.

<sup>44</sup> BGBl. 1992 II, S. 121.

<sup>45</sup> BGBl. 2008 II, S. 1419.

<sup>46</sup> BGBl. 1973 II, S. 1569.

<sup>47</sup> Kanalan/Krajewski/Geks, Das Menschenrecht auf Gesundheit, S. 210f.

<sup>48</sup> CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 vom 11.08.2000, UN-Doc. E/C.12/2000/4

<sup>49</sup> CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 vom 11.08.2000, UN-Doc. E/C.12/2000/4, Ziff. 12 (b) (i).

<sup>50</sup> Art. 2 Abs. 1 IPwskR

<sup>51</sup> Kanalan/Krajewski/Geks, Das Menschenrecht auf Gesundheit, S. 211.

<sup>52</sup> CESCR, Allgemeine Bemerkung Nr. 14 vom 11.08.2000, UN-Doc. E/C.12/2000/4, Ziff. 33.

#### 4. SEKUNDÄRRECHTLICHE EUROPARECHTLICHE VORGABEN FÜR DIE AUSGESTALTUNG DER GESUNDHEITSVERSORGUNG

Die Europäische Union hat zwecks Harmonisierung des Asylrechts die Aufnahme-richtlinie<sup>53</sup> im Jahr 2003 „zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern“ erlassen und mit ihrer Novellierung (Richtlinie 2013/33/EU) teilweise modifiziert. Die Aufnahme-richtlinie gilt nach Art. 2 lit. a und b AufnahmeRL für Drittstaatsangehörige oder Staatenlose, die einen Antrag auf internationalen Schutz gestellt haben, über den noch nicht endgültig entschieden wurde. Bestandskräftig abgelehnte Asylbewerber\*innen oder Personen mit Duldung werden nicht erfasst. Die Normen der Richtlinien setzen einen Mindeststandard von Rechten für Personen fest, die internationalen Schutz beantragen. Sie soll „diesen Personen ein menschenwürdiges Leben ermöglichen und vergleichbare Lebensbedingungen in allen Mitgliedstaaten gewährleisten“<sup>54</sup>. Art. 17 Abs. 2 AufnahmeRL schreibt vor, dass Leistungen an schutzsuchende Personen dem Mindeststandard „eine[s] angemessenen Lebensstandard[s] entsprechen“ müssen. Die AufnahmeRL enthält auch eine Vorschrift explizit zur Gesundheitsversorgung von schutzsuchenden Personen. Das Recht auf medizinische Versorgung wird in Art. 19 AufnahmeRL geregelt und in den Normalfall in Abs. 1 und den Fall von besonderen Bedürfnissen in Abs. 2 unterteilt. Wie jede EU-Richtlinie setzt die AufnahmeRL also einen Rahmen, innerhalb dessen die Mitgliedstaaten die konkreten Normen setzen. Grundsätzlich können trans\* Geflüchtete daher nicht direkt aus der Richtlinie Ansprüche ableiten. Richtlinien sind nach Art. 288 UAbs. 3 AEUV an die Mitgliedstaaten gerichtet. Sie erlangen innerstaatliche Geltung durch einen Umsetzungsakt. Bei der Umsetzung haben die Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum bei der Wahl der Form und der Mittel. Art. 19 Abs. 1 und 2 AufnahmeRL werden im Folgenden mit ihrem Gewährleistungsumfang dargestellt und es wird untersucht, inwieweit sie trans\*spezifische Gesundheitsleistungen erfassen.

##### a. Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL

Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL besagt, dass „die Mitgliedstaaten dafür Sorge [tragen], dass Antragsteller die erforderliche medizinische Versorgung erhalten, die zumindest die Notversorgung und die unbedingt erforderliche Behandlung von Krankheiten und schweren psychischen Störungen umfasst“.

Die Mitgliedstaaten müssen daher eine erforderliche medizinische Versorgung sicherstellen, die mindestens eine Notversorgung beinhaltet. Die Formulierung der Norm zeigt aber auch, dass eine erforderliche medizinische Versorgung nicht deckungsgleich mit einer Notversorgung ist, sondern darüber hinaus gehen kann.

---

<sup>53</sup> Richtlinie 2003/ 9/ EG des Rates vom 27.01.2003 zur Festlegung von Mindestnormen für die Aufnahme von Asylbewerbern in den Mitgliedstaaten, EU ABI. L31/18.

<sup>54</sup> Erwägungsgrund Nr. 9, 11 AufnahmeRL.

Unbedingt erforderlich sind solche Leistungen, deren Versagen unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls und der menschenrechtlichen Belange der Betroffenen zu einer Verletzung ihrer Rechte führen würden.<sup>55</sup> Zu berücksichtigende Kriterien sind das Ausmaß und die Intensität der tatsächlichen Beeinträchtigung bei Leistungsablehnung und andere geeignete und kostengünstigere, zur Verfügung stehende Leistungen.<sup>56</sup> Als entscheidendes Kriterium für den Umfang von Leistungen hat der EuGH die Menschenwürde der schutzsuchenden Person betont.<sup>57</sup> Seit der Novellierung der Aufnahmerichtlinie gilt diese Orientierung an der Menschenwürde ausnahmslos.<sup>58</sup>

Die geschlechtliche Identität betrifft den engsten Kern der Persönlichkeit. Im deutschen Verfassungsrecht zeigt sich das durch die Zuordnung zum engsten Bereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts: der Intim- und Sexualsphäre. Über das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist sie zudem mit der Menschenwürde verbunden. Das gilt auch auf EU-Ebene, denn der EGMR hat ebenfalls anerkannt, dass die geschlechtliche Identität mit der Menschenwürde verbunden ist.<sup>59</sup> Die Rechtsprechung des EGMR gilt auch bei der Auslegung und Anwendung von EU-Recht gem. Art. 6 Abs. 3 EUV. Geschützt ist über den Menschenwürdekern gerade das So-Sein von trans\* Personen und anderen geschlechtlichen Minderheiten – wie im Übrigen der geschlechtlichen Mehrheiten. Bei der Frage nach Ansprüchen auf eine trans\*spezifische Gesundheitsversorgung geht es um eine körperliche Modifikation, also prima facie eher ein So-Werden als ein So-Sein. Das Besondere an einer trans\* Identität ist dabei gerade, dass das körperliche Sein in vielen Fällen nicht dem eigenen Geschlecht entspricht. Im Falle von trans\* Personen hängt ein Leben in Selbstakzeptanz und Selbstachtung oft eng mit der Gewährleistung trans\*spezifischer medizinischer Leistungen, z.B. von einer geschlechtsbestätigenden Operation, ab. Trans\* Personen, die medizinische Angleichungsmaßnahmen wünschen, können erst durch und mit diesen Maßnahmen als die Person, die sie sind, leben. Mit der rechtlichen Anerkennung von trans\* Personen in ihrer Identität geht es gerade um die Anerkennung der Person, die man ist, obwohl bei Geburt etwas Anderes vermutet und vorgegeben wurde. Der EGMR hat eine Verbindung zwischen der Geschlechtsidentität und körperverändernden medizinischen Eingriffen hergestellt.<sup>60</sup> In Schlumpf/Schweiz äußerte sich der EGMR zwar nicht dazu, ob grundsätzlich die Nichtübernahme trans\*spezifischer Leistungen durch die Krankenkassen eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellt. Er stellte jedoch fest, dass eine Verzögerung von zwei Jahren bei den geschlechtsbestätigenden Operationen der Beschwerdeführerin eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstelle, weil mit Sicht auf das fortgeschrittene Alter der Beschwerdeführerin, diese Verzögerung dazu führen

---

<sup>55</sup> Kanalan, VSSR 3/2016, 161 (I74f.).

<sup>56</sup> LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 19.05.2014 – L20 AY 90/13; Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.1.2007 – L 7 AY 6025/06 PKH-B.

<sup>57</sup> EuGH, Urteil v. 27.02.2014, Rs. C-79/13, Rn. 35.

<sup>58</sup> Kanalan, VSSR 3/2016, 161 (I73, Fn. 69).

<sup>59</sup> EGMR, Urteil v. 12.06.2003 – Nr. 25968/97 (van Kück/Deutschland), Rn. 69.

<sup>60</sup> EGMR, Entscheidung v. 11.09.2007 – Nr. 27527/03 (L./Litauen), Rn. 59

könnte, dass sie die Operationen gar nicht mehr oder nur unter erhöhtem Risiko durchführen könnte. Hier stellte der EGMR fest, dass die Interessen der Versicherung und der Beschwerdeführerin nicht zu einem gerechten Ausgleich gebracht wurden.<sup>61</sup> Dahinter steht das grundlegende Verständnis, dass geschlechtsbestätigende Operationen Teil des menschenrechtlich geschützten Ausdrucks einer trans\* Identität sind. Auch wenn es noch nicht höchstgerichtlich entschieden ist, ob ein grundsätzlicher Anspruch auf Übernahme medizinischer Leistungen zur Angleichung nicht nur des rechtlichen, sondern auch der körperlichen Geschlechtsmerkmale besteht, ist ein solcher Anspruch aus menschenrechtlicher Perspektive zu bejahen. Geschlechtsbestätigende medizinische Maßnahmen weisen eine enge Verbindung zur Menschenwürde auf. Sie müssen daher auch vom Umfang der Leistungen nach Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL erfasst sein.

#### **b. Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL**

Über den Umfang der Ansprüche nach Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL hinausgehend, verpflichtet Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL die Mitgliedstaaten, besonders schutzbedürftigen Personen medizinische Leistungsansprüche zu gewähren, die über die durch Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL geforderte Versorgung in Notfällen und bei unbedingter Erforderlichkeit hinausgehen. Nach dem Wortlaut des Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL „[gewähren] die Mitgliedstaaten Antragstellern mit besonderen Bedürfnissen bei der Aufnahme die erforderliche medizinische oder sonstige Hilfe, einschließlich erforderlichenfalls einer geeigneten psychologischen Betreuung“. Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL gewährleistet eine qualifizierte medizinische Versorgung in der Form jeder erforderlichen medizinischen oder sonstigen Hilfe für besonders schutzbedürftige Personen. Die erforderliche medizinische und sonstige Hilfe i.R.d. Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL umfasst bereits nach dem Wortlaut auch eine erforderliche geeignete psychologische Betreuung.<sup>62</sup> Im Folgenden zeigen wir, dass trans\* Personen spätestens von Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL erfasst sind, wenn man eine Subsumtion unter Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL ablehnt. Voraussetzung, um von Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL erfasst zu werden, ist, dass die Person besonders schutzbedürftig ist.

#### **aa. besondere Schutzbedürftigkeit**

Asylbewerber\*innen mit besonderen Bedürfnissen sind nach Art. 2 lit. k AufnahmeRL schutzbedürftige Personen gemäß Art. 21 AufnahmeRL oder Personen, die besondere Bedürfnisse im Sinne von Art. 22 AufnahmeRL haben. Nach Art. 21 AufnahmeRL sind „Personen wie Minderjährige, unbegleitete Minderjährige, Behinderte, ältere Menschen, Schwangere, Alleinerziehende mit minderjährigen Kindern, Opfer des Menschenhandels, Personen mit schweren körperlichen Erkrankungen, Personen mit psychischen Störungen und Personen, die Folter, Vergewaltigung oder sonstige schwere Formen psychischer, physischer oder sexueller Gewalt erlitten haben, z. B. Opfer der Verstümmelung weib-

---

<sup>61</sup> EGMR, Entscheidung v. 08.01.2009 – Nr. 29002/06 (Schlumpf/Schweiz), Rn. 115.

<sup>62</sup> JurisPK-SGB XII - Frerichs, § 6 AsylbLG, Rn. 28.

licher Genitalien“ besonders schutzbedürftig. Die Aufzählung ist beispielhaft und nicht abschließend. Die Richtlinienggebung hat diese Personengruppen explizit aufgeführt, damit ihre besondere Schutzbedürftigkeit sichergestellt wird.<sup>63</sup> Die offene Aufzählung in Art. 21 AufnahmeRL schließt eine Erweiterung der besonders schutzbedürftigen Personengruppen nicht aus. Es obliegt den Mitgliedstaaten nach Art. 22 AufnahmeRL schutzbedürftige Personen bei der Aufnahme zu identifizieren. Zudem müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 22 Abs. 1 S. 1 AufnahmeRL nach Feststellung der Schutzbedürftigkeit die konkrete Art der besonderen Bedürfnisse ermitteln. Nach Art. 22 Abs. 1 UAbs. 2 AufnahmeRL muss dieses zweistufige Verfahren innerhalb einer angemessenen Frist nach Eingang des Asylantrags erfolgen. Auch wenn die besonderen Bedürfnisse später auftreten oder erkennbar werden, sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, diese zu berücksichtigen. Die Kriterien, nach denen die Prüfung der Schutzbedürftigkeit erfolgen soll, sind nicht in der Richtlinie enthalten. Demzufolge verfügen die Mitgliedstaaten bei der Beurteilung der Schutzbedürftigkeit über einen Ermessensspielraum. Aus den in der Richtlinie explizit genannten Gruppen lassen sich jedoch wesentliche Faktoren für die Prüfung ableiten. Diese Kriterien sind die Benachteiligung entlang unterschiedlicher Merkmale, die Stigmatisierung oder Traumatisierung aufgrund von negativen Erfahrungen und die gesteigerte Gefährdung physisches oder psychisches Leid während des Asylverfahrens zu erfahren.<sup>64</sup>

#### **bb. Trans\* Personen als besonders schutzbedürftige Personen**

Trans\* Personen sind in dem Kanon der besonders Schutzbedürftigen im Wortlaut der AufnahmeRL nicht genannt. In einer Gesellschaft, die in großen Teilen nach einem Zweigeschlechtersystem agiert, in dem Geschlecht als biographisch unveränderlich und an bestimmte somatische Voraussetzungen geknüpft verstanden wird, teilen trans\* Geflüchtete mit den in Art. 21 AufnahmeRL ausdrücklich benannten schutzbedürftigen Gruppen eine spezifische Vulnerabilität. Trans\* Personen sind weltweit und auch in Deutschland erheblicher Diskriminierung in vielen Lebensbereichen ausgesetzt (s.o. Einleitung m.N.). 2017 führte das Bundesverfassungsgericht aus, dass „die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder männlich noch weiblich ist, in einer überwiegend nach binärem Geschlechtstypus agierenden Gesellschaft besonders hoch“ ist.<sup>65</sup> Sie sind laut BVerfG „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen“.<sup>66</sup> Das erfasst neben inter\* Personen auch alle trans\* Personen. Gerade weil sie eine strukturell benachteiligte Gruppe sind, haben trans\* Geflüchtete besondere Sicherheitsbedarfe.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Kanalan, VSSR 3/2016, 161 (177).

<sup>64</sup> Kanalan, VSSR 3/2016, 161 (178).

<sup>65</sup> BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 –, Rn. 59.

<sup>66</sup> BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 –, Rn. 59.

<sup>67</sup> Held, Sexual Orientation and Gender Identity Claims of Asylum in Germany – Intersectional Legal, Social and Methodological Challenges, in: Küppers, Refugees & Queers, Forschung und Bildung an der Schnittstelle von LSBTTIQ, Fluchtmigration und Emanzipationspolitiken, Bielefeld 2019, 53 (72).

Entsprechend haben sich in Deutschland einzelne Bundesländer dazu entschieden, LSBTI\* als besonders schutzbedürftig im Sinne der Aufnahmeleitlinie zu verstehen. Ein bundesweit einheitliches Vorgehen gibt es nicht. Zur Zeit werden LSBTI\* in Berlin, Thüringen und Sachsen als besonders schutzbedürftig anerkannt. In der Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Fraktion DIE LINKE wird hinsichtlich tiefergehender Erkenntnisse über die Situation von LSBTI\* Geflüchteten im Asylverfahren auf die Kompetenzen der Länder verwiesen.<sup>68</sup> Es wird zudem auf die durch das BMFSFJ herausgegebenen „Mindeststandards zum Schutz von geflüchteten Menschen in Flüchtlingsunterkünften“<sup>69</sup> hingewiesen. Diese beinhalten einen Annex mit Mindeststandards für die sichere Unterbringung von LSBTI\* Geflüchteten. Zumindest auf der Ebene von Empfehlungen geht damit dieses Bundesministerium davon aus, dass trans\* Geflüchtete eines besonderen Schutzes in Unterkünften bedürfen.

Trans\* Geflüchtete sind als ungenanntes Regelbeispiel unter Art. 21 AufnahmeRL zu subsumieren. Ihre medizinischen Bedarfe nicht zu erkennen und ihnen einen spezifischen staatlichen Schutz nicht zukommen zu lassen, birgt daher die Gefahr, unionsrechtliche Standards zu unterlaufen. Trans\* Geflüchtete sollten daher erstens auch in den übrigen Bundesländern auf die Listen von Personen mit besonderen Schutzbedürfnissen aufgenommen werden. Zweitens ist ihnen wegen ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit unabhängig von der Aufnahme auf Listen eine medizinische Versorgung i.S.d. Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL zukommen zu lassen. Drittens gilt Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL mindestens in den Ländern für trans\* Personen, die trans\* Geflüchtete explizit als besonders schutzbedürftig eingestuft haben, auch wenn man die grundsätzliche Schutzbedürftigkeit von trans\* Geflüchteten ablehnen würde.

### **c. Umsetzungsfrist abgelaufen: Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung**

Die Umsetzungsfrist der AufnahmeRL ist am 20.07.2015 abgelaufen. Bis zu diesem Datum musste Deutschland im nationalen Recht einen Rechtszustand herstellen, der die Rechte aus der AufnahmeRL gewährt. Ein Gesetz, um Änderungen bei der Gesundheitsversorgung von Geflüchteten einzuführen und damit die AufnahmeRL umzusetzen, wurde zwar vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) im August 2014 angekündigt, ist bis heute jedoch ausgeblieben.<sup>70</sup> Die AufnahmeRL wurde so nur eingeschränkt in nationales Recht umgesetzt.<sup>71</sup> Die Bundesregierung geht von einer bereits bestehenden ausreichenden Umsetzung aus, da § 4 AsylbLG Art. 19 Abs. 1 AufnahmeRL entsprechen und besondere medizinische Leistungen, die in Art. 19 Abs 2 AufnahmeRL geregelt sind,

---

<sup>68</sup> BT-Drucks. 19/10308, S. 3.

<sup>69</sup> BMFSFJ, Mindeststandards.

<sup>70</sup> BMAS, Leistungen für Asylbewerber werden verbessert: „In einem zweiten Reformschritt wird die Bundesregierung weitere Änderungen im Bereich der Gesundheitsleistungen im AsylbLG vornehmen und so Vorgaben der EU-Aufnahme Richtlinie umsetzen.“

<sup>71</sup> JurisPK-SGB XII- Frerichs, § 6 AsylbLG, Rn. 24 m.w.N.

nach § 6 AsylbLG gewährt werden könnten.<sup>72</sup> Bereits mit einem Blick lässt sich jedoch erkennen, dass § 6 Abs. 2 AsylbLG mitnichten die gesamte Gruppe der besonders Schutzbedürftigen aus Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL umfasst.<sup>73</sup> Zudem handelt es sich bei Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL um einen Regelanspruch, während § 6 AsylbLG eine Kann-Vorschrift darstellt. Im Rahmen des § 6 AsylbLG werden zudem andere Faktoren berücksichtigt, wie zum Beispiel die Aufenthaltsdauer oder die Dauer der Behandlung. Nach Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL sind Umstände, denen keine medizinische Bedeutung zukommt, hingegen unbedeutend. Infolgedessen stimmen die beiden Vorschriften in Bezug auf ihren Zweck, Inhalt, Umfang und ihre Voraussetzungen nicht überein. Bezüglich § 6 AsylbLG ist daher seit dem Ablauf der Umsetzungsfrist eine richtlinienkonforme Auslegung geboten.<sup>74</sup>

## 5. ANSPRÜCHE NACH §§ 4, 6 ASYLBLG

Die Leistungsansprüche zur Gesundheitsversorgung von Menschen während der ersten 18 Monate des Asylverfahrens ergeben sich in Deutschland aus den §§ 4 und 6 AsylbLG. In diesem Zeitraum unterliegen Asylbewerber\_innen dem Asylbewerberleistungsgesetz. § 5 Abs. 11 S. 3 SGB V konstatiert, dass eine „Absicherung im Krankheitsfall“ bereits dann besteht, wenn ein Leistungsanspruch nach § 4 AsylbLG gegeben ist.

### a. § 4 AsylbLG

§ 4 Abs. 1 S. 1 AsylbLG besagt: „Zur Behandlung akuter Erkrankungen und Schmerzzustände sind die erforderliche ärztliche und zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Arznei- und Verbandmitteln sowie sonstiger zur Genesung, zur Besserung oder zur Linderung von Krankheiten oder Krankheitsfolgen erforderlichen Leistungen zu gewähren.“

Nach dem Gesetzeswortlaut besteht ein Anspruch auf medizinische Versorgung, wenn akute Erkrankungen und Schmerzzustände vorliegen. Unter einer akuten Erkrankung wird der plötzlich auftretende, schnell und heftig verlaufende regelwidrige Körper- oder Geisteszustand verstanden.<sup>75</sup> Unter Schmerzzustand wird ein mit einer aktuellen oder potenziellen Gewebeschädigung verknüpfter komplexer und unangenehmer Sinnes- und Gefühlszustand gefasst, der aus medizinischen Gründen einer ärztlichen Behandlung bedarf.<sup>76</sup> Der Maßstab für die Bestimmung der Leistungspflicht ist immer der akute Behandlungsbedarf des Zustands. Chronische Erkrankungen ohne akuten Handlungsbedarf werden daher nicht erfasst.<sup>77</sup> Krankheitszustände, die einer langfristigen Behandlung

---

<sup>72</sup> Vgl. BT-Drucks. 16/9018, S. 28.

<sup>73</sup> Vgl. JurisPK-SGB XII - Frerichs, § 6 AsylbLG, Rn. 26.

<sup>74</sup> Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 01.02.2018 – L 8 AY 16/17 B ER, Rn. 29; JurisPK-SGB XII - Frerichs, § 6 AsylbLG, Rn. 25 m.w.N.

<sup>75</sup> BeckOK Sozialrecht - Korff, § 4 AsylbLG, Rn. 4

<sup>76</sup> Ebd., Rn 6.

<sup>77</sup> Grube/Wahrendorf/Flint - Leopold, § 4 AsylbLG, Rn. 24.

bedürfen, sollen keine Leistungspflicht auslösen.<sup>78</sup> Medizinische Behandlungen hingegen, die schon angefangen wurden und bei denen behandlungsbedürftige Komplikationen aufgetreten sind oder bei Unterbrechung einer medizinischen Behandlung solche zu erwarten sind, fallen unter § 4 AsylbLG.<sup>79</sup> Um einen Leistungsanspruch auszulösen, muss die Behandlung zudem erforderlich sein, um die akute Krankheit zu lindern oder zu beseitigen. Kriterien zur Prüfung der Erforderlichkeit sind u.a. die Eilbedürftigkeit der Maßnahme, die Eindeutigkeit der Behandlung und die voraussichtliche Behandlungsdauer.<sup>80</sup> Die Entscheidung über die Art und den Umfang der Behandlung ist ausschließlich nach medizinischen Gesichtspunkten zu treffen.<sup>81</sup> Nicht eindeutig medizinisch indizierte Behandlungen sollen keine Leistungspflicht nach § 4 AsylbLG auslösen.<sup>82</sup> Im Fall eines konkreten Handlungsbedarfs sind dann alle Leistungen zu erbringen, die zur Behandlung der akuten Erkrankung bzw. des Schmerzzustandes erforderlich sind. Dabei schließt die Beschränkung entlang des Kriteriums der Erforderlichkeit allerdings einen Anspruch auf eine optimale und umfassende medizinische Versorgung aus.<sup>83</sup> Der Leistungsumfang nach § 4 AsylbLG beschränkt sich daher nur auf eine Notversorgung, die die Behandlung von akuten Symptomen gewährleistet.

Für trans\* Personen, deren Gesundheitsversorgung über das reguläre System des SGB V läuft, beruht ein Leistungsanspruch auf eine trans\*spezifische medizinische Versorgung auf dem Vorliegen eines Leidensdrucks. In der juristischen Bewertung wird Leidensdruck für trans\*spezifische Behandlungen, der den Leistungsanspruch nach SGB V auslöst, weder als akut noch als Schmerzzustand gewertet. Die S3-LL beschreibt als diagnostische Kriterien „eine seit mindestens sechs Monaten bestehende ausgeprägte Diskrepanz zwischen Gender und Zuweisungsgeschlecht“<sup>84</sup>. Die Diagnostik hat „stufenweise“ zu erfolgen. Aus dem in der Leitlinie beschriebenen Verfahren wird deutlich, dass von einem zumindest nicht kurzzeitigen Prozedere auszugehen ist. Dieses steht dem Grundgedanken des § 4 AsylbLG einer Notversorgung in akuten Fällen entgegen. Der Leidensdruck kann daher nicht die Erforderlichkeit einer Behandlung i.S.d. § 4 AsylbLG begründen. Deshalb wird man auch bei vorhergegangenem komplikationsfreiem Behandlungsverlauf im Ausland, die nun nach Einreise von einer nach dem AsylbLG berechtigten Person fortgesetzt werden soll, mangels Schmerzzuständen oder akuten Erkrankungen nicht von einem Anwendungsfall des § 4 AsylbLG ausgehen können. Anders zu beurteilen sind jedoch Fälle, in denen eine Unterbrechung akute Symptome auslösen würde. Es kann sich hierbei sowohl um ope-

---

<sup>78</sup> BT-Drucks. 12/4451, S. 9.

<sup>79</sup> OVG Greifswald: Leistungen nach dem AsylbLG bei chronischen Erkrankungen: NVwZ-RR, 2004, 902, 903.

<sup>80</sup> Kanalan, VSSR 3/2016, 161 (166).

<sup>81</sup> Schönheit/Ziedek, Juristische Grundlagen der medizinischen Versorgung von Flüchtlingen, in: Seybold/Kraatz, Medizinische Flüchtlingsversorgung, Ein praxisorientiertes Handbuch, Berlin: De Gruyter, 2018, 221 (226).

<sup>82</sup> BT-Drucks. 12/4451, S. 9.

<sup>83</sup> BeckOK Sozialrecht- Korff, § 4 AsylbLG, Rn. 13.

<sup>84</sup> S3-LL, S. 19.

rative Eingriffe als auch um, zum Teil ohne ärztliche Begleitung durchgeführte, Hormontherapien handeln. Wenn ein operativer Eingriff bereits stattgefunden hat und in der Folge akut behandlungsbedürftige Komplikationen, wie Operationswunden, auftreten, besteht ein Leistungsanspruch aus § 4 AsylbLG. Allerdings ist dieser Leistungsanspruch auf das Beheben des akuten Zustandes ausgelegt, nicht aber auf ein Fortführen der Angleichungsmaßnahmen. Auch eine bereits begonnene Hormonbehandlung kann einen Anspruch auf eine trans\*spezifische Gesundheitsversorgung nach § 4 AsylbLG auslösen. In der Praxis zeigen sich in den Fällen der Hormonbehandlung zwei Konstellationen: Zum einen kann sich die Person bereits in ihrem Herkunftsstaat in Hormonbehandlung befinden haben. Zum anderen kann sie vor der Asylantragstellung eine Selbstmedikation mit Hormonen begonnen haben. Eine Hormonbehandlung bedarf einer fachärztlichen Begleitung.<sup>85</sup> Auch die Europäische Grundrechteagentur weist die möglichen schwerwiegenden Folgen einer unterbrochenen Hormonbehandlung aus.<sup>86</sup> Um ernsthafte Schädigungen von der Person abzuwenden, empfiehlt es sich daher, eine fachärztliche Behandlung fortzuführen bzw. die Person in eine solche zu überführen.<sup>87</sup> Eine schon begonnene Hormonbehandlung löst daher einen Anspruch auf eine ärztlich begleitete Fortführung der Hormontherapie bereits im Rahmen des § 4 AsylbLG aus.

Der gegenüber den Leistungen nach SGB V verminderte Leistungsumfang bei der gesundheitlichen Versorgung von Asylsuchenden in Deutschland wurde vom UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als Menschenrechtsverletzung gerügt.<sup>88</sup> Auch in der deutschen Debatte mehren sich die Stimmen, die die gegenwärtige Ausgestaltung der Gesundheitsleistungen im AsylbLG für eine ungerechtfertigte Diskriminierung halten.<sup>89</sup> Die Norm wird auch aus deutscher Verfassungssicht zu Recht kritisiert. So lässt sich seit der Entscheidung des BVerfG 2012 kaum noch vertreten, dass die Entscheidung der Gesetzgebung, mit §§ 4 und 6 AsylbLG einen geringeren Lebensstandard zu garantieren als es bei Leistungen nach SGB XII der Fall, verfassungskonform sei.<sup>90</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat hinsichtlich des Grundbedarfs die Differenzierung nach Aufenthaltsstatus als verfassungswidrig erkannt.<sup>91</sup> Eine Entscheidung zur Gesundheitsversorgung von Leistungsberechtigten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz steht zwar noch aus.<sup>92</sup> Dem zentralen Gedanken des Urteils des Bundesverfassungsgerichts

---

<sup>85</sup> Winkler-Crepaz/Müller/Böttcher/Wildt, Hormonbehandlung bei Transgenderpatienten, Gynäkologische Endokrinologie, 1/2017, 39 (40).

<sup>86</sup> FRA, Current Migration Situation in the EU: Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Asylum Seekers, S. 14.

<sup>87</sup> Dies entspricht der Praxis in anderen Staaten der EU. Vgl. FRA, Current Migration Situation in the EU: Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex Asylum Seekers, S. 14f.; siehe auch: Sußner, Legally Queer?, S. 48.

<sup>88</sup> WSK-Ausschuss, Abschließende Bemerkung des Ausschusses für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte Deutschland, 12.07.2011, UN-Doc. E/C.12/DEU/CO/5, Ziff. 13.

<sup>89</sup> Kaltenborn, NZS 2015, 161 (164); Kananan/Krajewski/Geks, Das Menschenrecht auf Gesundheit, S. 220.

<sup>90</sup> JurisPK-SGB XII- Frerichs, § 6 AsylbLG, Rn. 32.

<sup>91</sup> BVerfG, Urteil v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10.

<sup>92</sup> Zu den Argumenten, die für eine Verfassungswidrigkeit sprechen: Kaltenborn, NZS 2015, 161 (162f.).

zu Höhe der Leistungssätze vom 18. Juli 2012<sup>93</sup> folgend ist es mit der Menschenwürde jedoch bereits jetzt nicht in Einklang zu bringen, hinsichtlich des Aufenthaltsstatus im Leistungsrecht zu differenzieren, sofern es „die physische Existenz des Menschen [...] als auch die Sicherung der Möglichkeit der Pflege zwischenmenschlicher Beziehungen und ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben“<sup>94</sup> betrifft. Das gilt auch für die Gesundheitsversorgung. Konkrete Minderbedarfe gegenüber Personen mit einem Daueraufenthaltsrecht müssten nachvollziehbar festgestellt und bemessen werden können.<sup>95</sup> Daran fehlt es jedoch. Stattdessen haben jüngst einige Entscheidungen zur Unterbringung von Geflüchteten in Erstaufnahmeeinrichtungen während der Sars-CoV-19-Pandemie bestätigt, dass bei grundlegenden Menschenrechten keine Differenzierungen zwischen Menschen, die sich im Asylverfahren befinden, und denen, die das nicht sind, vorgenommen werden dürfen.<sup>96</sup> Die Antragsteller\_innen wurden nach § 49 Abs. 2 AsylG aus der Pflicht entlassen, in einer Gemeinschaftsunterkunft zu leben, um sich vor einer Ansteckung mit dem Corona-Virus schützen zu können. Die Gerichte argumentierten durchgehend, dass eine Differenzierung zwischen Geflüchteten und jenen, die nicht verpflichtet sind, in einer Erstaufnahmeeinrichtung zu leben, dem Infektionsschutzgesetz und den darauf beruhenden Verordnungen zuwiderlaufe. Insofern beruht die Argumentation nicht unmittelbar auf einem Benachteiligungsverbot bei der Existenzsicherung gegenüber jenen Menschen, die nicht zum Leben in einer Unterkunft verpflichtet sind. Indem das private Interesse der Antragsteller\_innen auf Nicht-Infektion für die Entscheidung der Gerichte von Gewicht war, ist unausgesprochen die Unversehrtheit der Gesundheit maßgeblich gewesen. Hier wurden keine Abstriche aufgrund des aufenthaltsrechtlichen Status gemacht.

Die Anwendung von § 4 AsylbLG ist daher zwar geltendes Recht und vermittelt im Regelfall keinen Anspruch auf eine trans\*spezifische Gesundheitsleistung. Als diskriminierende Sondergesetzgebung ist die Norm jedoch abzulehnen und stattdessen auch Personen im Asylverfahren der Zugang zur regulären Gesundheitsversorgung zu eröffnen.<sup>97</sup>

---

<sup>93</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10.

<sup>94</sup> BVerfG, Urt. v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/110, Rn. 64.

<sup>95</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 01.02.2018 – L 8 AY 16/17 B ER, Rn. 27.

<sup>96</sup> VG Leipzig, Beschluss v. 22.04.2020 – 3 L 204/20.A; VG Dresden, Beschluss v. 24.04.2020 – 11 L 269/20.A; VG Dresden, Beschluss v. 29.04.2020 – 13 L 270/20.A; VG Chemnitz, Beschluss v. 30.04.2020 – 4 L 224/20.A; VG Münster, Beschluss v. 07.05.2020 – 6a L 365/20; VG Münster, Beschluss v. 12.05.2020 – 5 L 399/20, a.A. OVG NRW, Beschluss v. 16.06.2020 – B 765/20.

<sup>97</sup> So auch Kanalan/Krajweski/Geks, Das Menschenrecht auf Gesundheit, S. 220.

## b. § 6 AsylbLG

§ 6 AsylbLG trägt dem Umstand Rechnung, dass Menschen behandlungsbedürftig erkrankt sein können, auch wenn die Erkrankung weder akut noch mit Schmerzen verbunden ist. Nach § 6 Abs. 1 AsylbLG<sup>98</sup> können „sonstige Leistungen [...] insbesondere gewährt werden, wenn sie im Einzelfall zur Sicherung des Lebensunterhalts oder der Gesundheit unerlässlich, zur Deckung besonderer Bedürfnisse von Kindern geboten oder zur Erfüllung einer verwaltungsrechtlichen Mitwirkungspflicht erforderlich sind [...]“.

§ 6 AsylbLG soll also über die Notversorgung des § 4 AsylbLG hinausgehen. Er stellt eine leistungsrechtliche Auffangvorschrift<sup>99</sup> dar und soll atypische, von § 4 AsylbLG nicht abgedeckte Fälle erfassen.<sup>100</sup> Die Vorschrift bezweckt als Öffnungsklausel, solche Leistungsentscheidungen zu ermöglichen, die dem Erhalt des verfassungsrechtlich garantierten Existenzminimums nach Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 GG dienen.<sup>101</sup> Trans\* Personen könnten eine Leistungsgewährung von trans\*spezifischen Gesundheitsleistungen beanspruchen, wenn sie im Einzelfall zur Sicherung ihrer Gesundheit unerlässlich sind, § 6 Abs. 1 S. 1 Var. 2 AsylbLG. Die Unerlässlichkeit wird im Rahmen einer umfassenden Einzelfallprüfung festgestellt.<sup>102</sup> Sie ist gegeben, wenn die Behandlung sich aus medizinischer Sicht als unbedingt erforderlich erweist und keine gleich geeignete, möglicherweise kostengünstigere Möglichkeit zur Verfügung steht.<sup>103</sup> Kriterien für die Prüfung der Unerlässlichkeit sind neben der Verhältnismäßigkeit der Leistung auch einzelfallbezogene Faktoren wie die Aufschiebbarkeit der Behandlung und die voraussichtliche Dauer des Aufenthalts.<sup>104</sup> Die juristische Literatur geht in großen Teilen davon aus, dass die Norm eng auszulegen ist, um die Beschränkung der Leistungen nach AsylbLG gegenüber SGB XII nicht zu umgehen.<sup>105</sup> So führt auch die Gesetzesbegründung aus, dass die Klausel Leistungen für „besondere Bedarfe im Einzelfall“ ermöglichen soll. Sie nennt als Beispiele Todesfälle, besondere Hygienebedarf und körperliche Beeinträchtigungen.<sup>106</sup>

### aa. Grundrechtsprobleme bei der Anwendung von § 6 AsylbLG

Diese restriktive Auslegung steht jedoch in der Kritik. Bezüglich § 6 AsylbLG gelten dieselben Zweifel an seiner Verfassungskonformität wie bei § 4 AsylbLG: Eine restriktive Auslegung ist daher schon wegen des gebotenen Schutzes des Grundrechts auf Sicherung des Existenzminimums gem. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 1 GG ausgeschlossen.

---

<sup>98</sup> Die Fallkonstellationen des § 6 Abs. 2 AsylbLG werden in diesem Beitrag nicht weitergehend untersucht.

<sup>99</sup> Grube/Wahrendorf/Flint-Leopold, §6 AsylbLG, Rn. 1.

<sup>100</sup> JurisPK-SGB XII- Frerichs, § 6 AsylbLG, Rn. 19.

<sup>101</sup> LSG Hessen, Beschluss v. 11.07.2018 – L 4 AY 9/18 B ER, Rn 28, 31.

<sup>102</sup> BeckOK Sozialrecht- Korff, §6 AsylbLG, Rn 5.

<sup>103</sup> BeckOK Sozialrecht- Korff, §6 AsylbLG, Rn. 10; Grube/Wahrendorf/Flint-Leopold, §6 AsylbLG, Rn. 19.

<sup>104</sup> BeckOK Sozialrecht- Korff, §6 AsylbLG, Rn. 5; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil v. 06.05.2013 – L 20 AY 145/11; Kanalan, VSSR 3/2016, 161 (168).

<sup>105</sup> Grube/Wahrendorf/Flint-Leopold, §6 AsylbLG, Rn. 3.

<sup>106</sup> BT-Drucks. 13/2746, S. 16.

## **bb. Anspruch auf trans\*spezifische Gesundheitsversorgung nach § 6 AsylbLG**

Vielmehr ist bei der Prüfung, ob § 6 AsylbLG eine trans\*spezifische Gesundheitsversorgung umfasst, zu beachten, dass ein weiteres Kriterium bei der Entscheidung, ob eine Leistung vom Anspruch des § 6 Abs. 1 AsylbLG erfasst ist, die Qualität des betroffenen Rechts, mithin seine Grundrechtsrelevanz ist.<sup>107</sup> Wie oben unter 3.a. ausgeführt ist die trans\*spezifische Gesundheitsversorgung in hohem Maße grundrechtsrelevant und mit der Menschenwürde verknüpft. Darüber hinaus muss § 6 AsylbLG richtlinienkonform ausgelegt werden. Um eine Versorgung im Sinne des Mindeststandards nach Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL zu gewährleisten, müssen trans\*spezifische Gesundheitsleistungen im Umfang wie im regulären Krankenversicherungssystem übernommen werden. Dem steht nicht entgegen, dass § 6 AsylbLG auf die Versorgung im Einzelfall abstellt. Vielmehr zeigt die Gewährung von Leistungen nach § 6 AsylbLG in anderen Fällen, dass auch die Entscheidung im Einzelfall nicht ohne eine Typisierung auskommt. So gewährt das Land Berlin beispielsweise Leistungen nach § 6 Abs. 1 AsylbLG bei behinderungsbedingtem Mehrbedarfen, Mehrbedarfen für kostenaufwendige Ernährung oder Alleinerziehendenmehrbedarf.<sup>108</sup> Das Ermessen, das die Vorschrift vorsieht,<sup>109</sup> ist dabei auf Null reduziert. Nur eine Regelfallversorgung kann der AufnahmeRL gerecht werden. Ohne eine solche weite Auslegung kommt es zu einer Diskriminierung von trans\* Geflüchteten gegenüber trans\* Personen mit einem dauerhaften Aufenthaltsrecht in Deutschland, die menschenrechtlich unzulässig ist und das Grundrecht auf das Existenzminimum untergräbt.

## **c. Zwischenergebnis**

Ohne Hinzuziehung von Verfassungs- und Unionsrecht erwächst aus den § 4 AsylbLG nur in bestimmten Fallkonstellationen ein Anspruch auf eine trans\*spezifische medizinische Versorgung. Diese sind über § 4 AsylbLG vor allem auf die Sonderkonstellationen beschränkt, in denen bereits trans\*spezifische Behandlungen vor der Entstehung eines Leistungsanspruchs nach dem AsylbLG stattgefunden haben, die akut nachbehandelt oder fortgeführt werden müssen. Unionsrecht und Menschenrechte verpflichten dazu, § 6 AsylbLG derart weit auszulegen, dass trans\*spezifische Gesundheitsleistungen von der Norm abgedeckt werden.

---

<sup>107</sup> LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss v. 01.02.2018 – L 8 AY 16/17 B ER, Rn. 27.

<sup>108</sup> Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales, Rundschreiben.

<sup>109</sup> BeckOK Sozialrecht- Korff, §6 AsylbLG, Rn. 3; Grube/Wahrendorf/Flint-Leopold, §6 AsylbLG, Rn. 26.

## 6. ALTERNATIVE LÖSUNG: UNMITTELBARE ANWENDUNG

Allerdings besteht bei § 6 AsylbLG die Gefahr, dass die Norm die Leistungen nicht sicherstellen kann, weil § 6 AsylbLG in der Behördenpraxis ohne Ermessensreduzierung auf null Leistungen nur in besonderen Einzelfällen gewährt. In der Beratungserfahrung hat sich gezeigt, dass trans\* Geflüchtete überwiegend auf die Zeit nach einem erfolgreichen Abschluss ihres Asylverfahrens vertröstet werden. Trans\*spezifische Behandlungen werden als nicht eilbedürftig eingestuft oder infolge ihrer Langfristigkeit als unzumutbar oder aufschiebbar betrachtet. Stattdessen solle die Phase des Asylverfahrens als Wartezeit genutzt werden. Hinzu kommt, dass der Zugang zu einer eventuell gewünschten Psychotherapie nicht nur rechtlich, sondern auch faktisch ausgeschlossen ist. Eine umfassende trans\*spezifische Gesundheitsversorgung wird nicht als unerlässlich zur Sicherung der Gesundheit betrachtet. Ihre Bedeutung für die trans\* Geschlechtsidentität wird so meist übersehen.

Unter diesen Umständen ist § 6 AsylbLG nicht geeignet, die nach Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL für Personen mit besonderen Schutzbedürfnissen wie trans\* Personen gebotene Regelfallversorgung sicherzustellen. Das BVerfG hat selbst festgestellt, dass § 6 Abs. 1 AsylbLG infolge seines Ausnahmecharakters nicht geeignet ist, strukturelle Defizite auszugleichen.<sup>110</sup> Im Gegensatz ist Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL eine Vorschrift, die Pflichtleistungen im Normalfall regelt. Die Entscheidung der Behörden ist gebunden. Als Alternative zur richtlinienkonformen Auslegung bietet sich daher auch eine unmittelbare Anwendung von Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL an. In Anbetracht der realen Situationen kann eine unmittelbare Anwendung zu der gebotenen Rechtssicherheit führen.<sup>111</sup> Die Umsetzungsfrist ist im Juli 2015 abgelaufen, ohne dass die Richtlinie ausreichend umgesetzt wurde. Für die unmittelbare Anwendung der Richtlinie ist auch erforderlich, dass die Norm unbeding und hinreichend bestimmt ist.<sup>112</sup> Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL gilt ohne Bedingungen und schreibt die Gewährung aller Leistungen vor, die nach medizinischen Gesichtspunkten erforderlich sind. Zwar handelt es sich bei dem Kriterium der Erforderlichkeit um einen konkretisierungsbedürftigen Begriff. Das widerspricht jedoch nicht den Kriterien der Unbedingtheit und hinreichenden Bestimmtheit, sondern entspricht vielmehr dem grundsätzlichen Charakter von Rechtsvorschriften, wie auch die Verwendung desselben Begriffs in der einfachrechtlichen Norm des § 4 Abs. 1 Satz 1 AsylbLG zeigt. Die Mitgliedstaaten selbst verfügen damit über keinen Spielraum bei der Gewährleistung der Leistungen, sondern sind zur Leistungsgewährung verpflichtet, wenn diese medizinisch notwendig ist. Eine Beschränkung der medizinischen Versorgung erfolgt aus anderen Gründen und insbesondere aus Gestaltungsfreiheit des Staates nicht. Welche medizinischen Leistungen trans\* Personen beanspruchen können, ist wie dargelegt Gegenstand politischer wie juristischer Auseinandersetzungen. Einige medizinische Notwendigkeiten

---

<sup>110</sup> BVerfG, Urteil v. 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, Rn 89.

<sup>111</sup> Kanalan, VSSR 3/2016, 161 (192).

<sup>112</sup> Vgl. Callies/Ruffert- Ruffert, Art. 288 AEUV, Rn. 53.

wurden allerdings inzwischen seit Jahrzehnten für Personen in der regulären Gesundheitsversorgung vielfältig durch die Sozialgerichte anerkannt. Diese Leistungen sind als medizinisch notwendig anerkannt und müssen daher nach Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL auch Personen im Asylverfahren zugänglich sein. Folge einer unmittelbaren Anwendung von Art. 19 Abs. 2 AufnahmeRL muss es deshalb sein, dass trans\* Geflüchteten nicht hinter diesen Anspruchskanon zurückfallen dürfen.

## 7. ERGEBNIS

Die geschlechtliche Identität von trans\* Personen steht unter grund- und menschenrechtlichem Schutz. In Kombination mit dem Grundrecht auf ein menschenwürdiges Existenzminimum und dem Menschenrecht auf einen diskriminierungsfreien Zugang zur Gesundheitsversorgung ergibt sich für trans\* Personen bereits während des Asylverfahrens ein Recht auf vollen Zugang zu trans\*spezifischen Gesundheitsleistungen wie für trans\* Personen mit einem gesicherten Aufenthaltsstatus in Deutschland. Ein solcher Anspruch kann entweder durch eine richtlinienkonforme Auslegung von § 6 AsylbLG eine unmittelbare Anwendung von Art. 19 AufnahmeRL sichergestellt werden.

## ZU DEN AUTOR\*INNEN:

**Dr. Lena Kreck** hat die Professur Recht und Gesellschaft an der Evangelischen Hochschule Berlin inne. Zuvor war sie bei der Schwulenberatung Berlin in der Fachstelle für LSBTI\* Geflüchtete tätig.

**Maya Markwald** ist wissenschaftliche Mitarbeiterin der Humboldt Law Clinic Grund- und Menschenrechte an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ihr Schwerpunkt liegt auf queeren Perspektiven in der feministischen Rechtswissenschaft.



LITERATUR

Adamietz, Laura, Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, Baden-Baden: Nomos, 2011.

Appenroth/Castro Varela (Hrsg.), Trans & Care. Trans Personen zwischen Selbstsorge, Fürsorge und Versorgung, Bielefeld: transcript, 2019.

Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), Pressemitteilung „Leistungen für Asylbewerber werden verbessert“, 27.08.2014, abrufbar unter: [www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2014/leistungen-asylbewerber-werden-verbesser.html](http://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2014/leistungen-asylbewerber-werden-verbesser.html) [30.09.2020].

Bundesministerium für Familien, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ), Mindeststandards zum Schutz von geflüchteten Menschen in Flüchtlingsunterkünften, Berlin 2018, abrufbar unter: <https://www.bmfsfj.de/blob/117472/bc24218511eaa3327fda2f2e8890bb79/mindeststandards-zum-schutz-von-gefluechteten-menschen-in-fluechtlingsunterkuenften-data.pdf> [30.09.2020].

Chebout, Lucy, Queering International Law. Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Dimensionen von Geschlecht, in: Lembke, Ulrike (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht, Baden-Baden: Nomos, 2014, S. 132-159.

Europäische Kommission, Generaldirektion Justiz, Trans- und intersexuelle Menschen. Diskriminierung von trans- und intersexuellen Menschen aufgrund des Geschlechts, der Geschlechtsidentität und des Geschlechtsausdrucks, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften 2011, abrufbar unter: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/9b338479-c1b5-4d88-a1f8-a248a19466f1/language-de> [31.01.2020].

FRA- Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, Current Migration Situation in the EU: Lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex asylum seekers, Wien 2017, abrufbar unter: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-march-2017-monthly-migration-report-focus-lgbti\\_en.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-march-2017-monthly-migration-report-focus-lgbti_en.pdf) [29.09.2020].

FRA- Agentur der Europäischen Union für Grundrechte Leben als Trans\* in der EU. Vergleichende Datenanalyse aus der EU-LGBT-Erhebung. Zusammenfassung, Wien 2014, abrufbar unter: [https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary\\_de.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-being-trans-eu-comparative-summary_de.pdf) [31.01.2020].

Franzen, Jannik/ Sauer, Arn: Benachteiligung von Trans\*Personen, insbesondere im Arbeitsleben, Berlin: Antidiskriminierungsstelle des Bundes 2010, abrufbar unter: [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise\\_benachteiligung\\_von\\_trans\\_personen.html?nn=6573276](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_benachteiligung_von_trans_personen.html?nn=6573276) [31.01.2020].

Grube, Christian/Wahrendorf, Volker/ Flint, Thomas (Hrsg.), SGB XII. Sozialhilfe mit Eingliederungshilfe (SGB IX Teil 2) und Asylbewerberleistungsgesetz. Kommentar, München: Beck, 7. Aufl., 2020.

Held, Nina, Sexual Orientation and Gender Identity Claims of Asylum in Germany - Intersectional Legal, Social and Methodological Challenges, in: Küppers, Refugees & Queers, Forschung und Bildung an der Schnittstelle von LSBTTIQ, Fluchtmigration und Emanzipationspolitiken, Bielefeld: transcript, 2019, S. 53-80.

Kaltenborn, Markus, Die Neufassung des Asylbewerberleistungsgesetz und das Recht auf Gesundheit, NZS 2015, 161.

Kanalan, Ibrahim, Medizinische Versorgung transgeschlechtlicher Flüchtlinge, VSSR 3/2016, 161-195.

Kanalan, Ibrahim/Krajewski, Markus/Geks, Hanna, Das Menschenrecht auf Gesundheit und die medizinische Versorgung irregulärer Migrant\_innen. Vulnerabilität diesseits der Grenzen, in: Bergemann, Lutz/Frewer, Andreas (Hrsg.), Autonomie und Vulnerabilität in der Medizin. Menschenrechte – Ethik – Empowerment, Bielefeld: transcript, 2018, S. 193-224.

Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Sven (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden: Normos, 5. Aufl., 2019.

Michalowski, Sabine, Health Care Law, S. 292.in: Peers, Steve/ Ward, Angela (Hrsg.): The European Union Charter of Fundamental Rights. Politics, Law and Policy, Oxford/ Portland: Hart Publishing, 2004, S. 287-308.

Plett, Konstanze, Diskriminierungspotentiale gegenüber trans- und intergeschlechtlichen Personen im deutschen Recht sowie Skizzierung von Lösungswegen zu deren Abbau und zur Stärkung der Selbstbestimmungs- und Gleichbehandlungsrechte trans- und intergeschlechtlicher Menschen, Berlin: Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen/ Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung 2015, abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/lads/schwerpunkte/lgbti/materialien/transgeschlechtlichkeit/> [31.01.2020].

Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen/ Landesstelle für Gleichbehandlung – gegen Diskriminierung 2015, abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/lads/schwerpunkte/lgbti/materialien/transgeschlechtlichkeit/> [31.01.2020].

Rauchfleisch, Udo: Medizinische Einordnung von Trans\*identität, Berlin: Bundeszentrale für politische Bildung 2018, abrufbar unter: <https://www.bpb.de/gesellschaft/gender/geschlechtliche-vielfalt-trans/245353/medizinische-einordnung-von-transidentitaet> [03.02.2020].

Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales, Rundschreiben Soz Nr. 02/2015 über Leistungen nach § 6 Abs. 1 AsylbLG im Lichte der EU-Richtlinie 2013/33/EU des Rates (Mindestnormen für die Aufnahme), 08.05.2017, abrufbar unter [https://www.berlin.de/sen/soziales/service/berliner-sozialrecht/kategorie/rundschreiben/2015\\_02-598948.php](https://www.berlin.de/sen/soziales/service/berliner-sozialrecht/kategorie/rundschreiben/2015_02-598948.php) [30.09.2020].



Schönheit, Rebecca/Ziedek, Patrizia, Juristische Grundlagen der medizinischen Versorgung von Flüchtlingen, in: Seybold/Kraatz, Medizinische Flüchtlingsversorgung, Ein praxisorientiertes Handbuch, Berlin: De Gruyter, 2018, 221-230.

Sußner, Petra, Legally Queer? Grundversorgung und Asylberechtigung im Bereich von sexueller Orientierung und geschlechtlicher Identität, unv. Diss., Universität Wien, 2019.

Winkler-Crepaz/Müller/Böttcher/Wildt, Hormonbehandlung bei Transgenderpatienten, Gynäkologische Endokrinologie, 1/2017, 39-42, abrufbar unter <https://www.springermedizin.de/sexuelle-entwicklung/endokrinologie/hormonbehandlung-bei-transgenderpatienten/12015900> [30.10.2020]

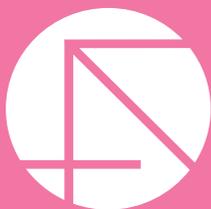


**HERAUSGEBER:**

Schulenberatung Berlin gGmbH  
HRB 110342B/ Amtsgericht Charlottenburg  
Geschäftsführer Marcel de Groot  
Niebuhrstraße 59/60  
10629 Berlin

**Grafik und Layout:**

HELDISCH.com





**SCHWULEN  
BERATUNG  
BERLIN**

*VIELFALT LEBEN*

Gefördert durch:

Senatsverwaltung  
für Justiz, Verbraucherschutz  
und Antidiskriminierung



Landesstelle  
für Gleichbehandlung –  
gegen Diskriminierung

Fachbereich LSBTI



Initiative: Berlin tritt ein für Selbstbestimmung und  
Akzeptanz geschlechtlicher und sexueller Vielfalt  
SELBSTBESTIMMUNG - AKZEPTANZ - VIELFALT

**WWW.SCHWULENBERATUNGBERLIN.DE**

© 2020 by Schwulenberatung Berlin gGmbH