



Florina Neßmann
Transidentität im System der Grund- und
Menschenrechte

Eine kritische Analyse der deutschen und europäischen
(Rechtsprechungs-)Entwicklung

Universitätsdrucke Göttingen

Florina Neßmann
Transidentität im System der Grund- und Menschenrechte

Dieses Werk ist lizenziert unter einer
[Creative Commons
Namensnennung - Weitergabe unter gleichen Bedingungen
4.0 International Lizenz.](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/)



erschieden in der Reihe der Universitätsdrucke
im Universitätsverlag Göttingen 2022

Florina Neßmann

Transidentität im System der Grund- und Menschenrechte

Eine kritische Analyse der
deutschen und europäischen
(Rechtsprechungs-)Entwicklung

Universitätsverlag Göttingen
2022

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

Dieses Buch ist auch als freie Onlineversion über die Homepage des Verlags sowie über den Göttinger Universitätskatalog (GUK) bei der Niedersächsischen Staats- und Universitätsbibliothek Göttingen (<http://www.sub.uni-goettingen.de>) erreichbar. Es gelten die Lizenzbestimmungen der Onlineversion.

Dissertation, Georg-August-Universität Göttingen

Satz und Layout: Florina Neßmann/Alice von Berg
Umschlaggestaltung: Hannah Böhlke
Coverbild: Prathumphon Liabsanthia/Shutterstock.com



© 2022 Universitätsverlag Göttingen
<https://univerlag.uni-goettingen.de>
ISBN: 978-3-86395-550-2
DOI: <https://doi.org/10.17875/gup2022-2017>

Meiner Familie

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2020 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen. Sie entstand im Wesentlichen in den Jahren 2013-2016 und wurde aufgrund der sich stetig entwickelnden Rechtsprechung über die Jahre mehrfach und zuletzt Anfang des Jahres 2022 aktualisiert.

Mein Dank gilt zunächst *Frau Prof. Dr. Seibert-Fohr*, die mir den nötigen Freiraum für die Ausarbeitung meines Themas ermöglichte. Zudem möchte ich mich bei *Herrn Prof. Dr. Paulus* nicht nur für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, sondern vor allem für die hilfreichen Anmerkungen und Hinweise bedanken.

Der Stiftung der Deutschen Wirtschaft danke ich für die finanzielle und ideelle Förderung und die Möglichkeit über letzteres Mitstreiter und Freunde fürs Leben zu finden.

Ich hatte das Glück, dass mich auf diesem Weg Familie und Freunde mit viel Einsatz unterstützt haben. Dieses Vorwort gibt mir die Möglichkeit ihnen allen zu danken und einige hervorzuheben. Mein bisheriger Lebensweg wäre ohne die liebevolle Bestärkung und Unterstützung durch meine Mutter *Christiane Neßmann* weder möglich, noch vorstellbar gewesen, wofür ich ihr unendlich dankbar bin. Niemand ist stolzer auf diese Arbeit als sie. Für den täglichen Einsatz, die Stärke und das Vertrauen in mich danke ich *Benedikt Gebel*. Auf euch beide kann ich mich immer verlassen und ohne euch wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Für ihren wertvollen Zeiteinsatz danke ich *Dr. Anna-Lena Kühn* und *Katharina Brauschke*, die die

Dissertation mit einem anderen hilfreichen Blick gelesen haben. Für die Unterstützung im Rahmen der Disputation und Veröffentlichung danke ich noch *Dr. Johannes Tellenbröcker* und meiner Patentante *Barbara Lory-Behnke*.

Schließlich widme ich diese Arbeit meinem Sohn *Lasse Bennet*. Mit der Fertigstellung dieser Arbeit und seiner Geburt begann ein neuer Lebensabschnitt.

Minden, Juli 2022

Florina Neßmann

Inhaltsüberblick

Vorwort.....	VII
Inhaltsüberblick	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
A. Einleitung	1
B. Begriffserörterung und -festlegung	5
I. Die Unterscheidung zwischen Transsexualität, Intersexualität, Transvestie und Homosexualität und damit zwischen Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung.....	6
1. Definitionen von Transsexualität	6
2. Sexuelle Identität: Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung.....	14
II. Abgrenzungen	22
1. (Fetischistischer) Transvestismus	22
2. Intersexualität.....	23
3. Homosexualität.....	31
III. Transsexualität und Transgender: Fremd- oder selbstbestimmt?	32

IV. (Psycho-)Pathologisierung der Betroffenen/Bezug zur Medizin.....	34
1. Im deutschen Recht und der deutschen Rechtsprechung	35
2. In der Rechtsprechung des EGMR.....	37
3. In der Rechtsprechung des EuGH.....	38
4. Internationale Klassifikationssysteme.....	39
5. Kritik an der Pathologisierung	40
V. Hinweis zur Wortwahl	44
C. Institutionen und Rechtsquellen	45
I. Grundgesetz und BVerfG	46
1. Das Grundgesetz und seine Auslegung durch die Rechtsprechung	47
2. Wirkung der Urteile	48
II. Europarat, EMRK und EGMR.....	49
1. Aufbau und Organe	49
2. EMRK und ihre Wirkung	50
3. Der EGMR und seine Verfahren	51
4. Interpretation der EMRK und Prüfungsmaßstab des EGMR	55
III. Grundrechte-Charta und EuGH.....	71
1. Organe und Rechtsquellen.....	71
2. Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht und der EMRK....	74
3. Verhältnis BVerfG und EuGH.....	76
4. Fazit	79
D. Rechtsfragen und ihre Lösungsansätze.....	81
I. Anerkennung der Geschlechtsidentität	82
1. Anpassung des rechtlichen Geschlechts.....	82
2. Recht auf Änderung des Namens	160
3. Zusammenfassung.....	181
II. Einschränkungen und Bedingungen für die Anerkennung der Geschlechtsidentität	182
1. Staatsangehörigkeit.....	182
2. Alter	204
3. Geschlechtsangleichende Operation und Sterilisation	219

4. Ehe und Partnerschaft: Hindernis, Verlust, Anspruch und Rechtsfolgen	314
5. Kinder und Elternschaft	385
III. Geschlechtsangleichende Maßnahmen: Zugang und Kostenübernahme	425
1. Anspruch auf Zugang zu OP	426
2. Kostenübernahme	427
E. Ausblick und Fazit	439
I. Europäischer Kontext.....	440
1. EGMR.....	441
2. EU.....	443
II. Deutschland.....	444
1. <i>de lege lata</i>	444
2. <i>de lege ferenda</i>	446
III. Fazit.....	456
Literaturverzeichnis	457
Anhang.....	481

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsüberblick	IX
Inhaltsverzeichnis	XIII
A. Einleitung	1
B. Begriffserörterung und -festlegung.....	5
I. Die Unterscheidung zwischen Transsexualität, Intersexualität, Transvestie und Homosexualität und damit zwischen Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung.....	6
1. Definitionen von Transsexualität	6
a. Medizin.....	6
aa. ICD	7
bb. DSM.....	8
cc. Vergleich ICD und DSM	10
dd. Deutschland.....	11
b. Rechtsprechung.....	12

2.	Sexuelle Identität: Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung.....	14
a.	Sexuelle Identität, sex und gender.....	14
b.	Geschlecht	16
aa.	Deutschland.....	16
bb.	EGMR-Rechtsprechung und Großbritannien.....	18
cc.	Fazit	20
c.	Geschlechtsidentität	20
d.	Sexuelle Orientierung.....	21
II.	Abgrenzungen	22
1.	(Fetischistischer) Transvestismus	22
2.	Intersexualität.....	23
a.	Begriffe und Definition.....	23
b.	Rechtliche Situation.....	25
aa.	Optimal Gender Policy.....	26
bb.	Änderung des PStG.....	27
cc.	Ungeklärte Bereiche: Ein kurzer Einblick	27
dd.	BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017: Das dritte Geschlecht und die vierte Option	29
3.	Homosexualität.....	31
III.	Transsexualität und Transgender: Fremd- oder selbstbestimmt?	32
IV.	(Psycho-)Pathologisierung der Betroffenen/Bezug zur Medizin.....	34
1.	Im deutschen Recht und der deutschen Rechtsprechung	35
2.	In der Rechtsprechung des EGMR.....	37
3.	In der Rechtsprechung des EuGH.....	38
4.	Internationale Klassifikationssysteme	39
5.	Kritik an der Pathologisierung	40
V.	Hinweis zur Wortwahl	44
C.	Institutionen und Rechtsquellen	45
I.	Grundgesetz und BVerfG	46
1.	Das Grundgesetz und seine Auslegung durch die Rechtsprechung	47
2.	Wirkung der Urteile	48

II. Europarat, EMRK und EGMR.....	49
1. Aufbau und Organe.....	49
2. EMRK und ihre Wirkung.....	50
3. Der EGMR und seine Verfahren.....	51
a. EGMR.....	51
b. Urteilstwirkung.....	52
c. Deutschland und der EGMR.....	54
4. Interpretation der EMRK und Prüfungsmaßstab des EGMR.....	55
a. „Autonome Interpretation“.....	56
b. Evolutive Auslegung.....	57
c. Margin of appreciation.....	58
aa. Wie viel Spielraum lässt die <i>margin of appreciation</i> zu?.....	59
(1) Konsens innerhalb der Vertragsstaaten: Gemeinsame europäische Standards.....	59
(2) Der betroffene Schutzbereich.....	61
(a) Die Bedeutung des Rechts.....	62
(b) Der Wortlaut des Rechts.....	62
(c) Wesensgehalt eines Rechts.....	63
(3) Das mit dem Eingriff verfolgte Interesse.....	64
(4) Natur der Sache.....	65
bb. Wechselwirkung der Faktoren.....	66
(1) Mosley.....	66
(2) Das Urteil <i>A, B und C</i>	67
d. Interpretation durch soft law: Dokumente des Europarates.....	69
III. Grundrechte-Charta und EuGH.....	71
1. Organe und Rechtsquellen.....	71
a. Gewalten.....	71
aa. Überblick.....	71
bb. Der EuGH.....	72
b. Rechtsquellen.....	72
aa. Primäres Unionsrecht.....	72

bb.	Sekundäres Unionsrecht.....	73
cc.	Relevante Rechtsquellen.....	73
2.	Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht und der EMRK....	74
3.	Verhältnis BVerfG und EuGH.....	76
4.	Fazit.....	79
D.	Rechtsfragen und ihre Lösungsansätze.....	81
I.	Anerkennung der Geschlechtsidentität.....	82
1.	Anpassung des rechtlichen Geschlechts.....	82
a.	Deutschland.....	83
aa.	Ungeklärte Rechtslage.....	83
bb.	<i>BGH</i> , Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70.....	84
cc.	<i>BVerfG</i> , Beschl. v. 11.10.1978	86
(1)	Art. 2 I und Art. 1 I GG: Die Würde des Menschen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht allgemein und in der ersten Transsexuellen Entscheidung des BVerfG	87
(a)	Schutzbereich.....	88
(aa)	Die Würde des Menschen und Art. 1 I GG.....	88
(bb)	Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.....	90
(cc)	Ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung?	91
(b)	Eingriff.....	93
(c)	Rechtfertigung: In Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf Geschlechtsidentität.....	93
(aa)	Schranken.....	93
(bb)	Verhältnismäßigkeit.....	94
(cc)	Rechtfertigung und Schranken: In der Entscheidung.....	96
(2)	<i>BGH</i> , Beschl. v. 14.03.1979 – Az. IV ZB 156/78	97
(3)	Beschwerde vorm EGMR	97
dd.	Das Transsexuellengesetz.....	98
(1)	Entstehungsgeschichte.....	98
(2)	Inhalt und Wandel des TSG.....	100

b.	EMRK	103
aa.	Prüfungsmaßstab	104
(1)	Art. 8 EMRK: Schutz des Privat- und Familienlebens	105
(a)	Schutzbereich	105
(b)	Eingriff	106
(c)	Rechtfertigung	106
(2)	Art. 14 EMRK: Diskriminierungsverbot	106
(3)	Art. 12 EMRK: Recht auf Eheschließung und Familiengründung	107
bb.	Rechtsentwicklung und Rechtsprechungshistorie	108
(1)	Der erste Schritt: <i>Van Oostervijk</i>	108
(a)	Sachverhalt und Rechtslage in Belgien	108
(b)	Die Kommission: Eine erste Einschätzung auf europäischer Ebene	110
(c)	Der Gerichtshof	111
(2)	<i>Rees</i> und <i>Cossey</i>	113
(a)	Rechtslage in England bis 2004	113
(b)	<i>Rees</i>	115
(c)	Entwicklung im <i>soft law</i>	117
(d)	<i>Cossey</i>	118
(e)	Zwischenstand	120
(3)	<i>B</i>	120
(a)	Neuerungen in der Wissenschaft	120
(b)	Hinweis auf die Folgen	121
(c)	Rechtslage in Frankreich	122
(d)	Keine Lösungsvorschläge durch den Gerichtshof	123
(e)	Sondervoten	123
(f)	Reaktionen und Folgen der Verurteilung	124
(4)	<i>X, Y und Z</i>	126
(a)	Familienleben	126

(b)	Ansatz und Interessen im Vergleich zu den vergangenen Entscheidungen	127
(c)	Genügend Anlass für eine neue dynamische Auslegung?.....	128
(d)	Abwägung.....	129
(e)	Sondervoten	129
(5)	<i>Sheffield und Horsbam</i>	131
(a)	Die Entscheidung.....	131
(b)	Die abweichenden Meinungen.....	133
(6)	<i>Christine Goodwin</i> und <i>I.</i> : Die Wende in der Rechtsprechung	134
(a)	Praktische und effektive Wirkung der Menschenrechte	135
(b)	Bei der Abwägung zu berücksichtigende Faktoren	135
(aa)	Das Leben als Transsexuelle	135
(bb)	Medizinische und wissenschaftliche Faktoren	136
(cc)	Konsens: Innerhalb und außerhalb von Europa	136
(dd)	Respekt vor nationalen Systemen	137
(ee)	Abwägung	137
(c)	Keine Minderheit.....	138
(d)	Bewertung: Die Bedeutung der margin of appreciation	138
(e)	<i>Bellinger v. Bellinger</i> , Gender Recognition Act und <i>Grant</i>	140
(7)	Weitere Entscheidungen	143
(a)	Beweislast für den Nachweis von Transsexualität: Formelles und Materielles Recht	143
(b)	Pflicht anderer Staaten bzw. des Gesetzgebers aktiv zu werden.....	145
(aa)	Rechtliche Beurteilung einer Verletzung.....	146
(bb)	Art. 41 EMRK.....	147
(8)	Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität in der EMRK: Ein Ergebnis der Rechtsprechung	147
c.	EU	148
aa.	Art. 7 und 52 GR-Charta.....	149
bb.	<i>EuGH</i> , P. v. S. and Cornwell City Council: 30. April 1996	151

cc.	<i>EuGH</i> , K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health: 7. Januar 2004.....	152
dd.	<i>EuGH</i> , Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pension: 27. April 2006.....	155
ee.	<i>EuGH</i> , MB v. Secretary of State for Work and Pension: 05. Dezember 2017.....	156
ff.	Fazit.....	159
2.	Recht auf Änderung des Namens.....	160
a.	Deutschland.....	161
aa.	Namensrecht: Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Verwaltungspraxis.....	161
bb.	Rechtliche Situation für Transsexuelle: Die „kleine“ Lösung.....	166
(1)	<i>BVerfG</i> , Kammerbeschl. v. 15.08.1996: Anrede nach Vornamensänderung.....	167
(2)	Änderung von Dokumenten.....	168
(a)	Anspruch auf Anpassung.....	169
(b)	Sonderfall Reisepass.....	171
(3)	Anredepraxis des <i>BVerfG</i>	171
b.	Auslegung der EMRK unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung.....	172
aa.	Der Name als Schutzgegenstand des Art. 8 EMRK.....	172
bb.	Rechtsprechung des EGMR zu Transsexualität mit Bezug zum Vornamen bis 2018.....	173
cc.	<i>S.V.</i> gegen Italien.....	175
dd.	Schlussfolgerung.....	177
c.	EU.....	180
3.	Zusammenfassung.....	181
II.	Einschränkungen und Bedingungen für die Anerkennung der Geschlechtsidentität.....	182
1.	Staatsangehörigkeit.....	182
a.	Deutschland.....	182
aa.	Art. 3 GG.....	183

(1)	Prüfung und Prüfungsmaßstab	184
(2)	Quasi-Diskriminierungsverbot.....	185
(a)	Folgen eines Quasi-Diskriminierungsverbots.....	186
(b)	Diskussion um eine Erweiterung des Art. 3 III GG	186
(c)	Bewertung.....	187
(3)	Weitere Kriterien.....	189
bb.	<i>BVerfG</i> , Beschl. v. 18.07.2006: Anwendung des Transsexuellengesetzes auf Ausländer ohne deutsches Personalstatut.....	191
(1)	Grundrechte und Prüfungsmaßstab.....	192
(2)	Vorlegendes Gericht und weitere Stellungnahmen	193
(3)	Verhältnismäßigkeitsprüfung.....	194
(4)	Rechtfertigung	195
(5)	Lösungsvorschläge des <i>BVerfG</i> und Entscheidung des Gesetzgebers	196
cc.	<i>BGH</i> , Beschl. v. 29.11.2017: Eine verfassungswidrige Regelung ist keine vergleichbare Regelung	196
b.	EMRK-Rechte auch für Staatsangehörige von Nicht-EMRK-Staaten?	197
aa.	Art. 1 EMRK.....	198
bb.	Exkurs: Anwendung der <i>ordre public</i> in den Mitgliedsstaaten ...	199
c.	EU	202
d.	Exkurs: CIEC-Übereinkommen Nr. 29 – Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen im Ausland	203
2.	Alter	204
a.	Deutschland.....	205
aa.	Art. 3 GG.....	206
bb.	<i>BVerfG</i> , Beschl. v. 16.03.1982: Altersgrenze bei der „großen Lösung“	206
cc.	<i>BVerfG</i> , Beschl. v. 26.01.1993: Altersgrenze bei der „kleinen Lösung“	207
(1)	Intention ad absurdum	207
(2)	Argumentation des <i>BVerfG</i>	209

dd.	Folgen der Entscheidungen.....	210
b.	EMRK.....	211
aa.	Anwendung des Art. 14 EMRK.....	212
bb.	Rechtfertigung einer Differenzierung	213
(1)	Legitimes Ziel	213
(2)	Verhältnismäßigkeit	214
(a)	Altersgrenzen für die Personenstandsänderung.....	214
(b)	Altersgrenzen zur Vornamensänderung: Bei Transsexuellen und bei Nicht-Transsexuellen.....	217
c.	EU.....	219
d.	Schlussfolgerung	219
3.	Geschlechtsangleichende Operation und Sterilisation.....	219
a.	Geschlechtsangleichende Operation	220
aa.	Deutschland.....	220
(1)	Anforderungen an die körperliche Angleichung bis zur BVerfG Entscheidung.....	221
(2)	Verfassungsrechtlicher Kontext	224
(a)	Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG	224
(aa)	Schutzbereich und Eingriff.....	225
(bb)	Rechtfertigung.....	226
(i)	Legitime Zwecke.....	226
(ii)	Geeignetheit.....	230
(iii)	Erforderlichkeit.....	231
(iv)	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	233
(b)	Art. 2 II 1 Alt. 2 GG: Recht auf körperliche Unversehrtheit	235
(aa)	Schutzbereich	235
(bb)	Eingriff.....	236
(cc)	Rechtfertigung.....	237
(3)	BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011: § 8 I Nr. 3 & 4 TSG.....	238
(a)	Hintergrund.....	239

(b)	Rechtsvergleichender Blick des BVerfG auf Europa	240
(c)	Voraussetzung der körperlichen Anpassung	240
(d)	Stellungnahmen	241
(e)	Analyse der Argumentation des BVerfG	241
(f)	Lösungsmöglichkeiten	244
(g)	Folgen des Urteils: BVerfG, Beschl. v. 27.10.2011	244
(4)	Problematik eines für alle geltenden Erscheinungsbildes	245
(5)	Zum System der „kleinen“ und „großen“ Lösung	246
bb.	EMRK	247
(1)	Schutz durch die EMRK: Möglicher Schutzbereich, Prüfungsmaßstab und Abwägung	249
(a)	Art. 2 EMRK: Recht auf Leben	249
(b)	Art. 3 EMRK: Verbot der Folter & erniedrigender oder unmenschlicher Behandlung	250
(aa)	Mindestmaß	251
(bb)	Medizinische Behandlungen: Erniedrigender oder unmenschlicher Charakter	252
(cc)	Der freie Wille	254
(dd)	Fazit zu Art. 3 EMRK	255
(c)	Art. 8 EMRK	256
(aa)	Eingriff oder positive Verpflichtung	257
(bb)	Gesetzliche Grundlage: Bestimmtheit	260
(cc)	Eingriffszweck	261
(dd)	Verhältnismäßigkeit	264
(i)	<i>Margin of appreciation</i>	264
(ii)	Rechtsvergleichende Perspektive	266
(iii)	Äußerungen auf europäischer und internationaler Ebene	269
(iv)	Abwägung	272
(2)	Fazit zur EMRK	274
b.	Fortpflanzungs(un)fähigkeit	275
aa.	Deutschland	275

(1)	<i>BVerfG</i> , Beschl. v. 11.01.2011: § 8 I Nr. 3 TSG.....	276
(2)	Verfassungsrechtlicher Kontext	277
(a)	Fortpflanzungsfreiheit: Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 6 I GG	277
(aa)	Schutzbereich und Eingriff.....	279
(bb)	Kernbereich der privaten Lebensgestaltung.....	281
(cc)	Rechtfertigung.....	282
(i)	Legitimer Zweck.....	282
(ii)	Geeignetheit.....	287
(iii)	Erforderlichkeit.....	288
(iv)	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	288
(b)	Körperliche Unversehrtheit: Art. 2 II 1 Alt. 2 GG	290
(c)	Konsensuale Ehegestaltung und Familienplanung: Art. 6 I.....	290
bb.	EMRK: <i>Nicot, Garçon</i> und <i>A.P.</i> gegen Frankreich.....	290
(1)	Schutz durch die EMRK: Möglicher Schutzbereich und Prüfungsmaßstab.....	291
(a)	Art. 3 EMRK	291
(aa)	Zwangssterilisation in der EGMR-Rechtsprechung.....	291
(bb)	Übertragung auf Transsexualität	292
(b)	Art. 8 EMRK	293
(aa)	Schutzbereich	293
(bb)	Eingriffszweck.....	294
(cc)	Verhältnismäßigkeit.....	295
(i)	<i>Margin of appreciation</i>	295
(ii)	Abwägung.....	296
(c)	Art. 12 EMRK.....	298
(d)	Art. 14 EMRK.....	299
(2)	<i>Y.Y.</i> gegen die Türkei: 10. März 2015.....	301
(a)	Sachverhalt	301
(b)	Rechtsvergleich.....	303

(c)	Eingriffszweck	303
(d)	Verhältnismäßigkeit	304
(3)	Fazit	305
cc.	EU	306
(1)	Art. 3 GR-Charta	306
(2)	Art. 4 GR-Charta	309
(3)	Art. 7 GR-Charta	309
(4)	Art. 9 GR-Charta	310
(5)	Art. 21 GR-Charta	311
(6)	Rückschluss aus <i>MB v Secretary of State for Work and Pensions</i>	312
c.	Zusammenfassung Geschlechtsangleichende Operation und Sterilisation	313
4.	Ehe und Partnerschaft: Hindernis, Verlust, Anspruch und Rechtsfolgen	314
a.	Die Ehe, die registrierte Partnerschaft und das Prinzip der Geschlechtsverschiedenheit	314
b.	Die verschiedenen möglichen Konstellationen	317
c.	Zwang zur Auflösung einer bestehenden Ehe	317
aa.	Deutschland	318
(1)	Art. 6 GG	319
(2)	<i>BVerfG</i> , Beschl. v. 27.05.2008: § 8 I Nr. 2 TSG	322
(a)	Einführung	322
(b)	Stellungnahmen	323
(c)	Analyse der Argumentation des <i>BVerfG</i>	324
(d)	Auseinandersetzung mit den Lösungsmöglichkeiten	327
bb.	EGMR	330
(1)	<i>R und F</i> sowie <i>Parry</i> gegen das Vereinigte Königreich: 28.11.2006	330
(2)	<i>Hämäläinen</i> gegen Finnland	332
(a)	Art. 8 EMRK	333
(aa)	Eingriff oder positive Verpflichtung	334

(bb)	Gesetzliche Grundlage.....	335
(cc)	Eingriffszweck.....	336
(dd)	Argumente des Kammergerichts und der Parteien.....	336
(i)	Das Kammergericht.....	336
(ii)	Die Beschwerdeführerin.....	337
(iii)	Die Regierung.....	338
(ee)	Prüfung der Großen Kammer.....	339
(i)	Der Konsens und die <i>margin of appreciation</i>	339
(ii)	Kritik an der Konsensbestimmung.....	341
(iii)	Äußerungen auf europäischer und internationaler Ebene.....	343
(iv)	Umfang der <i>margin of appreciation</i>	345
(v)	Abwägung.....	346
(b)	Art. 12 EMRK.....	350
(c)	Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK.....	352
(3)	Fazit: Frage der Vergleichbarkeit.....	354
cc.	EuGH.....	355
(1)	Grundrechte-Charta.....	355
(2)	<i>MB v Secretary of State for Work and Pension</i>	355
(3)	Fazit: Umfang.....	358
dd.	Fazit zur Zwangsscheidung.....	359
d.	Ex tunc Wirkung einer nachträglichen Eheeingehung.....	360
aa.	Sachverhalt des <i>BVerfG</i> , Beschl. v. 06.12.2005, BVerfGE 115, 1.....	361
bb.	Darstellung und Auseinandersetzung mit dem Urteil des <i>BVerfG</i>	361
(1)	Schutzbereich und Eingriff.....	363
(a)	Art. 3 GG: Eine Frage des Geschlechts?.....	364
(b)	Art. 6 GG.....	365
(2)	Legitimer Zweck.....	366
(3)	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	369

cc.	Für und Wider der Lösungsmöglichkeiten des Gesetzgebers und aktuelle Situation	371
e.	Recht auf Eingehung einer Partnerschaft und Anerkennung der Partnerschaft	374
aa.	Deutschland.....	374
bb.	EGMR.....	375
	(1) <i>Van Oostervijk</i>	376
	(2) <i>Rees und Cossey</i>	377
	(3) <i>Sheffield und Horsbam</i>	379
	(4) <i>Christine Goodwin</i>	380
cc.	EuGH: <i>K.B. v National Health Service Pensions Agency</i>	381
f.	Ehe und Partnerschaft: Fazit	383
5.	Kinder und Elternschaft	385
a.	Abstammung in Deutschland	386
aa.	Mutterschaft und Vaterschaft von Cis- und Transsexuellen in Deutschland.....	387
	(1) Mutterschaft	387
	(a) <i>BGH</i> , Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14.....	388
	(aa) Auslegung von § 11 S. 1 TSG.....	389
	(bb) Kein Kompromiss: Eintragung mit weiblichem Vornamen.....	390
	(cc) Keine Veranlassung zur Vorlage nach Art. 100 I 1 GG	391
	(i) Keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.....	391
	(ii) Kein Verstoß gegen Art. 3 GG und Art. 6 GG.....	392
	(iii) Keine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.....	392
	(iv) Keine Verletzung von Art. 8 EMRK	393
	(b) Vaterschaftsanerkennung einer gebärenden Frau-zu-Mann-Transsexuellen	394
	(c) <i>BGH</i> , Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 459/16.....	394
	(2) Vaterschaft	396

(a)	Verheiratet.....	397
(b)	Unverheiratet oder homosexuell	397
(3)	Adoption.....	399
(4)	Zusammenfassung	399
(5)	Kritische Würdigung.....	400
(aa)	Sicherung der Rechte	400
(bb)	Kindeswohl.....	401
(cc)	Informationelle Selbstbestimmung.....	402
(dd)	Recht auf Kenntnis der Abstammung.....	403
(ee)	Vorschlag	406
(i)	Hinterlegung der Informationen.....	406
(ii)	Zusätzlicher Vermerk und angepasste Geburtsurkunde.....	406
(iii)	Elternschaft entsprechend des Fortpflanzungsbeitrags	407
(ff)	Zusammenfassung.....	408
bb.	§ 7 I Nr. 1, 2 TSG.....	409
(1)	Betroffene Grundrechte.....	410
(2)	Zur Begründung herangezogene Zwecke	410
(3)	Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit	412
(4)	Zusammenfassung	414
b.	EMRK	414
aa.	Überblick: Mutterschaft und Vaterschaft in Europa	414
(1)	Mutterschaft	415
(2)	Vaterschaft	416
(3)	Elternschaft von Transsexuellen in anderen europäischen Ländern.....	416
bb.	Resolution der Parlamentarischen Versammlung	417
cc.	Rechtsprechung des EGMR.....	418
(1)	Zur Elternschaft von Transsexuellen: <i>X, Y und Z</i>	418
(a)	Kommission und Gerichtshof.....	419

(b) Sondervoten	420
(c) Zusammenfassung	421
(2) Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung.....	421
(3) Ausblick	422
c. EU	423
d. Kinder und Elternschaft: Fazit	424
III. Geschlechtsangleichende Maßnahmen: Zugang und Kostenübernahme	425
1. Anspruch auf Zugang zu OP	426
2. Kostenübernahme.....	427
a. Deutschland.....	427
aa. Krankheitsbegriff.....	427
bb. Leistungsumfang.....	429
cc. Verfassungsrechtlicher Kontext.....	430
dd. Ergebnis	431
b. EMRK	433
aa. <i>Schlumpf</i> gegen die Schweiz.....	433
bb. Dokumente des Europarates	434
cc. Kontext	435
dd. Fazit	436
c. EU	437
E. Ausblick und Fazit.....	439
I. Europäischer Kontext.....	440
1. EGMR.....	441
2. EU.....	443
II. Deutschland.....	444
1. <i>de lege lata</i>	444
2. <i>de lege ferenda</i>	446
a. Verfahren vor den Landesämtern	446
b. Die transsexuelle Prägung und der Nachweis über ihre Stabilität und Irreversibilität.....	447

c.	Abschaffung des rechtlichen Geschlechts oder Anerkennung eines dritten Geschlechts	450
aa.	Gesetz zur Änderung der in das Geburtsregister einzutragenden Angaben.....	451
bb.	Diskriminierung von Transsexuellen.....	453
III.	Fazit.....	456
	Literaturverzeichnis	457
	Anhang	481

A. Einleitung

„Niemand darf wegen seines Geschlechts [...] benachteiligt oder bevorzugt werden [...].“ (Art. 3 Abs. 3 Var. 1 GG)

Die Kategorie „Geschlecht“ kann in (mindestens) dreierlei Hinsicht operieren: als Differenzierungs-, Diskriminierungs- und Definierungsmerkmal. Im Fokus der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts stehen seit Jahrzehnten Frauen und ihre Rechte. Bei der „Geschlechterfrage“ ging es also ursprünglich um die „Frauenfrage“.¹ Inzwischen haben sich die Rechte von Männern und Frauen in vielen Bereichen angeglichen und das Geschlecht spielt auf den ersten Blick in weitaus weniger Fällen eine Rolle, als es früher der Fall war. Doch keinesfalls ist das Geschlecht eines Menschen bedeutungslos geworden. Lange Zeit schien das Geschlecht anhand von somatischen Faktoren klar definierbar – der Mensch ist eindeutig männlich oder weiblich und dies unveränderlich ein Leben lang. Doch neben diesem binären System gibt es verschiedenste Abstufungen und Mischformen; nicht alle Menschen fühlen sich nur und eindeutig als Mann oder Frau. Es gibt auch ein Leben zwischen den Geschlechtern und den Wunsch, in einem dritten oder vierten Geschlecht anerkannt zu werden. Diese Wahrnehmungen und die Auslebung des eigenen Geschlechts gehen nicht immer mit den biologischen „Vorbestimmtheiten“ einher. Für einen großen Teil der Gesellschaft ist ihr Geschlecht eine Selbstverständlichkeit, die zu hinterfragen sie nie Anlass hatten. Menschen mit sogenannten

¹ *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 11.

„geschlechtlichen Normabweichungen“, transidente, intersexuelle und alle anderen Menschen, die von der geschlechtlichen Norm abweichen, sind daher ein Thema, zu welchem einem großen Teil der Bevölkerung der Bezug fehlt. Die binäre Geschlechterordnung, die von der Gesellschaft und dem Rechtssystem als gegeben angenommen wurde, lässt für sie dabei kaum Raum,² denn danach handelt es sich um Abweichungen vom System und nicht um Variationen.

Das rechtliche System der Zweigeschlechtlichkeit wurde durch das Phänomen Transgender herausgefordert, und auch die nunmehr geltende triale Geschlechterordnung akzeptiert sie noch nicht. Auf der anderen Seite verursacht dieses System selbst für transidente Menschen, die das dichotome System der Zweigeschlechtlichkeit als solches nicht in Frage stellen wollen, eine ganze Reihe von tatsächlichen und rechtlichen Problemen. Erst seit Änderung des Geschlechtseintrages entsprechend, dem vom Transsexuellengesetz vorgesehenen Verfahren, werden sie rechtlich nach ihrem gelebten und empfundenen Geschlecht behandelt. Eine besondere Relevanz haben deswegen die Rechtsbereiche, die Regelungen enthalten, die unmittelbar an das Geschlecht einer Person anknüpfen. Dazu zählen insbesondere das Ehe-, das Familien-, sowie das Sozial- und das Arbeitsrecht, aber auch der Grundsatz der Trennung von von Strafgefangenen nach ihrem Geschlecht (vgl. § 140 II 1 StVollzG³). Die Wahrnehmung als juristische Streitfrage erfolgte verstärkt in den letzten 30 Jahren.⁴ Mit Inkrafttreten des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG)⁵ am 01.01.1981 schwächte die Diskussion nicht ab, sondern verstärkte sich und hält bis heute an. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) befasste sich in neun veröffentlichten Entscheidungen mit Transsexualität, davon waren sechs Senatsentscheidungen und drei Kammerentscheidungen.⁶ Alle neun Verfahren (zwei Verfassungsbeschwerden und sieben konkrete Normenkontrollen) waren erfolgreich. Ein Blick auf die durchschnittliche Erfolgsquote von ca. 2,3% bei Verfassungs-

² Die Wandelbarkeit des Geschlechts, im Rahmen der Transsexualität, mag die Kategorie des Geschlechts zunächst in Frage stellen. Da einige Transsexuelle jedoch ein eindeutiges Leben im anderen Geschlecht wünschen, kann Transsexualität aber auch als Bestätigung des binären Systems verstanden werden. Vgl. hierzu *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 106, 158.

³ Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe und der freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung - Strafvollzugsgesetz (StVollzG), v. 16.03.1976 (BGBl. I S. 581, ber. S. 2088 und 1977 I S. 436) FNA 312-9-1, zuletzt geändert durch Art. 7 Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren v. 25.04.2013 (BGBl. I S. 935).

⁴ Zur kulturhistorischen und geschichtlichen Betrachtung des Geschlechtsrollenwechsels vgl. *Ankermann*, Das Phänomen Transsexualität, 2010, S. 17-28.

⁵ Vom 10.09.1980 (BGBl. I S. 1654) FNA 211-6, zuletzt geändert durch BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011 – Az. 1 BvR 3295/07 (BGBl. I S. 224).

⁶ Die letzte Verfassungsbeschwerde (*BVerfG*, Beschl. v. 17.10.2017, NJW 2018, S. 222 f.) wurde nicht zur Entscheidung angenommen.

beschwerden⁷ und unter 30% bei konkreten Normenkontrollen⁸ verdeutlicht diesen Erfolg.

Viele Arbeiten beschäftigen sich folgerichtig mit der notwendigen Reformbedürftigkeit des Gesetzes.⁹ Dass parallel zum TSG und dessen Modifikation durch das BVerfG sich auch der EGMR und der EuGH der menschenrechtlichen bzw. europarechtlichen Probleme angenommen hatten, wird dabei nur begrenzt berücksichtigt. Aufgrund der Einbindung der Bundesrepublik in einen stetig wachsenden europäischen Kontext liegt es nahe, zu untersuchen welche Gemeinsamkeiten und Unterschiede in Recht und Rechtsprechung bestehen. Durch den Blick auf parallele Jurisdiktionen können nicht nur Erklärungen für unterschiedliche Entwicklungen in der Rechtsprechung und abweichende Ergebnisse der Gerichte gefunden werden. Sondern vor allem auch Überlegungen dazu angestellt werden, welche Probleme noch im eigenen Rechtsraum zu thematisieren sein werden und welche Argumente dabei eine Rolle spielen werden.

Der UN-Menschenrechtsrat beschloss am 30.06.2016 für drei Jahre einen unabhängigen Experten gegen Gewalt und Diskriminierung aufgrund von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität einzusetzen.¹⁰ Nach einer intensiven Debatte stimmten insgesamt 23 Mitgliedsländer des Rates für (darunter auch Deutschland) und 18 gegen die Resolution.¹¹ Die positive Abstimmung ist die Antwort auf eine gemeinsame Kampagne von 628 NGOs aus 151 Ländern. Der neue Beauftragte soll Berichte für den UN-Menschenrechtsrat und die UN-Vollversammlung anfertigen, in denen er darlegt, ob und wie die Mitgliedstaaten ihren internationalen Verpflichtungen zum Schutz sexueller Minderheiten nachkommen. Es ist die dritte Resolution der Vereinten Nationen zum Thema sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität und ein weiteres deutliches Zeichen, dass ein zunächst wenig beachtetes nationales Thema weltweit immer mehr Aufmerksamkeit erhält.

⁷ <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2014/gb2014/A-I-1.html> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

⁸ Mangels offizieller Angaben selbst erschlossen für die Zeit von 1992–2009 von *Sacksofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (684 Fn. 57).

⁹ Vgl. u.a. *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016; *Wielpiütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012; sowie diverse Artikel u.a. im Zusammenhang mit den Urteilen des BVerfG, anstatt aller vgl. nur *Grünberger*, Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 11.01.2011 – Zur Verfassungswidrigkeit des Transsexuellengesetzes, JZ 2011, S. 368–371; *Ders.*, Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?, in: Groß, Dominik/Neuschaefer-Rube, Christiane/Steinmetzer, Jan (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, Berlin 2008, S. 81–110; *Augstein*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16.03.1982 – 1 BvR 938/81, StAZ 1982, S. 173–174.

¹⁰ *UN General Assembly*, A/HRC/32/L.2/Rev.1, Protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity, 30.06.2016.

¹¹ Dagegen stimmten u.a. Algerien, China, Indonesien, Kenia, Russland und Saudi-Arabien. Sechs Staaten enthielten sich. Eingebracht hatten den Entwurf lateinamerikanische Staaten wie Argentinien, Brasilien, Chile und Mexiko.

B. Begriffserörterung und -festlegung

Zunächst sind die verschiedenen Begrifflichkeiten zu definieren, die im Zusammenhang mit Transsexualität verwendet werden. Diese Begriffe werden unter Berücksichtigung ihrer Verwendung in Normtexten, in der Rechtsprechung und in den verschiedenen Fachbereichen konkretisiert, um eine für die Aufarbeitung einheitliche Auslegung festzulegen. Nur so kann im Rahmen einer (auch) rechtsvergleichenden Arbeit ein Überblick geschaffen werden und die unterschiedlichen rechtlichen Argumentationsstränge einander gegenübergestellt werden. Die Untersuchung der terminologischen Entwicklung der Begrifflichkeiten erlaubt zudem Einblicke in den historischen Kontext der Transsexualität. Vorliegend wird schwerpunktmäßig die begriffliche Entwicklung ab dem 20. Jahrhundert untersucht, weil der Begriff Transsexualität bzw. Transsexualismus erst in den letzten 150 Jahren im medizinischen Schrifttum geprägt wurde.¹²

Des Weiteren ist es notwendig, Begriffe wie Transsexualität, Geschlechtsidentität, Transgender, Transvestismus, sexuelle Orientierung, Intersexualität und Homosexualität voneinander abzugrenzen.¹³ Nicht nur zwischen den verschiedenen Wissenschaften (wie Medizin, Rechtswissenschaften und Geschlechterforschung), besteht noch immer kein einheitliches Verständnis hinsichtlich der Definition von Transsexualität, auch innerhalb der Fachbereiche gibt es häufig keine klare

¹² Vgl. die ausführliche Darstellung bei *Eicher*, Transsexualismus, 1984, S. 4–8.

¹³ So auch das BVerfG in seiner ersten Entscheidung zur Transsexualität, wenn auch mit inzwischen widerlegten Annahmen, *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, *BVerfGE* 49, 286 (287).

herrschende Meinung. Darüber hinaus besteht nicht einmal innerhalb der „Transgender-Community“ ein einheitliches Verständnis von Transsexualität. Diese vielleicht sogar bewusste Ablehnung von starren Definitionen ermöglicht es den weiten Bereich der Transsexualität zu umfassen, der sich dadurch auszeichnet, die festen Grenzen von bisherigen Definitionen, Konzepten und Theorien zunächst zu durchbrechen.¹⁴ Eine klare Abgrenzung von anderen Begrifflichkeiten ist jedoch gleichzeitig fundamental, um über eine Definition ein Diskriminierungsverbot überhaupt zu ermöglichen, Stigmatisierungen zu umgehen und den Einzelfällen gerecht zu werden.¹⁵ Letztendlich könnte die Ausarbeitung von Definitionen von Begrifflichkeiten, die von den Betroffenen in hohem Maße akzeptiert werden und gleichzeitig in den verschiedenen Fachbereichen anerkannt sind, bei einer Reformation des Transsexuellengesetzes berücksichtigt werden.¹⁶

I. Die Unterscheidung zwischen Transsexualität, Intersexualität, Transvestie und Homosexualität und damit zwischen Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung

1. Definitionen von Transsexualität

a. Medizin

Historisch betrachtet sahen sich zunächst Mediziner mit dem Phänomen der Transsexualität konfrontiert, als Transsexuelle an sie herantraten mit dem Wunsch „geheilt“ zu werden oder eine Anpassung ihres körperlichen Geschlechts zu erreichen. In verkürzter Form wird Transsexualität in der Medizin als Entwicklung einer Geschlechtsidentität, die zum somatischen Geschlecht in Widerspruch steht, definiert.¹⁷ Im medizinischen Kontext sind Transsexuelle körperlich betrachtet eindeutig männlichen oder weiblichen Geschlechts, psychisch jedoch fühlen sie sich in jeder Hinsicht dem anderen Geschlecht zugehörig.¹⁸

¹⁴ Die Wandelbarkeit des Geschlechts im Rahmen der Transsexualität mag die Kategorie des Geschlechts zunächst in Frage stellen. Da viele Transgender jedoch ein eindeutiges Leben im anderen Geschlecht wünschen, kann Transsexualität auch als Bestätigung des binären Systems verstanden werden, vgl. hierzu *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 106, 158.

¹⁵ Zum Dilemma von Kategorisierungen vgl. *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 187.

¹⁶ Vgl. dazu E. II.

¹⁷ Vgl. *Koch*, Transsexualismus: Rechtliche Aspekte, MedR 1986, S. 172 (173); *Eicher*, Transsexualismus, 1984, S.18; *Sigusch*, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, 2740 (2742 f.); *Sieß*, Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit, 1996, S. 28; *Spengler*, Transsexualität – eine Krankheit im Sinn der RVO, NJW 1978, 1192 (1192).

¹⁸ *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 128 Rn. 4.

aa. ICD

Eine der relevantesten¹⁹ Definitionen erfolgt durch die internationale statistische Klassifikation von Krankheiten und verwandten Gesundheitsproblemen (*International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, ICD*), herausgegeben von der Weltgesundheitsorganisation (WHO). Innerhalb der Medizin ist es das wichtigste und weltweit anerkannteste Diagnoseklassifikationssystem, welches sowohl somatische als auch psychische Krankheiten umfasst. Die ICD nimmt eine interkulturelle Perspektive und forciert die Anwendbarkeit vor allem auch in den Ländern der Dritten Welt. Transsexualität wurde Stand 2018 dem Kapitel über Persönlichkeits- und Verhaltensstörungen²⁰ zugeordnet und wie folgt definiert:

„Der Wunsch, als Angehöriger des anderen Geschlechtes zu leben und anerkannt zu werden. Dieser geht meist mit Unbehagen oder dem Gefühl der Nichtzugehörigkeit zum eigenen anatomischen Geschlecht einher. Es besteht der Wunsch nach chirurgischer und hormoneller Behandlung, um den eigenen Körper dem bevorzugten Geschlecht soweit wie möglich anzugleichen.“²¹

Der Sexualforschung entstammend ist der Betrachtungswinkel dieser Definition ein medizinisch-psychiatrischer, welcher Transsexualität als pathologisches Syndrom versteht.²² Mittels des Begriffs Störung soll eine komplexe Situation von klinischen Symptomen oder Verhaltensweisen umfasst sein; er gilt als ungenau und soll den kritisierten Begriff „Krankheit“ ersetzen. Seit den 1990er Jahren, sind die Annahmen der ICD-10 revidiert worden.²³

Am 18.06.2018 wurde die grundlegend überarbeitete ICD-11 vorgestellt. Die ICD-11 wurde 2019 auf der Weltgesundheitsversammlung verabschiedet werden und trat am 01.01.2022 in Kraft. Anhaltender Kritik entsprechend werden Transgender nun nicht mehr als Menschen mit „Störungen der Geschlechtsidentität“ im Abschnitt „Mentale und Verhaltensstörungen“ eingeordnet. Stattdessen findet sich im neuen 17. Abschnitt „*Conditions related to sexual health*“ die Kategorie „*Gender incongruence*“, diese wird definiert als ausgeprägte und anhaltende Inkongruenz

¹⁹ Die Relevanz der Klassifikation als Krankheit in der Rechtsprechung wurde jüngst wieder deutlich, als der EGMR sie Argument dafür heranzog, dass eine Voraussetzung des Nachweises des transsexuellen Syndroms rechtmäßig sei; *EGMR*, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12, Rn. 139 – A.P./Frankreich.

²⁰ In der von 1978 stammenden ICD-9 wurden die „Störungen der Geschlechtsidentität“ noch im Kapitel „Neurosen und Psychopathien“ neben Sodomie, Pädophilie und der damals noch genannten Homosexualität aufgeführt.

²¹ ICD-10-GM-2018, F 64.0. Zu den Aussagen, die sich aus dieser Klassifizierung ziehen lassen, vgl. *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 34 f.

²² *Adamietz*, *Transgender ante portas*, KJ 2006, S. 368 (370). Zur Pathologisierung der Betroffenen und den wiederkehrenden Bezügen zur Medizin, vgl. B IV (Psycho-)Pathologisierung der Betroffenen/Bezug zur Medizin.

²³ *Adamietz/Bager*, *Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen*, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 93.

zwischen dem empfundenen und dem zugewiesenen Geschlecht. Für viele ist diese Änderung ein wichtiger Schritt gegen die bisherige Stigmatisierung.²⁴

bb. DSM

Einen ähnlichen Ansatz verfolgt die Definition des Diagnostischen und Statistischen Handbuchs Psychischer Störungen (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, DSM*). Das DSM ist ein nationales Klassifikationssystem der Vereinigten Staaten von Amerika und muss daher nicht so stark wie die ICD Kompromisse und Ergänzungen ermöglichen. Folglich beinhaltet das DSM auch speziellere und genauere diagnostische Kriterien. Das DSM-IV aus dem Jahr 1994 versteht Transsexualität als eine Geschlechtsidentitätsstörung, welche sich in einem starken und andauernden Zugehörigkeitsgefühl zum anderen Geschlecht (d. h. nicht lediglich das Verlangen nach irgendwelchen kulturellen Vorteilen, die als mit der Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht verbunden empfunden werden) äußert.

„Bei Jugendlichen und Erwachsenen manifestier[e] sich das Störungsbild durch Symptome wie geäußertes Verlangen nach Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht, häufiges Auftreten als Angehöriger des anderen Geschlechts, das Verlangen, wie ein Angehöriger des anderen Geschlechts zu leben oder behandelt zu werden oder die Überzeugung, die typischen Gefühle und Reaktionsweisen des anderen Geschlechts aufzuweisen.“²⁵

Es bestehe ein „[a]nhaltendes Unbehagen im Geburtsgeschlecht oder Gefühl der Person, dass die Geschlechtsrolle dieses Geschlechts für sie nicht die richtige ist. [...] Bei Jugendlichen und Erwachsenen manifestier[e] sich das Störungsbild durch Symptome wie das Eingenommensein von Gedanken darüber, die primären und sekundären Geschlechtsmerkmale loszuwerden (z. B. Nachsuchen um Hormone, Operation oder andere Maßnahmen, welche körperlich die Geschlechtsmerkmale so verändern, dass das Aussehen des anderen Geschlechts simuliert wird) oder der Glaube, im falschen Geschlecht geboren zu sein.“²⁶

Laut Angaben des DSM-IV darf dieses „Störungsbild“ nicht von einem somatischen Intersex-Syndrom²⁷ begleitet sein.²⁸

²⁴ Vgl. TGEU, World Health Organisation moves to end classifying trans identities as mental illness, <https://tgeu.org/world-health-organisation-moves-to-end-classifying-trans-identities-as-mental-illness/> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

²⁵ *American Psychiatric Association*, DSM-IV, 1994, S. 537; *American Psychiatric Association*, DSM-IV dt. Übersetzung, 2. Aufl. 1998, S. 609 (302.85 (Geschlechtsidentitätsstörungen)).

²⁶ *American Psychiatric Association*, DSM-IV, 1994, S. 538; *American Psychiatric Association*, DSM-IV dt. Übersetzung, 2. Aufl. 1998, S. 610 (302.85 (Geschlechtsidentitätsstörungen)).

²⁷ Zu Intersexualität vgl. B. II. 2.

²⁸ *American Psychiatric Association*, DSM-IV, 1994, S. 538; *American Psychiatric Association*, DSM-IV dt. Übersetzung, 2. Aufl. 1998, S. 610 (302.85 (Geschlechtsidentitätsstörungen)).

Inzwischen wurde das DSM-V veröffentlicht, welches nicht mehr von einer Geschlechtsidentitätsstörung, sondern von Geschlechtsdysphorie spricht.²⁹ *Gender dysphoria* als allgemeiner deskriptiver Begriff meint hier die gefühlsbezogene/kognitive Unzufriedenheit des Einzelnen mit dem zugewiesenen Geschlecht und wird im Rahmen der diagnostischen Kategorie weiter definiert.³⁰ Der Begriff bezieht sich auf das Leid, welches sich aus der Inkongruenz von erlebtem/ausgelebten Geschlecht und zugewiesenem Geschlecht ergibt und richtet sich stärker auf die Dysphorie als klinisches Problem anstatt auf die Identität an sich.³¹ Eine Begriffsänderung wurde als nötig empfunden, da die Betroffenen³² einen diagnostischen Terminus brauchten, der ihnen den Zugang zur Behandlung ermöglicht, aber im sozialen, beruflichen und rechtlichen Rahmen nicht negativ besetzt oder mit Nachteilen verbunden ist.³³ Die Betroffenen werden nun nicht mehr als Personen mit sexuellen Störungen klassifiziert, sondern erhielten eine eigene Kategorie. Dieser Schritt wurde unter anderem aufgrund der Stigmatisierung des Begriffs „Störung“ und der relativ verbreiteten Verwendung des Begriffs „Geschlechtsdysphorie“ in der relevanten Literatur und von den Spezialisten gewählt. Der Zeitraum, in dem das persönliche Geschlecht empfunden wurde, soll sechs Monate betragen.

Auch der DSM-V sieht als Hauptkomponente der Diagnose die Diskrepanz zwischen dem Geburtsgeschlecht und dem empfundenen Geschlecht. Im Unterschied zum DSM-IV kann jedoch laut DSM-V das empfundene Geschlecht alternative Geschlechtsidentitäten umfassen, die über die binären Stereotype hinausgehen.³⁴ Ein weiterer Unterschied besteht im Verhältnis zu intersexuellen Menschen. Neu hinzugefügt wurde die Spezifizierung „*with or without a disorder of sex development*“. Während unter dem DSM-IV Intersexuelle unter die „*not otherwise specified*“ Diagnose fielen, ist es nun möglich, sie auch unter Geschlechtsdysphorie zu klassifizieren mit dem Zusatz „*with a disorder of sex development*“.³⁵ Da intersexuelle Individuen hinsichtlich ihres sozialen Geschlechts (*gender*, vgl. dazu B I 2 a) möglicherweise ähnliche Erfahrungen machen und entsprechende Behandlungspläne wünschen, erscheint dies auch sinnvoll.

Weiterhin gibt es verschiedene Kriterien für Kinder, Jugendliche und Erwachsene, entsprechend der variierenden Entwicklungsstadien und der Überlegung, dass Kinder eine geringere Fähigkeit zur Einsicht in ihre Erfahrungen und Erlebnisse haben und dazu diese Erfahrungen zum Ausdruck zu bringen. Die bisherigen Un-

²⁹ Vgl. *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451.

³⁰ *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451.

³¹ *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451.

³² Die Verwendung von Begrifflichkeiten wie „Betroffener“ oder „Antragsteller“ ist in keiner Weise als geschlechtsbezogene oder -ausgrenzende Bezeichnung zu verstehen. Ohne automatische geschlechtliche Konnotation soll der gesamte Kreis der betroffenen Transsexuellen eingeschlossen werden. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf das Binnen-I verzichtet.

³³ Vgl. IV Pathologisierung der Betroffenen.

³⁴ *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 452 (302.6 A.1. und 302.85 A.4.), 453.

³⁵ Vgl. *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 456 f.

tertypen, die auf der sexuellen Orientierung der Person basierten, wurden gestrichen.

cc. Vergleich ICD und DSM

Vergleicht man die beiden Klassifikationssysteme, ergeben sich Gemeinsamkeiten als auch Unterschiede. Sowohl das ICD-10 als auch das DSM sehen die Transsexualität als geprägt durch die Unzufriedenheit mit dem eigenen Geschlecht und der diesem Geschlecht zugeordneten Rolle sowie dem Verlangen in dem anderen Geschlecht zu leben und Anerkennung zu finden. Außerdem wird dem Transsexuellen der Wunsch zugeschrieben, eine möglichst weitreichende physische Anpassung zu erlangen. Von beiden Systemen nicht erwähnt wird die sexuelle Orientierung.³⁶ Die Unterschiede beginnen bei der verschiedenen Terminologie. Während in der ICD-10 weiterhin der Begriff „Transsexualismus“ Verwendung findet und dieser der Rubrik F64 „Störungen der Geschlechtsidentität“ zugeordnet wird, lehnen das DSM-IV und DSM-V den Terminus „Transsexualismus“ ab und verwenden an dessen Stelle den Begriff „Geschlechtsidentitätsstörung“ bzw. „Geschlechtsdysphorie“. Im Gegensatz zur ICD-10 sieht das DSM-V nosologisch keine so enge Bindung an den Operationswunsch³⁷ vor. Die Überlegung Betroffenen den Operationsdruck zu nehmen, welcher nun nicht mehr Voraussetzung war um als transsexuell anerkannt zu werden, setzte sich erstmals im DSM-IV 1994 durch.³⁸ Auf diese Weise fiel auch der bedenkliche Zirkelschluss³⁹ vom diagnostischen Kriterium hin zur Intervention nach abgesicherter Diagnose, wie er noch im ICD-10 gegeben ist.⁴⁰ Im Diskurs, der in die ICD-10 Definition Eingang fand, herrschte die Vorstellung vor, dass Transsexualität als psychische Kondition zu behandeln sei, auf die chirurgisch zu reagieren ist. In den vergangenen Jahren wurde zunehmend von dem Er-

³⁶ Vgl. ebenfalls die sich gewandelte Vorstellung des deutschen BVerfG von Transsexualität.

³⁷ Diesbezüglich ist umstritten, ob *Geschlechtsumwandlung* oder *Geschlechtsanpassung* der richtige Terminus ist. Da bei Personen, die transsexuell sind, die körperlichen Verhältnisse der bereits existierenden Geschlechtsidentität angepasst werden, wird in dieser Arbeit die Bezeichnung „geschlechtsangleichende Operation“ verwendet. Andere argumentieren der Begriff *Geschlechtsumwandlung* sei nicht korrekt, da nur eine Angleichung erfolgen könne, nie aber eine komplette geschlechtliche Umwandlung inklusive der Möglichkeit der geschlechtsspezifischen Fortpflanzung, vgl. *Eicher*, *Transsexualismus*, 1984, S. 1. Pfäfflin hält aus psychologischen Gründen zum Wohle der Betroffenen und weil die personenstandsrechtliche Änderung nach dem TransG eine Umwandlung der Geschlechtszugehörigkeit darstelle, den Begriff *Geschlechtsumwandlung* für legitim und sinnvoll, *Pfäfflin*, *Geschlechtsumwandlung*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 646 (656 f.).

³⁸ *Vetter*, *Transidentität*, 2010, S. 83 f.; vgl. auch *American Psychiatric Association*, *DSM-V*, 2013, S. 454 „In adults with gender dysphoria, the discrepancy between experienced gender and physical sex characteristics is often, *but not always*, accompanied by a desire to be rid of primary and/or secondary characteristics [...]“ (Hervorhebung durch die Verfasserin).

³⁹ Vgl. auch *Pichlo*, *Transsexualismus – leistungsrechtliche und gutachterliche Kriterien für geschlechtsangleichende somatische Maßnahmen aus Sicht des MDK Nordrhein*, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, 2008, S. 119–129 (122).

⁴⁰ Vgl. *Förster*, *Transsexualität und Ehefähigkeit*, 2013, S. 53.

fordernis körperlicher Angleichung in der medizinischen Fachpresse Abstand genommen und die operative Geschlechtsumwandlung gilt aus medizinischer Perspektive nicht mehr als die einzig anerkannte Möglichkeit, um das Leiden von Transsexuellen zu mindern. Folglich gilt diese nicht mehr bei jedem Betroffenen als indiziert.⁴¹ Die neue Klassifizierung und zurückhaltende Beschreibung im ICD-11 wird den Bedürfnissen und der Realität zum ersten mal gerecht.

dd. Deutschland

Auch auf nationaler Eben wurde der Wunsch durch hormonelle und chirurgische Maßnahmen soweit als möglich die körperliche Erscheinungsform des Identitätsgeschlechts anzunehmen als maßgebend betrachtet.⁴² In der Einleitung der aktuellen deutschen „Standards der Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen“ wird noch davon gesprochen, dass zur Transsexualität „der Wunsch, durch hormonelle und chirurgische Maßnahmen soweit als möglich die körperliche Erscheinungsform des Identitätsgeschlechts anzunehmen“ gehöre.⁴³ Allerdings wird der Wunsch nach einer operativen Geschlechtsangleichung⁴⁴ nicht mehr als Diagnosekriterium geführt und die Voraussetzung, dass durch die Stellungnahme des Therapeuten zur Indikationsstellung zu einer Transformationsoperation „erklärt werden [soll], warum der Patient ohne Operation auf Dauer unter einem größeren Leidensdruck stehen würde“ spricht gegen die ursprünglich sehr enge Verbindung von Transsexualität und dem Wunsch nach hormoneller und chirurgischer Behandlung. Ursachen⁴⁵ und Verlaufsbedingungen von Transsexualität sind weitgehend ungeklärt und Gegenstand verschiedenartiger theoretischer Ansätze.⁴⁶ Unterschiedlich-

⁴¹ Becker, Abschied vom „echten“ Transsexuellen, ZfS 2006 (19), S. 154 (157 f.); Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (260 f.).

⁴² Vgl. Preuss, Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen, Psychotherapeut 1997, S. 256 (256).

⁴³ Becker/Bosinski/Clement/et al, Standards der Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen, ZfS 1997 (10), S. 147–156 (147).

⁴⁴ Gegen den Begriff der Geschlechtsumwandlung lässt sich einwenden, dass durch operative Maßnahmen nur eine Anpassung an das psychologische Geschlecht erreicht werden kann. Eine Umwandlung, die die geschlechtsspezifische Fortpflanzung umwandelt ist jedoch nicht möglich; vgl. Eicher, Transsexualismus, 1984, S. 1. Auch von vielen Betroffenen wird der Begriff „Umwandlung“ abgelehnt, da sie sich selbst bereits als Mann oder Frau sehen (dem psychischen Geschlecht entsprechend), also keine Umwandlung erfolgen kann, sondern nur eine Anpassung/Angleichung.

⁴⁵ Als mögliche körperliche Ursachen werden unter anderem zerebrale Pathologie, Enzymfehler, cytotogenetische oder neurohormonale Störungen aufgeführt. Neuerdings gibt es auch die Annahme, dass die Gehirnstruktur eines Transsexuellen dem des anderen Geschlechts entspricht, verursacht durch den Hypothalamus, der die Interaktion von Gehirn und Geschlechtshormonen steuert. Vgl. Sharpe, Transgender Jurisprudence, 2002, S. 27 f. Für eine knappe Zusammenfassung der wissenschaftlichen Diskussion zur Ätiologie, vgl. Förster, Transsexualität und Ehefähigkeit, 2013, S. 66 f.

⁴⁶ Preuss, Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen, Psychotherapeut 1997, S. 256 (256); Cohen-Kettenis/Gooren, Transsexualism: A review of etiology, diagnosis and treatment, Journal of Psychosomatic Research, Vol. 46, No. 4, 1999, S. 315–333.

ste Entwicklungswege des Betroffenen können zur Ausprägung des transsexuellen Wunsches führen, da ein persistierendes transsexuelles Begehren als „[...] Resultat sequentieller, in verschiedenen Abschnitten der psychosexuellen Entwicklung, eventuell kumulativ wirksam werdender Einflussfaktoren“ verstanden wird.⁴⁷ Die Intensität des Wunsches das Geschlecht umzuwandeln und die Selbstdiagnose allein werden nach wie vor nicht als ausreichende Indikatoren für das Vorliegen von Transsexualität gewertet.⁴⁸ Stattdessen geht man davon aus, dass eine zuverlässige Beurteilung nur im Rahmen eines langfristigen diagnostisch-therapeutischen Prozesses möglich ist. Der sogenannte Alltagstest, in dem der Patient kontinuierlich und in allen sozialen Bereichen im gewünschten Geschlecht lebt, soll gewährleisten, dass die Betroffenen alle notwendigen Erfahrungen sammeln, um eine Entscheidung zu treffen.⁴⁹ Auf diesem Ansatz basieren sowohl die „kleine“ als auch die „große Lösung“ im deutschen Transsexuellengesetz⁵⁰ (vgl. § 1 I Nr. 1, § 8 I Nr. 1).

b. Rechtsprechung

Der EGMR verstand, ohne weiter anzugeben, woher diese Definition stammt, seit 1986 unter Transsexuellen

„Personen [...], die körperlich einem Geschlecht angehören aber davon überzeugt sind, dass sie dem anderen zugehören. Sie streben häufig an, zu einer einheitlichen und eindeutigen Identität zu kommen, indem sie medizinische Behandlung und chirurgische Eingriffe auf sich nehmen, um sich so physisch dem Geschlecht anzupassen, dem sie psychisch angehören.“⁵¹

Für den EGMR bildeten Transsexuelle, die operiert worden sind, eine ziemlich klar umrissene und abgrenzbare Gruppe. Er stellte jedoch 2017 klar, dass auch Menschen, die sich keiner medizinischen Geschlechtsanpassung unterziehen wollen, im Sinne dieser Rechtsprechung transsexuell sein können.⁵²

⁴⁷ *Preuss*, Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen, Psychotherapeut 1997, S. 256 (256).

⁴⁸ Als umso außergewöhnlicher stellt sich die seit 2012 in Argentinien vorherrschende Rechtslage dar. In Argentinien kann inzwischen jede und jeder ihre und seine Geschlechtszugehörigkeit frei und selbst bestimmen, unabhängig von der Geschlechtsbestimmung bei der Geburt. Auch der bisher notwendige medizinische Nachweis einer Geschlechtsumwandlung wurde abgeschafft; <http://www.taz.de/15094114/> (zuletzt aufgerufen 04.10.2018).

⁴⁹ Vgl. *Preuss*, Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen, Psychotherapeut 1997, S. 256 (256).

⁵⁰ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG), v. 10.09.1980 (BGBl. I S. 1654) FNA 211-6, zuletzt geändert durch BVerfG, Beschl. – 1 BvR 3295/07 – v. 11.01. 2011 (BGBl. I S. 224).

⁵¹ *EGMR*, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 38 – Rees/Vereinigtes Königreich; 15 Jahre später auf die Definition in *Rees* verweisend: *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 50 – Van Kück/Deutschland.

⁵² *EGMR*, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 94, 126 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

Das BVerfG wiederum bezieht sich bereits in seiner ersten Entscheidung auf die Vorstellung der Wissenschaft von Transsexualität. Wesentlich für diese sei nach einer Dokumentation der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung von 1974,

„die vollständige psychische Identifikation mit dem anderen, d.h. dem eignen Körper widersprechenden Geschlecht.“⁵³

Im darauf folgenden Abschnitt des Urteils nimmt das BVerfG keine detailliertere Definition des Begriffs bzw. der Diagnose „Transsexualität“ vor, sondern grenzt diese von Hermaphroditismus, Homosexualität und Transvestismus ab. Der Transsexuelle sei dem männlichen bzw. weiblichen Geschlecht bei Geburt genetisch betrachtet eindeutig zuzuordnen, er habe keine Probleme mit der Sexualität, sondern mit seiner Geschlechterrolle und seiner Geschlechtsidentität und wünsche sich die vollkommene körperliche Geschlechtsumwandlung.⁵⁴ Diese Einführung in das Phänomen Transsexualität, genügte dem BVerfG auch die nächsten Jahrzehnte. Abgesehen von einzelnen Korrekturen, wie beispielsweise der Erkenntnis, dass Transsexuelle durchaus homosexuell orientiert sein können,⁵⁵ bot sich dem BVerfG kein Anlass, näher zu untersuchen, wann ein Mensch transsexuell ist. Stattdessen wurde diese Überlegungen der medizinischen Praxis überlassen. Erst 2011 wurden die seit Inkrafttreten des Transsexuellengesetzes gewonnenen Erkenntnisse über Transsexualität wie folgt zusammengefasst

„Transsexuelle leben in dem irreversiblen und dauerhaften Bewusstsein, dem Geschlecht anzugehören, dem sie aufgrund ihrer äußerlichen körperlichen Geschlechtsmerkmale zum Zeitpunkt ihrer Geburt nicht zugeordnet wurden. Ihre sexuelle Orientierung im empfundenen Geschlecht kann, wie bei Nicht-Transsexuellen, hetero- wie homosexuell ausgerichtet sein.“⁵⁶

Das in Deutschland einzige Gesetz mit ausdrücklichem Bezug zu Transsexualität, das TSG, führt hinsichtlich der Betroffenen nur aus, dass es um Menschen gehe, die

„[...] sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfinde[n] und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steh[n], ihren Vorstellungen entsprechend zu leben“.⁵⁷

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287). Zur Kritik an der nicht mehr zeitgemäßen Definition von Transsexualität im TSG vgl. Adamietz/Bager, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 92–100.

⁵⁴ Vgl. Verweis des BVerfG auf *Neriny-Stickel/Hammerstein*, Medizinisch-juristische Aspekte der menschlichen Transsexualität, NJW 1967, S. 663 (665).

⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 26 f., BVerfGE 115, 1 (5 f.).

⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 34, BVerfGE 128, 109 (115).

⁵⁷ § 1 I Nr. 1 TSG.

2. Sexuelle Identität: Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung

Der Transsexualität zugeordnet werden die Begriffe „Geschlechtsidentität“ und „sexuelle Identität“. Daneben existiert noch der Begriff der sexuellen Orientierung. Da diese Begriffe zu großen Teilen in der Rechtsprechung, in Normtexten und der Wissenschaft nicht einheitlich benutzt werden, bedarf es der Festlegung von sogenannten Arbeitsbegriffen.

a. Sexuelle Identität, *sex* und *gender*

Die sexuelle Identität wird erst seit den 1990er Jahren in der Rechtssprache verwendet⁵⁸ und vom Sexualwissenschaftler *Savin-Williams* definiert als

„überdauerndes Erleben eines Individuums als ein sexuelles Wesen, das zu einer kulturell geschaffenen Kategorie passt und den sexuellen Phantasien, Orientierungen und Verhaltensweisen Rechnung trägt“⁵⁹

In Deutschland wird der Begriff der sexuellen Identität beispielsweise im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz⁶⁰ und verschiedenen Landesverfassungen⁶¹ verwendet und umfasst Homo-, Bi-, Trans- und Intersexuelle.⁶² Der EGMR verwendete 1980 den Begriff *sexual identity*⁶³, in einer deutschen Übersetzung wurde dieser einfach als geschlechtliche Identität übersetzt.⁶⁴ Überwiegend wird die sexuelle Identität jedoch als Oberbegriff für Geschlechtsidentität (Synonym: geschlechtliche Identität) und sexueller Orientierung verwendet und umfasst damit erstens den Körper in seiner Geschlechtlichkeit, zweitens das psychische Geschlecht im Sinne der Selbst-

⁵⁸ *Plett*, Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität, in: Duttge/Engel/Zoll (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Normen*, 2010, S. 53–67 (54), die ein Grundrecht auf sexuelle Identität aus Art. 1 I 1 i.V.m. Art. 2 I i.V.m. Art. 3 III 1 GG zieht.

⁵⁹ *Savin-Williams*, An exploratory study of pubertal maturation timing and self-esteem among gay and bisexual male youths, *Developmental Psychology* 31, S. 56–64.

⁶⁰ In der Begründung der Bundesregierung zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz heißt es „Der Begriff der ‚sexuellen Identität‘ entspricht der bereits zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78 in § 75 Betriebsverfassungsgesetz erfolgten Wortwahl. Erfasst werden homosexuelle Männer und Frauen, ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen.“ BR-Drs. 329/06, S. 32 bzw. BT-Drs. 16/1780, S. 31. Vgl. auch BR-Drs. 741/09 vom 29.09.2009; BT-Drs. 17/88 vom 27.11.2009 (Fraktion Bündnis 90/Die Grünen); BT-Drs. 17/254 vom 15.12.2009 (Fraktion der SPD) und BT Drs. 17/472 vom 20.01.2010 (Fraktion Die Linke).

⁶¹ Vgl. Art. 10 II Berliner Landesverfassung, Art. 12 II Brandenburgische Landesverfassung und Art. 2 II Bremische Landesverfassung. Ein Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung findet sich Art. 2 III der Verfassung des Freistaats Thüringen. Entsprechende Verbote sind auch in den Verfassungen Portugals (Artikel 13) und Schwedens (Kapitel 1 Artikel 2 Regierungsformen/Regierungsform) zu finden.

⁶² Zu den Bestrebungen die sexuelle Identität als Diskriminierungsmerkmal in Art. 3 III GG aufzunehmen: *Plett*, *Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität*, in: Duttge/Engel/Zoll (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Normen*, 2010, S. 53–67 (55).

⁶³ EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 19, 29 – Van Oosterwijk/Belgien.

⁶⁴ EuGRZ 1981, 275 (276).

wahrnehmung in der eigenen Geschlechtlichkeit und drittens die sexuelle Orientierung.⁶⁵

Mit einer Auseinandersetzung mit der Bedeutung von Geschlechtsidentität muss eine Erläuterung der englischen Wörter *sex* und *gender* einhergehen. Wofür die englische Sprache gleich zwei Begriffe kennt und sich diese trennscharf abgrenzen lassen, gibt es im Deutschen nur das Wort Geschlecht. Während *sex* in der feministischen Theorie und den dazugehörigen Wissenschaften das biologische Geschlecht benennen soll⁶⁶, meint *gender* das soziale Geschlecht, welches den Geschlechtern in Form von Geschlechterrollen zugeschrieben wird^{67,68}. In der Rechtsprechung des EGMR werden die zwei Begriffe jedoch nicht immer trennscharf entsprechend dieser Bedeutung, sondern als Synonyme verwendet.⁶⁹

⁶⁵ In diesem Sinne: *Plett*, Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität, in: *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Normen*, 2010, S. 53–67 (57) unter Verweis auf *Baer*, Stellungnahme zu den Entwürfen eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 3 Absatz 3 Satz 1), 2010, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/01_Aenderung_Grundgesetz/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Baer.pdf (29.06.2010); *Dethloff*, Stellungnahme zur Ergänzung des Art. 3 III 1 GG um das Merkmal der sexuellen Identität, 2010, http://www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse17/a06/anhoeerungen/01_Aenderung_Grundgesetz/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Dethloff.pdf (29.06.2010). Vgl. auch *Hill*, Soziale Umwelt und sexuelle Identitätsbildung, in: *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm*, 2010, S. 37–52 (38); der von sexueller Identität auch die sexuelle Präferenz umfasst sieht, welche sich wiederum auf die Gattung beziehen kann. (Hingezogenfühlen zu Tieren, Partnern unterschiedlichen Alters sowie unbelebten Objekten.)

⁶⁶ Vgl. für die medizinisch/psychologische Sichtweise *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451: „[...] *sex* and *sexual* refer to the biological indicators of male and female (understood in the context of reproductive capacity), such as in sex chromosomes, gonads, sex hormones and nonambiguous internal and external genitalia“.

⁶⁷ *Plett* versteht unter *gender* auch das psychische Geschlecht, andere wiederum behandeln dieses eher unter *sexual identity*; *Plett*, Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität, in: *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Normen*, 2010, S. 53–67 (57). Zu den anderen, vgl. *Schmidt*, Geschlecht und Transsexualität, in: *Foljanty/Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2012, S. 174–192 (179 f.). Vgl. *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451: „[...] *gender* is used to denote the public (and usually legally recognized) lived role as boy or girl, man or woman, but in contrast to certain social constructionist theories, biological factors are seen as contributing, in interaction with social and psychological factors, to gender development.“

⁶⁸ Vgl. *Holzleithner*, *Recht Macht Geschlecht – legal-gender-studies: eine Einführung*, 2002, S. 18 ff. Hinsichtlich der Unzulänglichkeiten bei dieser Trennung und dem diesbezüglichen Diskurs vgl. *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 2–147 und *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 62–110.

⁶⁹ Vgl. insbesondere *EGMR (GK)*, Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 12–18 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich aber auch *EGMR*, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 12, 23, 42 u.a. – Rees/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 11, 26, 38 – Cossey/Vereinigtes Königreich; dazu auch *Gonzalez Salzberg*, *Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage*, *JICL* 2015. S. 173–186 (174).

b. *Geschlecht*

Das Recht knüpft teilweise an die biologische Geschlechtszugehörigkeit an. Dabei ging der Gesetzgeber, wenn er von dem Begriff „Geschlecht“, „Mann/Frau“⁷⁰, „Vater/Mutter“⁷¹ spricht, immer von einer eindeutig möglichen Zuordnung der sich gegenseitig ausschließenden Gruppierungen männlich und weiblich aus. Das in diesem Zusammenhang häufig zitierte Preußische Allgemeine Landrecht (ALR) behandelte relativ ausführlich und äußerst fortschrittlich das Problem einer nicht eindeutigen Geschlechtszugehörigkeit

§ 19. Wenn Zwitter geboren werden, so bestimmen die Aeltern, zu welchem Geschlechte sie erzogen werden sollen.

§ 20. Jedoch steht einem solchen Menschen, nach zurückgelegten achtzehnten Jahren, die Wahl frey, zu welchem Geschlecht er sich halten wolle.

§ 21. Nach dieser Wahl werden seine Rechte künftig beurtheilt.

§ 22. Sind aber Rechte eines Dritten von dem Geschlecht eines vermeintlichen Zwitters abhängig, so kann ersterer auf Untersuchung durch Sachverständige antragen.

§ 23. Der Befund der Sachverständigen entscheidet, auch gegen die Wahl des Zwitters, und seiner Aeltern.

Wenn der Sachverständige nach §§ 21, 22 ALR nicht feststellen konnte, dass die Geschlechtsmerkmale eines Geschlechts überwiegen, blieb die Entscheidung des Zwitters die ausschlaggebende.⁷² Während diese „Wahlmöglichkeit“ einen äußerst fortschrittlichen Charakter hat, ist das damals und noch lange vorherrschende Zweigeschlechter-Modell konservativer Natur. Man ging davon aus, dass jeder Mensch genau einem Geschlecht zuordenbar war.

aa. *Deutschland*

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch⁷³ enthält keinerlei Vorschriften über den Inter- oder Transsexuellen und keine Definition von Geschlecht. Alleiniger Anknüpfungspunkt für die juristische Feststellung des Geschlechts ist die personenstandsrechtliche Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit zum Zeitpunkt der Geburt.

⁷⁰ Bspw. in Art. 3 II GG „Männer und Frauen sind gleichberechtigt.“; § 183 I StGB „Ein Mann, der eine andere Person durch exhibitionistische Handlung belästigt [...]“.

⁷¹ Bspw. in Art. 6 IV GG „Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft.“; § 1591 BGB „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.“

⁷² *Dernburg*, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Band 1, 2. Aufl. 1879, S. 93.

⁷³ Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), in der Fassung der Bekanntmachung v. 02.01.2002 (BGBl. I S. 42, ber. S. 2909 und BGBl. 2003 I S. 738) FNA 400-2, zuletzt geändert durch Art. 1 G zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und zur Änderung des EEG vom 22.07.2014 (BGBl. I S. 1218).

In § 1 I Personenstandsgesetz⁷⁴ befindet sich seit dem 01.09.2009 erstmals eine Definition des Personenstands. Nach dieser Definition ist der Personenstand eine Zusammenfassung von Merkmalen des Familienrechts einschließlich des Namens der Person, aus denen sich die Stellung in der Rechtsordnung ergibt. Somit umfasst er verschiedene, zum Teil familienrechtliche, zum Teil individuell auf die Person bezogene Verhältnisse, Qualitäten und Rechtstatsachen.⁷⁵ Vom Familienstand, welcher lediglich eine Aussage darüber macht, ob eine Person ledig, verheiratet, verwitwet oder geschieden, ver- oder entpartnert ist, ist der Personenstand abzugrenzen.

Die Zuordnung des Geschlechts eines Menschen nach der Geburt erfolgt durch einen Arzt/eine Ärztin oder Hebammen bzw. Entbindungspfleger.⁷⁶ Gemäß § 21 I Nr. 3 PStG ist das Geschlecht, neben Vor- und Familiennamen, Ort und Zeitpunkt der Geburt und Informationen zu den Eltern des Kindes, vom Standesbeamten einzutragen. Da weder der deutsche Gesetzgeber eine Legaldefinition für das Geschlecht geschaffen hat, noch die für Standesbeamte maßgebliche Verwaltungsvorschrift, die Dienstanweisung für die Standesbeamten und ihre Aufsichtsbehörden, eine Definition enthält, erscheint es im ersten Moment fraglich, welche Merkmale und Kriterien für eine Bestimmung als „weiblich“ und „männlich“ heranzuziehen sind. In der Praxis der Standesbeamten sind zu diesem Zeitpunkt die äußeren Geschlechtsmerkmale beziehungsweise die äußere körperliche Beschaffenheit ausschlaggebend.⁷⁷ Dies entspricht auch der ursprünglichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGH). In seinem ersten Urteil zur Transsexualität ging dieser davon aus, dass es keine Geschlechtslosigkeit gibt (entweder männlich oder weiblich), dass das Geschlecht anhand körperlicher Geschlechtsmerkmale bestimmbar und auch zu bestimmen ist, dass das Geschlecht angeboren und unwandelbar ist und dass Schwierigkeiten bei den nur selten auftretenden Zwittern nicht als Durchbrechung ausreichen sollen.⁷⁸ Diese sieht das BVerfG anders. Es stellte 2017 fest, dass die Geschlechterbinarität des Personenstandsrechts verfassungswidrig ist und entweder für Intersexuelle ein drittes Geschlecht geschaffen werden muss oder der Gesetzgeber generell auf einen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag verzichten muss.⁷⁹

Die Orientierung an rein sichtbaren körperlichen Geschlechtsmerkmalen ist, wenn man die einschlägige medizinische Literatur betrachtet, nur eine einseitige

⁷⁴ Personenstandsgesetz (PStG), v. 19.02.2007 (BGBl. I S. 122), FNA 211-9, zuletzt geändert durch Art. 3 G zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt v. 28.08.2013 (BGBl. I S. 3458).

⁷⁵ *Windel*, Lebensformen – Status – Personenstand, StAZ 2006, S. 125 (132).

⁷⁶ *Kannowski*, in: Staudinger, 2013, Vorbemerkung zu § 1 Rn. 12.

⁷⁷ Vgl. *Kannowski*, in: Staudinger, 2013, Vorbemerkung zu § 1 Rn. 12; *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 89 mit Verweis auf weitere Kommentar-Literatur. Aus der Rechtsprechung *OLG Zweibrücken*, Urt. v. 15.01.2003, StAZ 2003, 171; *OLG Naumburg*, Urt. v. 14.12.2000, StAZ 2002, 169.

⁷⁸ *BGH*, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, BGHZ 57, 63.

⁷⁹ Vgl. dazu B II 2 b dd und E II 2 c.

Betrachtungsweise. Ein Blick in die EGMR-Rechtsprechung macht deutlich, welche weiteren Faktoren in Betracht kommen.

bb. EGMR-Rechtsprechung und Großbritannien

Die erste Transsexuellenentscheidung des EGMR betraf Belgien, in ihr stellte der EGMR bezüglich des Geschlechts zunächst nur fest, dass die äußere Erscheinung infolge der Behandlung männlich sei, die Chromosomen hingegen weiblich blieben.⁸⁰ Die nächsten Entscheidungen betrafen vor allem Großbritannien, dort waren 1986 die Kriterien für die Bestimmung des Geschlechts nicht niedergeschrieben. Der oberste Landesbeamte verwendete jedoch stets nur die drei biologischen Kriterien: Chromosomen, Geschlechtsdrüsen und Geschlechtsteil. Das „psychische Geschlecht“ war hingegen nicht ausschlaggebend – wenn das Geschlecht bei der Geburt bestimmt wurde und dieses später im Leben im Widerspruch zu den biologischen Kriterien stand, wurde es nicht als faktischer Fehler bei der Eintragung des Geschlechts gewertet.⁸¹ Bis zum 04.04.2005 wurde das Geschlecht einer Person für das Pensionsalter anhand biologischer Aspekte bestimmt. Dieser Ansatz wurde vom *Social Security Commissioner* bestätigt.⁸² Seiner Ansicht nach könne das Wort „Frau“ in *section 27* des *Social Security Contributions and Benefits Act* eine Frau meinen, die biologisch eine Frau ist. *Sections 28* und *29* würden Bezüge zu Frauen enthalten, welche darauf hindeuten, dass eine Person gemeint ist, die in der Lage ist, eine gültige Ehe mit einem Mann einzugehen. In der Sache *Rees*, der zweite Transsexuellenentscheidung vor dem EGMR, legte der Beschwerdeführer das Gutachten eines Arztes vor, der von vier maßgeblichen Kriterien für die Geschlechtsbestimmung ausging, namentlich: Chromosomen, Geschlechtsdrüsen, äußerliche Geschlechtsorgane und Körperform sowie das psychische Geschlecht, wobei dieses das wichtigste Merkmal darstelle.⁸³ Dem widersprach der oberste Landesbeamte, welcher das psychische Geschlecht nicht als ausschlaggebend betrachtete.⁸⁴ Im *1953 Act* sind die anzuwendenden Kriterien nicht festgelegt, in der Praxis werden jedoch ausschließlich die drei biologischen Kriterien herangezogen.⁸⁵ In dem nationalen Urteil *Corbett v Corbett* wurde entschieden, dass bei der für die Ehe relevanten Geschlechtsbestimmung die Kongruenz zwischen den drei biologischen Kriterien (Chromosomen, Geschlechtsdrüsen, äußerliche Geschlechtsorgane) heranzuziehen ist,⁸⁶ wobei dieser biologischen Definition von Geschlecht in diversen gerichtlichen Entschei-

⁸⁰ EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 11 – Van Oosterwijck/Belgien.

⁸¹ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 23 – Rees/Vereinigtes Königreich.

⁸² R(P) 2/80 Urt. Rn. 9, zitiert nach EGMR, Urt. v. 23.05.2006 - 32570/03, Rn. 23 – Grant/Vereinigtes Königreich.

⁸³ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 16 – Rees/Vereinigtes Königreich.

⁸⁴ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 16 – Rees/Vereinigtes Königreich.

⁸⁵ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 23 – Rees/Vereinigtes Königreich.

⁸⁶ *Corbett v Corbett*, 1970, – 2 All E. R. 33, [1971] Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division (P.) 83–119.

dungen im *Common Law* gefolgt wurde⁸⁷, insbesondere aber nicht ausschließlich im Eherecht. Dieser Hinweis wurde später in *Cossey* vor dem EGMR wiederholt⁸⁸ und festgestellt, dass keine vollständige medizinische Geschlechtsumwandlung möglich sei⁸⁹. Des Weiteren sei das Heranziehen der rein biologischen Kriterien aufgrund des Bezugs zum traditionellen Konzept der Ehe gerechtfertigt.⁹⁰ Auch später in der Sache *Sheffield und Horsham* verwies der Betroffene auf das englische Recht.⁹¹ Das Festhalten an den biologischen Kriterien für die Bestimmung des Geschlechts war der Hauptansatz des Beschwerdevorbringens.⁹² Der Gerichtshof befand, dass es keinen Grund gab, von seinen Urteilen in *Rees* und *Cossey* gegen das Vereinigte Königreich abzuweichen. Auch die gemeinsame zustimmende Meinung der Richter *De Meyer*, *Valticos* und *Morenilla* betonte, dass nach derzeitigen Umständen eine Geschlechtsumwandlung nicht zum Erwerb aller biologischen Charakteristika des anderen Geschlechts führte

Wie noch weiter aufgezeigt werden wird, brachte die Beschwerde von *Christine Goodwin* einen wesentlichen Wandel in der Rechtsprechung des Gerichtshofes.⁹³ Die vorherigen Entscheidungen hatten keine Verletzung von Art. 12 EMRK darin gesehen, dass Transgender nicht in der Lage waren, eine Person des gegenüber ihrem umgewandelten Geschlecht anderen Geschlechts zu heiraten. Das ergab sich daraus, dass der EGMR es den Staaten zuerkannte, das Recht auf Ehe auf die traditionelle Eheschließung zwischen Personen unterschiedlichen biologischen Geschlechts zu gründen. Zwar sei es weiterhin richtig, dass Satz 1 des Art. 12 EMRK sich ausdrücklich auf das Recht eines Mannes und einer Frau beziehe eine Ehe einzugehen. Zu diesem Zeitpunkt war man jedoch nicht davon überzeugt, dass sich diese Begriffe auf eine Geschlechtsbestimmung aufgrund rein biologischer Kriterien beziehen.⁹⁴ Seit der Annahme der Konvention hatte es massive gesellschaftliche Veränderungen in Bezug auf das Institut der Ehe gegeben; wie auch gravierende Änderungen, welche durch die Entwicklung in Medizin und Wissenschaft im Be-

⁸⁷ Vgl. für Beispiele *Sharpe*, A Critique of the Gender Recognition Act 2004, Bioethical Inquiry 2007, S. 33–42 (34); Cowan, Gender is no substitute for sex, Feminist Legal Studies, 2005, S. 67–96 (74). Anders hingegen die amerikanischen und australischen Gerichte, welche für die Eheschließung die Geschlechtsidentität als bestimmend ansahen, vgl. *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 92–147. Für den *Superior Court* in New York kam es auf ein Zusammenwirken der physischen Fähigkeit Geschlechtsverkehr auszuüben und der psychologischen und emotionalen Orientierung, an. Vgl. *Superior Court of New Jersey*, Appellate division, v. 22.03.1976, M.T. v. J. T. (1976), 355 A.2d 204.

⁸⁸ EGMR, Urte. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 20, 24, 26 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich.

⁸⁹ EGMR, Urte. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 39 f. – *Cossey*/Vereinigtes Königreich.

⁹⁰ EGMR, Urte. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 46 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich.

⁹¹ EGMR (GK), Urte. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 44 – *Sheffield und Horsham*/Vereinigtes Königreich.

⁹² EGMR (GK), Urte. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 53 – *Sheffield und Horsham*/Vereinigtes Königreich.

⁹³ Vgl. D I 1 b bb.

⁹⁴ EGMR (GK), Urte. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 100 – *Christine Goodwin*/Vereinigtes Königreich.

reich der Transsexualität erfolgt sind. Der EGMR befand deswegen, dass ein Test kongruenter biologischer Faktoren nicht länger entscheidend sein könne für die Verweigerung der rechtlichen Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung von postoperativen Transsexuellen. Zudem gab es weitere wichtige Faktoren: die Akzeptanz des Zustands der *gender identity disorder* durch die Ärzteschaft und die Gesundheitsbehörden in den Vertragsstaaten, die Zurverfügungstellung ärztlicher Behandlung (einschließlich chirurgischer), um die Person so weitgehend wie möglich dem Geschlecht anzugleichen und die Annahme der sozialen Rolle des zugewiesenen Geschlechts durch den Transsexuellen.⁹⁵

cc. Fazit

Weder in der Medizin noch im Recht ist der Geschlechtsbegriff klar und eindeutig vorgegeben, viel mehr kann er unterschiedlich interpretiert werden. Insbesondere für eine rechtliche Definition muss neben dem biologischen Geschlecht (*sex*) auch das soziale Geschlecht (*gender*) berücksichtigt werden, um den verschiedenen Lebensformen und -weisen von Menschen auf der Welt gerecht zu werden.⁹⁶ Zwar kann durch die standesamtliche Geschlechtsbestimmung nach der Geburt, basierend ausschließlich auf den körperlichen Geschlechtsmerkmalen, auf praktikable Weise für eine Vielzahl von Menschen das „passende“ Geschlecht bestimmt werden, allerdings stellt sich die Frage, ob dieses fremdbestimmte Geschlecht für alle Menschen ihr Leben lang festgeschrieben bleiben darf. Oder ob das er- und gelebte Geschlecht, welches sich aus einer Reihe facettenreicher Faktoren ergeben kann, ebenfalls zu berücksichtigen ist.

c. Geschlechtsidentität

Der Begriff der Geschlechtsidentität ist bereits in der Rechtsprechung des BVerfG von 1978 zu finden.⁹⁷ Bei der Geschlechtsidentität geht es um das Bewusstsein, sich weiblich, männlich oder hermaphroditisch zu fühlen.⁹⁸ Unter Berücksichtigung der Bedeutung des englischen Wortes *gender* wird deutlich, dass es bei der *gender identity* um das empfundene und nicht das körperliche Geschlecht geht.⁹⁹ Als Definition

⁹⁵ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 100 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

⁹⁶ So auch Theile, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 53.

⁹⁷ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287). Das BVerfG verwendet in den folgenden Entscheidungen sowohl den Begriff „Geschlechtsidentität“ als auch „geschlechtliche“ Identität. Nur in einer einzigen Entscheidung wird die „sexuelle Identität“ als Synonym verwendet; BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 50, BVerfGE 115, 1 (15).

⁹⁸ Greif, Doing Trans/Gender, 2005, S. 24 Fn. 101.

⁹⁹ In diesem Sinne auch Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 30. So verstanden, vorausgesetzt und verwendet in *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451: „*Gender identity* is a category of social identity and refers to an individual's identification as male, female, or, occasionally, some category other than male or female“.

setzt sich auf internationaler Ebene zunehmend die der Yogyakarta-Prinzipien durch.

„Unter ‚geschlechtlicher Identität‘ versteht man das tief empfundene innere und persönliche Gefühl der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht (*gender*), das mit dem Geschlecht (*sex*), das der betroffene Mensch bei seiner Geburt hatte, übereinstimmt oder nicht übereinstimmt; dies schließt die Wahrnehmung des eigenen Körpers (darunter auch die freiwillige Veränderung des äußeren körperlichen Erscheinungsbildes oder der Funktionen des Körpers durch medizinische, chirurgische oder andere Eingriffe) sowie andere Ausdrucksformen des Geschlechts (*gender*), z.B. durch Kleidung, Sprache und Verhaltensweisen, ein.“¹⁰⁰

d. Sexuelle Orientierung

Auch wenn der Begriff der sexuellen Orientierung vielen Menschen geläufiger ist als der der Transsexualität, ist er bei weitem nicht so eindeutig, wie man zunächst annimmt. Zum Beispiel ist fraglich, woran man die sexuelle Orientierung fest machen kann. Hierfür stehen nach *Hill* drei Möglichkeiten zur Verfügung: das Verhalten hinsichtlich des Geschlechts des Partners bei sexuellen Kontakten, die Selbstidentifikation sowie die Fantasien, Wünsche und sexuelle Erregbarkeit.¹⁰¹ Nach der Präambel der Yogyakarta-Prinzipien versteht man unter der sexuellen Orientierung einer Person

„die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuell intensiv zu Personen desselben oder eines anderen Geschlechts (*gender*) oder mehr als einem Geschlecht (*gender*) hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen.“¹⁰²

„Sie umfasst die auf Personen des anderen Geschlechts gerichtete Heterosexualität, die auf Personen des eigenen Geschlechts gerichtete Homosexualität sowie die auf Personen beider Geschlechter gerichtete Bisexualität.“¹⁰³

Wichtig ist hierbei die Hinterfragung der Beziehung zwischen Transsexualität und sexueller Orientierung. Während das BVerfG lange Zeit davon ausging, dass „wahre“ Transsexuelle nach der Angleichung an das Gegengeschlecht eine – von

¹⁰⁰ Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), Die Yogyakarta-Prinzipien. Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, Berlin 2008, S. 11, Fn. 2 und S. 13.

¹⁰¹ *Hill*, Soziale Umwelt und sexuelle Identitätsbildung, in: Duttge/Engel/Zoll (Hrsg.), Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm, 2010, S. 37–52 (378 f.), der auch ausführt, warum die ersten beiden Kriterien zumindest nicht allein ausschlaggebend sein können.

¹⁰² Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), Die Yogyakarta-Prinzipien. Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, Berlin 2008, S. 11, Fn. 1 und S. 13.

¹⁰³ *Greif*, Doing Trans/Gender, 2005, S. 25 Fn. 102.

der neuen Geschlechterrolle ausgehend – heterosexuelle Partnerwahl treffen würden¹⁰⁴, berichtet der Psychoanalytiker *Rauchfleisch* aus seiner jahrzehntelangen Erfahrung, dass er mit vielen Transsexuellen zu tun hatte, die ihm gegenüber von Anfang an darauf hingewiesen hatten, dass sie eine gleichgeschlechtliche Orientierung besäßen.¹⁰⁵ Entsprechend wählen sie Partner/innen, die dem (ursprünglichen, biologischen) Gegengeschlecht angehören. Ein Frau-zu-Mann-Transsexueller wählt also einen Mann. In der neu gelebten Rolle wird also eine homosexuelle Beziehung eingegangen. Ein Mann-zu-Frau-Transsexueller wiederum wählt eine Frau und geht in der neuen Rolle eine lesbische Beziehung ein. Diese Beobachtungen stellen klar, was auch das BVerfG 2005 erkannte¹⁰⁶: Die sexuelle Orientierung hat nichts mit Transsexualität und der geschlechtlichen Identität zu tun.¹⁰⁷

II. Abgrenzungen

Im Anschluss an die obige Begriffsbestimmung erfolgt eine Abgrenzung von Transsexualität zu anderen angrenzenden Phänomenen, bei denen u.U. begriffliche, tatsächliche und/oder diagnostische Überschneidungen bestehen.

1. (Fetischistischer) Transvestismus

Bereits 1923 wurde der Begriff Transsexualismus von *Magnus Hirschfeld*, einem Charlottenburger Sanitätsarzt und Nervenarzt, in seinem Jahrbuch Sexueller Zwischenstufen verwendet. In der gleichen Schrift prägte er den von ihm 1910 eingeführten Begriff Transvestismus.¹⁰⁸ Symptomatisch ist für den Transvestismus das Tragen der Kleidung, welche typischerweise dem anderen Geschlecht zugeschrieben wird. Hierbei wird aber nicht das Geburtsgeschlecht in Frage gestellt.¹⁰⁹ Sofern das Tragen gegengeschlechtlicher Kleidung zu sexueller Erregung führt, spricht man von fetischistischem Transvestismus. Nach der ICD-10 unterscheidet sich dieser „vom

¹⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287).

¹⁰⁵ *Rauchfleisch*, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 65 f.

¹⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 26 f., BVerfGE 115, 1 (5 f.).

¹⁰⁷ Vgl. *Eicher*, Transsexualismus, 1984, S. 17; *Wielpiütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 25; *Regh*, Transgender in Deutschland, in: Polymorph (Hrsg.), (K)ein Geschlecht oder viele? Transgender in politischer Perspektive, 2002, S. 185 (200 Fn. 1). Vgl. dazu ICD-10 und DSM-IV, die beide die Frage der homo- bzw. heterosexuellen Partnerwahl nicht ansprechen und *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 456, wo zwar die Möglichkeit der Partnerwahl angesprochen, aber die Unterschiedlichkeit dieser herausgestellt wird. BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 29, 54, BVerfGE 115, 1 (8) Hinweis auf das LG Itzehoe und selbst (17).

¹⁰⁸ *Hirschfeld*, Die intersexuelle Konstitution, in: Jahrbuch für sexuelle Zwischenstufen 23 (1923), S. 3–27; vgl. auch *Hirschfeld*, Die Transvestiten. Eine Untersuchung über den erotischen Verkleidungstrieb, 2. Aufl., 1925, 187 ff. Zur Abgrenzung und damit einhergehende Prägung durch den Arzt *Magnus Hirschfeld*, vgl. die ausführliche Aufarbeitung in *Greif*, Doing Trans/Gender, 2005, S. 33–40.

¹⁰⁹ *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 458 und *American Psychiatric Association*, DSM-IV dt. Übersetzung, 2. Aufl. 1998, S. 601 f. (302.3); *American Psychiatric Association*, DSM-IV, 1994, S. 530 f. (302.3); *Sigusch*, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, 2740 (2743).

transsexuellem Transvestismus durch die deutliche Kopplung an sexuelle Erregung und das starke Verlangen, die Kleidung nach dem eingetretenen Orgasmus und dem Nachlassen der sexuellen Erregung abzulegen“.¹¹⁰ Beim sogenannten *cross-dressing* wiederum geht es weder um die sexuelle Befriedigung noch liegt der Wunsch vor, das äußere Erscheinungsbild komplett dem anderen Geschlecht anzupassen. Allerdings ist es durchaus denkbar, dass auf diese Weise Transidentität unterdrückt bzw. kompensiert wird.¹¹¹ Teilweise werden auch fließende Übergänge zwischen Transsexualität und fetischistischem Transvestismus angenommen.¹¹² So kennt das ICD-10 außerdem Transvestismus unter Beibehaltung beider Geschlechtsrollen.¹¹³ Dabei wird gegengeschlechtliche Kleidung getragen, um für einen gewissen Zeitraum die Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht zu erleben. Es besteht jedoch weder der Wunsch nach einer dauerhaften Geschlechtsumwandlung noch ist der Kleiderwechsel von sexueller Erregung begleitet.

2. Intersexualität

Die wohl häufigste Verwechslung oder nicht ausreichende Differenzierung findet zwischen Transsexualität und Intersexualität statt. Teilweise wird auch von Intersexuellen eine starke Abgrenzung gefordert,¹¹⁴ gleichzeitig gehören beide Phänomene zur LGBTI-Gruppe und rechtliche Veränderungen wirken sich aufeinander aus.

Weder in der Rechtsprechung des EuGH noch des EGMR wurden die Diskriminierung bzw. die Rechte von Intersexuellen bisher behandelt. Zur Begründung hierfür werden ihre besondere Marginalisierung und die Entmachtungspraxen in Recht und Medizin herangezogen.¹¹⁵

a. Begriffe und Definition

Menschen, die weder eindeutig dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können, gibt es schon immer. Für lange Zeit hießen diese Menschen Hermaphroditen oder Zwitter. Heute hat sich in Medizin und Recht der Begriff „Intersexualität“ durchgesetzt. Eine weitere neuere Bezeichnung lautet *Disorder of Sex Development* (Sexuelle Differenzierungsstörungen). Auf diese hatte man sich

¹¹⁰ ICD-10-GM-2014, F 65.1. Ähnl. auch *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 458.

¹¹¹ Vgl. ICD-10-GM-2014, F 65.1 „[cross dressing] kann als eine frühere Phase in der Entwicklung eines Transsexualismus auftreten“ und *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 458.

¹¹² Vetter, Sexualität, 2007, S. 283; *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 458.

¹¹³ ICD-10-GM-2014, F 64.1.

¹¹⁴ Vgl. Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 20 f.

¹¹⁵ Vgl. Mittag/Sauer, Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität und Menschenrechte im internationalen Kontext, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 55 (58) unter Verweis auf Plett, Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin, in: Koher/Pühl (Hrsg.), Gewalt und Geschlecht, Opladen 2003, S. 21–41.

2005 auf der internationalen Consensus-Konferenz¹¹⁶ geeinigt. Auch der Deutsche Ethikrat greift auf die Abkürzung DSD zurück, will diese aber als *Differences of Sexual Developments* (Varianten der Geschlechtsentwicklung) verstanden und übersetzt wissen. Hinsichtlich der Begrifflichkeiten zum Thema Intersexualität gibt es innerhalb der Gruppe der Betroffenen und den Fachbereichen einen ähnlich vielseitigen und strittigen Diskurs wie zur Transsexualität.¹¹⁷ Unter Intersexualität fasst man Menschen mit Widersprüchen in der Ausbildung der allgemeinen äußeren geschlechtlichen Erscheinung, der Keimdrüsen bzw. Geschlechtsorgane sowie des chromosomalen Geschlechts. Hierbei können Merkmale fehlen oder nur schwach ausgeprägt sein.¹¹⁸ Ebenso können sowohl männliche als auch weibliche Merkmale vorhanden sein. Teilweise kommt es erst in der Pubertät durch Hormonausschüttungen und körperliche Veränderungen zur Entwicklung zum chromosomalen Geschlecht, sodass die Betroffenen erst dann von ihrer Intersexualität erfahren. Sollte dieser Prozess der Feminisierung bzw. Viralisierung ausbleiben, kann es sein, dass die Betroffenen nie oder nur per Zufall von der „Nichteindeutigkeit“ ihres Geschlechts erfahren. Genauso ist es möglich, dass die uneindeutige Geschlechtszugehörigkeit bereits zum Zeitpunkt der Geburt auffällt, weil sich die äußeren Geschlechtsmerkmale nicht eindeutig einem Geschlecht zuordnen lassen.¹¹⁹ Insgesamt ist Intersexualität, ebenso wie Transsexualität, von großer Mannigfaltigkeit und Individualität geprägt, was eine eindeutige Klassifizierung der Betroffenen nicht möglich macht oder zumindest diesen gegenüber nicht gerecht werden kann.

Lange Zeit verstand man Transsexualität als eine Form der Intersexualität.¹²⁰ Doch seit längerem sind Differenzierungsversuche erfolgt und bereits in seiner ersten Transsexuellen-Entscheidung stellte das BVerfG fest:

„Der Transsexuelle wird im Gegensatz zum Zwitter (Hermaphroditen) nicht den somatischen (körperlichen) Intersexen zugerechnet, die weder ganz zum einen noch ganz zum anderen Geschlecht gehören. Im Zeitpunkt seiner

¹¹⁶ Die *International (Intersex) Consensus Conference* ist ein Treffen von Interessengruppen und nordamerikanischen und europäischen Experten, die das Ziel einer einheitlichen Behandlung von Intersexualität verfolgen.

¹¹⁷ Vgl. dazu die Beispiele bei *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 42.

¹¹⁸ Vgl. *Richter-Appelt*, *Intersexualität: Störungen der Geschlechtsentwicklung*, Bundesgesundheitsblatt 2007, S. 52 (525), *Plett*, *Intersexuelle gefangen zwischen Recht und Medizin*, in: *Gewalt und Geschlecht: Konstruktionen, Positionen, Praxen*; Koher, Pühl (Hrsg.), *Opladen* 2003, S. 21 (21), *Psychyrembel*, *Klinisches Wörterbuch*, 256. Aufl. 1990 „Intersexualität“; *Eicher*, *Transsexualismus*, 1984, S. 18; *Koch* MedR 1986, 172. Zur medizinischen Geschlechtsdifferenzierung und den verschiedenen Störungen, vgl. *Wieacker*, *Geschlechtsdifferenzierung und ihre Abweichungen*, in: *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm*, 2010, S. 1–9.

¹¹⁹ Für eine Zusammenfassung der für das Verständnis von Intersexualität notwendigen, biologischen Grundlagen, vgl. *Kolbe*, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, S. 23–30.

¹²⁰ Vgl. *Nevinny-Stickel/Hammerstein*, *Medizinisch-juristische Aspekte der menschlichen Transsexualität*, NJW 1967, S. 663 (665); *Eicher*, *Transsexualismus*, 1984, S. 18; *Correll*, *Im falschen Körper*, NJW 1999, S. 3372 (3372).

Geburt ist der Transsexuelle genetisch eindeutig männlichen oder weiblichen Geschlechts und mit den entsprechenden normalen Fortpflanzungsorganen und Fortpflanzungsfunktionen ausgestattet.“¹²¹

Der DSM-IV legte zudem fest, dass Transsexualität nicht von einem somatischen Intersex-Syndrom begleitet sein darf.¹²²

Bei Transsexualität und Intersexualität handelt es sich damit um die Hauptanwendungsfälle eines Rechts auf ungestörtes Ausleben der Geschlechtsidentität, wobei die Unterscheidung darauf beruht, ob es um angeborene körperliche Besonderheiten und uneindeutige Geschlechtsmerkmale geht (Intersexualität) oder nicht (Transsexualität).¹²³ Ihnen ist gemeinsam, dass ihnen der fremdbestimmte Geschlechtseintrag und ein geschlechtsoffenkundiger Vorname gegeben werden, welche aber nicht zwingend mit ihrer Wahrnehmung übereinstimmen. Sie fallen beide unter den Begriff der sexuellen Identität.¹²⁴

b. *Rechtliche Situation*

Die rechtlichen Regelungen für Intersexuelle gilt es deshalb überblicksartig darzustellen, weil Transsexuelle zum einen teilweise versuchten diese für sich zu nutzen und zum anderen weil trotz der Vergleichbarkeit der beiden Gruppen die Unterschiede bezeichnend sind. Biologische Abweichungen scheinen einfacher anerkennbar, als psychologische, gewollt war jedoch in beiden Fällen die Eindeutigkeit.

Auch wenn Mediziner kein eindeutiges Geschlecht feststellen können, ist in Deutschland das Personenstandsgesetz¹²⁵ anzuwenden. Dieses verlangte seit 1876 die Registrierung des Geschlechts, genauer die Bekanntgabe der Geburt unter Nennung des Geschlechts und zwar innerhalb einer Woche.¹²⁶ Die Entscheidung über den Eintrag im Geburtenbuch basierte bisher auf den überwiegenden vorliegenden äußeren Geschlechtsmerkmalen. Wenn dieses bei der Geburt festgestellte Geschlecht

¹²¹ So das *BVerfG* 1978 mit Verweis auf eine Dokumentation der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung, *BVerfGE* 49, 286 (287). Vgl. auch *Spickhoff*, in: *Medizinrecht*, 1. Aufl. 2011, § 1 TSG Rn.4.

¹²² DSM-IV 302.85 (Geschlechtsidentitätsstörungen/Gender Identity Disorders). Dieser Ausschluss der Diagnose Transsexualität beim Vorliegen von Intersexualität ist allerdings unter Medizinern und Sexualwissenschaftlern umstritten, vgl. *Becker*, *Transsexualität – Geschlechtsidentitätsstörung*, in: *Kockett/Fahrner* (Hrsg.), *Sexualstörungen*, 2004, S. 153 (173) m.w.N.

¹²³ *Adamietz*, *Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität im deutschen Recht*, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 15 (16); *Adamietz*, *Transgender ante portas*, *KJ* 2006, S. 368 (370).

¹²⁴ Ausführlicher zur Intersexualität als sexuelle Identität im Rechtssinne: *Krüger*, *Intersexualität im Recht*, *StAZ* 2006, S. 260–263

¹²⁵ *Personenstandsgesetz* (PStG), v. 19.02.2007 (BGBl. I S. 122), FNA 211-9, zuletzt geändert durch Art. 3 G zum Ausbau der Hilfen für Schwangere und zur Regelung der vertraulichen Geburt v. 28.08.2013 (BGBl. I S. 3458).

¹²⁶ § 16 S. 1 i.V.m. § 21 I Nr. 3 PStG a.F. Wie vielfach in Artikeln und Monographien zur Intersexualität festgestellt, kennt das Recht der BRD, anders als das „Preußische Allgemeine Landrecht“ von 1794, das einen Zwitterparagrafen enthielt, nur zwei Geschlechter.

tatsächlich nicht dem Geschlecht der Betroffenen entspricht, kann der Betroffene einen Antrag auf Berichtigung des Geburtenbuchs stellen, § 47 II Nr. 1 PStG. Dieser Eintrag war von Anfang an unrichtig, weil das falsche Geschlecht eingetragen wurde. Anders ist die Rechtslage bei Transsexuellen. Ihr Geburtsgeschlecht wird nicht als falsch anerkannt, da zum Zeitpunkt der Geburt körperlich ein eindeutiges Geschlecht vorlag. Damit ist eine Änderung des Geschlechts nicht nach dem PStG möglich, sondern nur nach dem TSG.

aa. Optimal Gender Policy

Aufgrund des Personenstandsgesetzes war nicht nur gesellschaftlich, sondern auch medizinrechtlich eine Geschlechtszuordnung innerhalb kurzer Zeit gefordert. Für die Behandlung von intersexuellen Menschen galt lange Zeit die *optimal gender policy*, deren Ziel die bestmögliche Anpassung des äußeren Erscheinungsbildes eines nichteindeutigen Körpers an ein eindeutiges Geschlecht ist.¹²⁷ Dies erfolgt durch hormonelle und chirurgische Maßnahmen, die Zuweisung zu einem sozialen Geschlecht und eine der Geschlechterrolle entsprechenden Erziehung. Auf diese Weise sollte eine eindeutige Geschlechtsidentität erreicht werden, wobei die sexuelle Orientierung möglichst heterosexuell sein und eine Form von penetrativem Geschlechtsverkehr ermöglicht werden sollte.¹²⁸ In der Retrospektive empfinden viele Betroffene die geschlechtskorrigierenden chirurgischen Operationen und hormonellen Behandlungen im Säuglings- oder Kindesalter als schwer traumatisierend.¹²⁹ Wurde ihnen doch die Möglichkeit genommen, sich mit dem eigenen Geschlecht und dem eigenen geschlechtlichen Selbstverständnis auseinanderzusetzen. Stattdessen wurde ihnen eine unumkehrbare Fremdbestimmung ihrer Geschlechtsidentität aufgezwungen. Eine der Hauptforderungen für eine Verbesserung der Situation von Intersexuellen lautet daher, solche medizinischen Eingriffe, die gesundheitlich nicht zwingend erforderlich sind, nur im einwilligungsfähigen Alter vorzunehmen.¹³⁰ Die Entscheidung, ob, wann und welche geschlechtsangleichenden Operationen vorgenommen werden sollen, sollte selbstbestimmt und individuell von jedem Intersexuellen und nach Einholung aller relevanten Informationen getroffen werden.

¹²⁷ Wunder, Thema Geschlechtsidentität – Intersexualität Leben zwischen den Geschlechtern, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 34 (35).

¹²⁸ Vgl. Richter-Appelt, Intersexualität nicht Transsexualität, Bundesgesundheitsblatt 2013, S. 240 (243).

¹²⁹ Richter-Appelt, Intersexualität nicht Transsexualität, Bundesgesundheitsblatt 2013, S. 240 (243, 244, 246); Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 144 ff.

¹³⁰ Vgl. Mittag/Sauer, Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität und Menschenrechte im internationalen Kontext, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 55 (58).

bb. Änderung des PStG

Mit der am 01.11.2013 in Kraft getretenen Änderung des Personenstandsgesetzes (PStG)¹³¹ ist es inzwischen möglich, dass Personen bei Geburt keinen Geschlechtseintrag erhalten. Der § 22 III PStG besagt:

„Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.“

Damit wurde einer auch in der Wissenschaft bereits länger bestehenden Forderung nachgekommen.¹³² Nachdem der Deutsche Ethikrat eine Stellungnahme abgegeben hatte, wurde diese herangezogen, um die Neuregelung des Personenstandsgesetzes zu begründen.¹³³ Eine Neuregelung war auch nötig, um dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I Grundgesetz (GG)¹³⁴ und dem Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts nach Art. 3 III 1 GG bzw. gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gerecht zu werden.¹³⁵ Das BVerfG hatte bereits in seinen Entscheidungen zum TSG festgestellt, dass die Geschlechtszuordnung im Rahmen des PStG das allgemeine Persönlichkeitsrecht betreffe, da dieses „auch das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität sowie der eigenen sexuellen Orientierung umfasst“¹³⁶.

cc. Ungeklärte Bereiche: Ein kurzer Einblick

Auch wenn diese Gesetzesänderung in Deutschland in Anbetracht der vorangegangenen Kritik weithin begrüßt wurde, klärt die neue Regelung bei weitem nicht alle Probleme, sondern wirft viele weitere Fragen auf.¹³⁷ Bereits hinsichtlich der Frage,

¹³¹ Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG), v. 07.05.2013 (BGBl. I S. 1122, ber. S. 2440).

¹³² Pleitt, Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität, in: Duttge/Engel/Zoll (Hrsg.), Sexuelle Identität und gesellschaftliche Normen, 2010, S. 53–67 (62); Büchler/Cottier, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger Frauenstudien, Queering Gender 2005, S. 115 (126).

¹³³ Der Deutsche Ethikrat beschäftigt sich seit 2010 mit dem Thema Intersexualität, nachdem ihm die Bundesregierung dazu den Auftrag erteilte. Diesem Auftrag war eine Mahnung des CEDAW-Ausschusses der Vereinten Nationen vorausgegangen. Deutschland wurde aufgefordert, mit intergeschlechtlichen Menschen in einen Dialog zu treten und wirksame Maßnahmen zum Schutz ihrer Menschenrechte zu ergreifen. Für seine im Februar 2012 erschienene Stellungnahme hatte der Ethikrat eine öffentliche Anhörung, eine Online-Befragung sowie Fachbeiträge von Experten (Ärzten, Therapeuten und Sozialwissenschaftlern und Juristen) ausgewertet.

¹³⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG), v. 23.05.1949 (BGBl. S. 1) FNA 100-1, zuletzt geändert durch Art. 1 ÄndG (Art. 91b) v. 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438).

¹³⁵ So auch das Ergebnis von Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 133 f.

¹³⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 56, BVerfGE 128, 109 (124).

¹³⁷ Dass der Gesetzgeber die Folgen des § 22 III PStG für andere Rechtsgebiete nicht ausreichend bedacht hat, stellt Ladiges, Der Geschlechtsbegriff im Strafrecht, RuP 2014, S. 15 (17 f.) ebenfalls fest.

wo die Grenzen zu ziehen sind, wann also ein Kind nicht eindeutig einem Geschlecht zugeordnet werden kann, herrscht Unsicherheit. Ungeklärt bleibt, ob sich Kinder ohne Eintragung irgendwann für ein Geschlecht entscheiden müssen und ob Erwachsene im Laufe ihres Lebens (z.B. bei späterer Feststellung ihrer Intersexualität aber auch bei einem Wechsel des Geschlechts) ihren Eintrag löschen lassen dürfen und ob dann das TSG Anwendung finden¹³⁸ oder der Wechsel einfacher möglich sein sollte¹³⁹. Daneben bleibt das weite Feld des Ehe- und Familienrechts ungeklärt¹⁴⁰: Ob und wen dürfen Menschen ohne Geschlechtseintrag heiraten, sind sie Vater oder Mutter und weitere Fragen. Selbst im weitestgehend geschlechtsneutral formulierten Strafrecht ergeben sich durch die fehlende personenstandrechtliche Festlegung eines Geschlechts Probleme, nämlich im Sexualstrafrecht.¹⁴¹ Auch der Druck auf die Eltern, eine operative „Normalisierung“ herbeizuführen, dürfte so nicht genommen sein, da manche Eltern sich eher für einen operativen Eingriff entscheiden könnten, als dass sie ihrem Kind gar kein Geschlecht zuweisen und so die „Andersartigkeit“ ihres Kindes öffentlich dokumentieren müssen.

Während in Deutschland zunächst nur die Geschlechtsbestimmung bei intersexuellen Menschen unterbleiben konnte, kann in Australien bereits seit 2014, nach einer Entscheidung des obersten Gerichts, neben dem weiblichen und dem männlichen künftig auch ein neutrales Geschlecht rechtswirksam bei den Behörden eingetragen werden.¹⁴² Demnach ist als Geschlechtsangabe *non-specific* (unbestimmt) zulässig. Auch in Indien erkannte der oberste Gerichtshof ein drittes Geschlecht an. Dieses soll allen Mitgliedern der *transgender community* offenstehen. Dazu gehören Menschen, die sich einer Kastration unterzogen haben, beide Geschlechtsmerkmale ausweisen oder sich als phänotypische Männer einer Gruppe anschließen.¹⁴³ In Deutschland existierte das Geschlecht „neutral“ bzw. „unbestimmt“ juristisch

¹³⁸ Die Behandlung und Geschlechtsbestimmung von Intersexuellen wurde nicht mit in das deutsche TSG aufgenommen. Das schwedische Transsexuellengesetz hingegen enthält in § 2 eine Regelung für Intersexuelle, für die dt. Übersetzung vgl. Carsten, Ein Gesetz der Geschlechtszugehörigkeit, StAZ 1972, S. 332.

¹³⁹ Vgl. Mittag/Sauer, Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität und Menschenrechte im internationalen Kontext, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 55 (57) und Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 188. Das OLG Celle vertritt die Ansicht, Intersexuelle, für die die Eltern ein bestimmtes Geschlecht haben eintragen lassen, könnten die Streichung der Geschlechtsangabe bewirken und so den Status eines unbestimmten Geschlechts erreichen, OLG Celle, Beschl. v. 21.01.2015 – Az. 17 W 28/14, BeckRS 2015, 07058, Rn 10 a.E.

¹⁴⁰ Dazu im Rahmen der Transsexuellen Problematik vgl. D. II. 4. und 5.

¹⁴¹ Vgl. Ladiges, Der Geschlechtsbegriff im Strafrecht, RuP 2014, S. 15–18.

¹⁴² NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v Norrie [2014] HCA 11, 02.04.2014 – S273/2013; vgl. Stellungnahme <http://www.hcourt.gov.au/assets/publications/judgment-summaries/2014/hca-11-2014-04-02.pdf> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022). OLG Celle, Beschl. v. 21.01.2015 – Az. 17 W 28/14, BeckRS 2015, 07058 macht deutlich, dass eine andere Umschreibung als männlich und weiblich in Deutschland nicht zulässig sei und sich kein Anspruch aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 GG ergebe.

¹⁴³ In Indien leben viele Transgender als sogenannte *Hijras* in abgeschlossenen Gemeinschaften und verdienen ihren Lebensunterhalt meist mittels Gesang, Tanz oder Prostitution.

nicht, was von Interessenverbänden vielfach kritisiert wird.¹⁴⁴ Zu der von vielen Betroffenen geforderten Gesetzesänderung dahingehend ein drittes Geschlecht und ein grundsätzliches Verbot medizinischer Eingriffe zur Geschlechtszuweisung bei Minderjährigen zu schaffen war es durch den Gesetzgeber zunächst nicht gekommen.

dd. BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017: Das dritte Geschlecht und die vierte Option Dies änderte sich erst auf Grund eines Beschlusses des BVerfG, der ein Stück Rechtsgeschichte darstellt. Das BVerfG entschied, dass die Regelungen des Personenstandsrechts mit den grundgesetzlichen Anforderungen nicht zu vereinbaren seien, weil § 22 III PStG a.F. neben dem Eintrag „weiblich“ oder „männlich“ keine dritte Möglichkeit bat, ein Geschlecht positiv eintragen zu lassen.¹⁴⁵

Die beschwerdeführende Person war bei der Geburt dem weiblichen Geschlecht zugeordnet worden und dementsprechend im Geburtenregister eingetragen. Ihr Chromosomensatz ist atypisch (sog. Turner-Syndrom) und sie fühlt sich daher weder als Mann noch als Frau. Ihr Antrag, in das Personenregister für sie die Geschlechtsangabe „inter/divers“, hilfsweise „divers“, in das Geburtsregister einzutragen, lehnte das Standesamt ab, diese Entscheidung wurde von den Instanzgerichten¹⁴⁶ bestätigt.

Zunächst hielt das Gericht fest, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht auch die geschlechtliche Identität schütze, die regelmäßig ein konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit sei.¹⁴⁷ Der Zuordnung zu einem Geschlecht komme für die individuelle Identität herausragende Bedeutung zu und sie nehme typischerweise eine Schlüsselposition sowohl im Selbstverständnis einer Person als auch dabei ein, wie die betroffene Person von anderen wahrgenommen wird. Dabei sei auch die geschlechtliche Identität von Personen geschützt, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind.

Das geltende Personenstandsrecht stelle einen Eingriff in dieses Recht dar.¹⁴⁸ Es verlange einen Geschlechtseintrag, ermögliche jedoch der beschwerdeführenden Person, keinen Eintrag, der ihrer Geschlechtsidentität entspreche. Durch das Offenlassen des Geschlechtseintrages würde nicht abgebildet, dass die beschwerde-

¹⁴⁴ Zur Kritik an der Einführung einer dritten Geschlechtskategorie, vgl. *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 186–188 und zur von ihr bevorzugten Möglichkeit eines „provisorischen Geschlechts“, S. 190–192.

¹⁴⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16.

¹⁴⁶ *AG Hannover*, Beschl. v. 13.10.2014 – Az. 85 III 105/14; *OLG Celle*, Beschl. v. 21.01.2015 – Az. 17 W 28/14; *BGH*, Beschl. v. 22.06.2016 – Az. XII ZB 52/15. Kritisch zum *BGH* Beschluss und zum Verfahren vor dem *BVerfG* *Brachthäuser/Remus*, Anm. zu *BGH*, Beschl. v. 22.06.2016 – XII ZB 52/15, *NJW* 2016, S. 2887 (2887). Vgl. auch *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 331–332.

¹⁴⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 36–41.

¹⁴⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 42–43.

führende Person sich nicht als geschlechtslos begreift, und nach eigenem Empfinden ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich hat.

Die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit seien hierdurch spezifisch gefährdet.¹⁴⁹ Der Personenstand sei keine Marginalie, sondern nach dem Gesetz die „Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung“. Er umschreibe in zentralen Punkten die rechtlich relevante Identität einer Person und der Gesetzgeber habe sich trotz mehrfacher Reformen dazu entschieden das Merkmal Geschlecht beizubehalten. Die Verwehrung der personenstandsrechtlichen Anerkennung der geschlechtlichen Identität gefährde darum bereits für sich genommen die selbstbestimmte Entwicklung.

Dieser Grundrechtseingriff könne verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.¹⁵⁰ Das Grundgesetz gebiete es nicht, den Personenstand hinsichtlich des Geschlechts ausschließlich binär zu regeln.¹⁵¹ Weder zwingt es dazu, das Geschlecht als Teil des Personenstandes zu normieren, noch stehe es der personenstandsrechtlichen Anerkennung einer weiteren geschlechtlichen Identität jenseits des weiblichen und männlichen Geschlechts entgegen. Auch Belange Dritter würden die fehlende Eintragungsmöglichkeit nicht rechtfertigen. Durch die bloße Eröffnung der Möglichkeit eines weiteren Geschlechtseintrags werde niemand gezwungen, sich diesem weiteren Geschlecht zuzuordnen. Die derzeit bestehenden Möglichkeiten für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, sich als weiblich, männlich oder ohne Geschlechtseintrag registrieren zu lassen, müssten jedoch erhalten bleiben. Der bürokratische und finanzielle Aufwand seien ebenso wenig wie die Ordnungsinteressen des Staates in der Lage die Verwehrung einer weiteren einheitlichen positiven Eintragungsmöglichkeit zu rechtfertigen.

Aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht ergebe sich allerdings kein Anspruch auf personenstandsrechtlicher Eintragung beliebiger Identitätsmerkmale, die einen Bezug zum Geschlecht haben. Es würden auch keine Zuordnungsprobleme entstehen, die sich nach geltendem Recht, aufgrund der Möglichkeit das Geschlecht offen zu lassen, nicht ohnehin schon bestünden.

Neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sei auch Art. 3 III 1 GG verletzt.¹⁵² Danach darf das Geschlecht grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Dabei schütze Art. 3 III 1 GG auch Menschen vor Diskriminierungen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen. Denn Zweck des Diskriminierungsverbotes sei es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen. Die geltenden Vorschriften würden aber Menschen wegen ihres Geschlechtes benachteiligen, die nicht männlichen oder weib-

¹⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 44–48.

¹⁵⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 49–55.

¹⁵¹ *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 50.

¹⁵² *BVerfG*, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 56–63.

lichen Geschlechts sind, weil diese im Gegensatz zu Männern und Frauen nicht ihrem Geschlecht gemäß positiv registriert werden können.

Dem Gesetzgeber stünden mehrere Möglichkeiten zur Verfügung die Verfassungsverstöße zu beseitigen.¹⁵³ Zunächst könnte er auf einen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag generell verzichten. Er könnte aber auch für die betroffenen Personen die Möglichkeit schaffen, eine weitere positive Bezeichnung eines Geschlechts zu wählen, wobei er nicht auf die Wahl einer der von der antragstellenden Person im fachgerichtlichen Verfahren verfolgten Bezeichnungen beschränkt sei.

Der Gesetzgeber entschied sich zur Einführung des Eintrages „divers“ ausdrücklich nur für Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung.¹⁵⁴ Damit wird im deutschen Recht für die Möglichkeit der Änderung des Geschlechts weiterhin zwischen intersexuellen und transsexuellen Menschen differenziert.

Innerhalb von Europa sehen noch weitere Länder einen anderen Geschlechtseintrag als männlich/weiblich vor.¹⁵⁵

3. Homosexualität

Dass die sexuelle Orientierung nichts mit Transsexualität und der geschlechtlichen Identität zu tun hat¹⁵⁶, wurde bereits in den obigen Ausführungen festgestellt.¹⁵⁷ Folglich kommt es vor, dass Transsexuelle sich selbst – von ihrem wahren und gelebten Geschlecht ausgehend – als homosexuell empfinden.¹⁵⁸

¹⁵³ BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 65.

¹⁵⁴ Vgl. dazu E II 2 c aa.

¹⁵⁵ Österreichischer VerfGH, Urt. v. 15.06.2018 – G 77/2018-9 unter Bezugnahme auf Art. 8 EMRK; Dänemark, Niederlande, Malta.

¹⁵⁶ Vgl. Eicher, Transsexualismus, 1984, S. 17; Wielpütz, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 25; Regh, Transgender in Deutschland, in: Polymorph (Hrsg.), (K)ein Geschlecht oder viele? Transgender in politischer Perspektive, 2002, S. 185 (200 Fn. 1). Vgl. dazu auch ICD-10 und DSM-IV, die beide die Frage der homo- bzw. heterosexuellen Partnerwahl nicht ansprechen und *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 456, wo zwar die Möglichkeit der Partnerwahl angesprochen wird, aber die Unterschiedlichkeit dieser herausgestellt wird.

¹⁵⁷ B I 2.

¹⁵⁸ Anders anfangs noch das BVerfG vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (300) und die Literatur, so bspw. Sigmisch, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, 2740 (2743).

III. Transsexualität und Transgender: Fremd- oder selbstbestimmt?

Cissexuelle oder auch Cisgender sind Menschen, die sich mit dem biologischen oder sozialen Geschlecht identifizieren, welches ihnen gesellschaftlich zugeschrieben wurde.

Die Bezeichnung „Transsexualität“ ist bisher noch die gängigste, für Menschen die sich nicht mit diesem Geschlecht identifizieren, sie kann aber als umstritten bezeichnet werden. Vielfach wird der Begrifflichkeit „Transsexualität“ zum einen eine Pathologisierung der Betroffenen vorgeworfen¹⁵⁹ und zum anderen sollen seine Wortbausteine zu einem falschen Verständnis der Situation des Personenkreises verleiten. Alternativ werden Begriffe wie „Transgender“ oder „Transidentität“ vorgeschlagen.

Der Begriff „Transgender“ entstand laut *Sharpe* im Zuge der Bildung von größeren *communities* und der damit verstärkten Sichtbarkeit der Mitglieder und einer Abkehr von der Einteilung in prä- und postoperative Transsexualität.¹⁶⁰ Nach *Plett* hat der Begriff „Transgender“ zwar seinen Ursprung in den interdisziplinären Gender Studies, sei – wie sich aus den Entwürfen zur Verfassungsreform¹⁶¹ ergebe – aber auf dem besten Weg auch als Rechtsbegriff anerkannt zu werden.¹⁶² *Transgender* birgt gegenüber *Transsexualität* einen Vorteil, der der in der englischen Sprache möglichen Differenzierung zwischen *sex* und *gender* zuzuschreiben ist.¹⁶³ Während *sex* das körperlich-anatomische Geschlecht und *gender* das eher kulturell geprägte Geschlecht meint¹⁶⁴, kann bei dem Begriff „Transgender“ nicht der Irrtum entstehen, es ginge um die sexuelle Orientierung oder es ständen die körperlichen Faktoren, also die „falschen Sexualorgane“, im Vordergrund. Die Assoziation des Begriffs „Transsexualität“ mit einer triebhaften Abweichung von „normaler“ Sexualität wird von den Betroffenen als diskriminierend abgelehnt.¹⁶⁵ *Transgender* entwickelte sich im anglo-amerikanischen Raum. Ursprünglich war damit eine eher spezifische Form der Transgeschlechtlichkeit gemeint, bei der ein Leben im anderen als dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht angestrebt wird – allerdings ohne den Wunsch

¹⁵⁹ Vgl. *Adamietz*, *Transgender ante portas*, KJ 2006, S. 368 (371); *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 50.

¹⁶⁰ *Sharpe*, *English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett*, *Feminist Legal Studies* 2002, S. 65 (65 Fn. 3).

¹⁶¹ BR-Drs. 741/09 v. 29.09.2009; BT-Drs. 17/88 v. 27.11.2009 (Fraktion Bündnis 90/Die Grünen; BT-Drs. 17/254 v. 15.12.2009 (Fraktion der SPD) und BT-Drs. 17/472 v. 20.01.2010 (Fraktion Die Linke).

¹⁶² *Plett*, *Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität*, in: *Duttge/Engel/Zoll* (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Normen*, 2010, S. 53 (59 Fn. 34). Hierbei geht *Plett* allerdings davon aus, dass *Transsexualität* und *Transgender* synonym verwendbar seien.

¹⁶³ Vgl. B I 2.

¹⁶⁴ Vgl. *Wielpütz*, *Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes*, 2012, S. 23.

¹⁶⁵ *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 50.

das anatomische Geschlecht hormonell oder chirurgisch zu verändern.¹⁶⁶ Teilweise wird der Terminus „Transgender“ als Synonym für Transsexualität verwendet. Allerdings wird „Transgender“ ebenso sehr weit verstanden, und fungiert als Oberbegriff für alle Formen der Abweichung von der somatisch und soziokulturell vorgegebenen Zweiteilung der Geschlechter in männlich und weiblich, sodass auch Intersexuelle unter diesen Sammelbegriff fallen.¹⁶⁷ Der DSM-V definiert Transgender als das breite Spektrum von Individuen, welche sich vorübergehend oder permanent mit dem Geschlecht identifizieren, welches nicht ihr Geburtsgeschlecht war. Wohingegen Transsexuelle den sozialen Wechsel ihres Geschlechts wünschen oder durchgeführt haben und in vielen – wenn auch nicht allen – Fällen einen somatischen Geschlechtsübergang mit Hormonen und Genital-Operationen durchführen lassen.¹⁶⁸ Folglich umfasst „Transgender“ Transsexualität in einem weiten Sinne, unabhängig von Namens- oder Personenstandänderungen, hormonellen oder chirurgischen Maßnahmen.¹⁶⁹ Inbegriffen sind sowohl permanente als auch temporäre Geschlechtswechsel sowie zwischengeschlechtliche Identifikationen.¹⁷⁰ Es handelt sich insbesondere um eine inhomogene Gruppe, da der Begriff selbst weder einer abschließenden Definition zugänglich ist, noch unter den Betroffenen ein Konsens hinsichtlich der Bedeutung besteht.¹⁷¹ Im Gegenteil, er soll gerade nicht zu Exklusionen führen, sondern offen stehen für alle, die sich im Konflikt mit den traditionellen Geschlechternormen und -stereotypisierungen befinden.¹⁷² Der Reformentwurf für das TSG lautete teilweise TransG, im Sinne von Transgender-Gesetz. Eine neue Bezeichnung könnte auch einhergehen mit den Forderungen, eine umfassende Regelung zu finden, sowohl für Transsexuelle als auch für Intersexuelle (die bisher nur marginale Berücksichtigung im deutschen Recht finden, z.B. im Personenstandsgesetz¹⁷³). Sofern dies nicht gewollt ist, bietet sich ein Gesetzestitel an, der an die Anerkennung der Geschlechtsidentität anknüpft. Eine mögliche dritte Bedeutung des Begriffs „Transgender“ sieht *Greif* im Potential, eine Geschlechtszuschreibung gänzlich unmöglich zu machen und die Grenzen des Geschlechts zu verlasen.¹⁷⁴ Ihrer Ansicht nach sticht Transsexualität durch die Bestätigung der

¹⁶⁶ *Beger/Franzen/Genschel*, *Differente Bewegungen*, in: *Polymorph* (Hrsg.), (K)ein Geschlecht oder viele? Transgender in politischer Perspektive, 2002, S. 205 (210).

¹⁶⁷ Vgl. *Wielpütz*, *Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes*, 2012, S. 23; *Rauchfleisch*, *Transsexualität – Transidentität*, 3. Aufl. 2012, S. 23 f.; *Förster*, *Transsexualität und Ehefähigkeit*, 2013, S. 55.

¹⁶⁸ *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451.

¹⁶⁹ *Adamietz*, *Transgender ante portas*, KJ 2006, S. 368 (371).

¹⁷⁰ *Koch-Rein*, *Mehr Geschlecht als Recht? Transgender als Herausforderung an Antidiskriminierungsrecht*, STREIT 2006, S. 9 (9); *Sharpe*, *English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett*, *Feminist Legal Studies* 2002, S. 65 (65 Fn. 3).

¹⁷¹ *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 38; *Sharpe*, *English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett*, *Feminist Legal Studies* 2002, S. 65 (65 Fn. 3).

¹⁷² *Koch-Rein*, *Mehr Geschlecht als Recht? Transgender als Herausforderung an Antidiskriminierungsrecht*, STREIT 2006, S. 9 (9).

¹⁷³ Vgl. dazu B II 2 b.

¹⁷⁴ *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 53.

Geschlechterkategorien heraus, während Transgender mit der Überwindung der Geschlechtergrenzen zu assoziieren sei. Ähnlich auch *Adamietz*, nach der das Konzept Transgender eine Herausforderung an die Rechtswissenschaft darstellt, welche auf die Abgrenzbarkeit von Merkmalen angewiesen ist.¹⁷⁵

Eine weitere Variante gegenüber Transsexualität ist die Bezeichnung „Transidentität“. Mit dem Mitte der 1980er Jahre geprägten Begriff soll und kann zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich nicht um eine Störung im Bereich des Sexualverhaltens handelt, sondern um die Frage der Geschlechtsidentität.¹⁷⁶ Korrespondierend kann von transidenten Menschen gesprochen werden. Damit handelt es sich insbesondere im Rahmen der Rechtswissenschaften um einen der geeigneten Begriffe, da auch das BVerfG auf die Geschlechtsidentität abstellt.

IV. (Psycho-)Pathologisierung der Betroffenen/Bezug zur Medizin

Wer sich mit Transsexualität beschäftigt, kommt nicht daran vorbei, sich auch mit der medizinischen und psychologischen Betrachtung dieses Phänomens auseinanderzusetzen. Die Beziehung zwischen der Fachwelt und den Betroffenen kann durchaus als kontrovers bezeichnet werden. Neben den einzelnen Problemen hinsichtlich Form und Ablauf einer Therapie, sowohl als therapeutische Behandlung als auch in Form einer therapeutischen Begleitung, prägt dieses Verhältnis vor allem die grundsätzliche Einordnung von Transsexualität als anerkannte Krankheit.¹⁷⁷ Obwohl die momentane Rechts- und Vertragslage nur eine Übernahme der Kosten von operativen geschlechtsangleichenden Maßnahmen durch die Krankenkassen erlaubt, wenn Transsexualität als Krankheit klassifiziert wird, wird von vielen die Einordnung als Krankheit als Pathologisierung eines nicht als krankhaft empfundenen Zustands erlebt und als diskriminierend abgelehnt.¹⁷⁸

Die (medizin-) strafrechtliche Frage, ob es gegen die guten Sitten verstößt, bei einem körperlich gesunden Menschen die primären und sekundären Geschlechtsmerkmale zu entfernen und soweit möglich zu ersetzen, gilt mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 21.09.1971¹⁷⁹ als negativ beantwortet. Wäre dies der Fall, dann müssten solche medizinischen, körperlichen Eingriffe als Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit gewertet werden.¹⁸⁰

¹⁷⁵ *Adamietz*, Transgender ante portas, KJ 2006, S. 368 (371).

¹⁷⁶ *Rauchfleisch*, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 23.

¹⁷⁷ Vgl. *Rauchfleisch*, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 152.

¹⁷⁸ Die Pathologisierung wird teilweise auch ausdrücklich als nötige Legitimation für die Eingriffe und den Kostenersatz anerkannt, vgl. *Angstein*, Transsexuelle sind Frauen und Männer, ZfS 1992, S. 255 (259).

¹⁷⁹ BGH, Beschl. v. 21.09.1971, BGHZ 57, 63.

¹⁸⁰ Ähnlich wurde in den 1970er Jahren auch die Streichung der Diagnose Homosexualität in ICD und DSM begründet.

Dem übergeordnet steht nichts anderes als die Frage: Wer hat die Macht zu definieren, was als krank gilt? Und sind transsexuelle Personen per se krank oder ist es die gesellschaftliche Wertevorstellung, die sie krank macht? Hinter der Pathologisierung steht der Wunsch das binäre System mit seinen Maximen beibehalten zu können. Dieses bipolare System basiert auf den folgenden vier Annahmen:

- Es gibt nur zwei Geschlechter.
- Die Geschlechtszugehörigkeit ist eine biologische Tatsache.
- Das Geschlecht ist unwandelbar.
- Das Geschlecht ist anhand physischer Merkmale¹⁸¹ zu bestimmen.

Mit der Einordnung von Transsexualität als Krankheit, als eine Abweichung von der Norm, wird die Gültigkeit der Geschlechterordnung selbst nicht in Frage gestellt.

1. Im deutschen Recht und der deutschen Rechtsprechung

Das BVerfG bediente sich ausdrücklich einer medizinischen Definition von Transsexualität und spricht von medizinisch indizierten Eingriffen.¹⁸² Die Pathologisierung ermöglichte durch ihren Bezug zur Wissenschaft und Medizin einerseits das Phänomen Transsexualität objektiv zu betrachten und es den „Grunderfahrungen“ der Gesellschaft vom körperlich bestimmten und unwandelbaren Geschlecht gegenüberzustellen. Gleichzeitig ermöglichte es die Pathologisierung des BVerfG von Transsexualität als unheilbare, zwanghafte Krankheit Mitgefühl für Transsexuelle zu empfinden.¹⁸³ In seinem letzten Urteil zu Transsexualität akzeptiert das BVerfG die Entscheidung des Gesetzgebers zwei Sachverständigengutachten zur Voraussetzung zu machen, dies besage aber nicht und beruhe auch nicht auf der Annahme, Transsexualität sei ein krankhafter Zustand und bezwecke auch nicht, die Betroffenen im Wege der Begutachtung ärztlicher Behandlung zuzuführen.¹⁸⁴

Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) versteht man unter Krankheit einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder – zugleich oder ausschließlich – Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.¹⁸⁵ Sofern der Betroffene nicht in seinen Körperfunktionen beeinträchtigt ist, wird ein Krankheitswert zugestanden, wenn die anatomische Abweichung eine entstellende Wirkung hat.¹⁸⁶ Ein Körperzustand wiederum

¹⁸¹ Faktoren sind die genetische Disposition, die gonalen und hormonalen Merkmale sowie die phänotypischen Geschlechtsmerkmale.

¹⁸² *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287, 299).

¹⁸³ *Sacksófsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (686).

¹⁸⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.2017, NJW 2018, S. 222 f. Rn. 7.

¹⁸⁵ *BSG*, Urt. v. 20.10.1972, BSGE 35, 10 (12 m.w.N.).

¹⁸⁶ St. Rspr., vgl. nur *BSG*, Urt. v. 19.10.2004 – Az. B 1 KR 3/03 R, BSGE 93, 252 (253), BeckRS 2005, 40761; *BSG*, Urt. v. 28.09.2010 – Az. B 1 KR 5/10 R, NJW 2011, 1899 (1900).

wird dann unter regelwidrig subsumiert, wenn er von der durch das Leitbild des gesunden Menschen geprägten Norm abweicht. Entsprechendes galt hinsichtlich der Regelwidrigkeit eines seelischen Zustands. Allerdings liegt nach einer Entscheidung des LSG Stuttgart eine Krankheit nicht nur dann vor, wenn der Körperzustand oder die Psyche eines Versicherten vom Leitbild eines körperlich oder psychisch gesunden Menschen abweicht,

„sondern weitergehend auch dann, wenn bei einem Versicherten das Verhältnis des seelischen Zustandes zum körperlichen Zustand nicht dem bei einem gesunden Menschen bestehenden Verhältnis des seelischen Zustandes zum Körperzustand entspricht. In diesem Sinne ist die Transsexualität eine Krankheit, wenn bei einem Versicherten das Verhältnis des seelischen Zustandes zum körperlichen Zustand nicht dem bei einem gesunden Menschen bestehenden Verhältnis des seelischen Zustandes zum Körperzustand entspricht.“¹⁸⁷

Das BSG hat der Beimessung eines Krankheitswerts bei Transsexualität je nach Einzelfall nicht widersprochen.¹⁸⁸ Es soll sich insoweit um eine psychische Krankheit handeln, so auch DSM und ICD. Grundsätzlich soll psychischen Problemen jedoch nicht mit physischen Mitteln im Sinne von operativen Eingriffen begegnet werden. Wenn keine körperliche Fehlfunktion oder Entstellung (also kein regelwidriger Körperzustand) vorliegt, sondern ein intaktes Organsystem, liegt keine Behandlungsbedürftigkeit vor.¹⁸⁹ Einer gegenteiligen Ansicht wird vorgeworfen, den Krankheitsbegriff vom subjektiven Empfinden des Einzelnen abhängig zu machen und ihn somit zu relativieren.¹⁹⁰ Insoweit stellen die Fälle der Transsexualität eine Ausnahme von diesem Grundsatz dar. Nicht nur unter den engen Voraussetzungen einer Entstellung kann ein Anspruch auf Krankenbehandlung in Form von Operationen, die alleine auf eine Veränderung des äußerlichen Erscheinungsbildes abzielen, bestehen – wenn auch mit Einschränkungen.¹⁹¹ Zum einen werden in der Rechtsprechung den Betroffenen nur bei massiven Krankheitserscheinungen geschlechtsangleichende Operationen und Hormonbehandlungen gewährt, nachgewiesen z.B. durch längere psychiatrische Behandlungsversuche. Hierbei muss es sich um eine „besonders tiefgreifende Form des Transsexualismus handeln“.¹⁹² Außerdem werde keineswegs jegliche Arten von geschlechtsangleichenden operativen Maßnahmen zugesprochen, es wird sich nicht an einem vermeintlichen Idealbild orientiert. Vielmehr sind die Eingriffe beschränkt auf einen Zustand, bei dem aus

¹⁸⁷ LSG Stuttgart, Urt. v. 27.11.1981, Az. L 4 Kr 483/80 NJW 1982, 718 (718).

¹⁸⁸ BSG, Urt. v. 06.08.1987 – Az. 3 RK 15/86, NJW 1988, 1150 (1551); BSG, Urt. v. 11.09.2012 – Az. B 1 KR 11/12 R, BeckRS 2012,75767 (Rn. 9); BSG, Urt. v. 11.09.2012 – Az. B 1 KR 9/12 R, BeckRS 2012,75488 (Rn. 10).

¹⁸⁹ Vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 24.09.2013 – Az. L 4 KR 34/12, BeckRS 2013, 75052 m.w.N.

¹⁹⁰ Vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 24.09.2013 – Az. L 4 KR 34/12, BeckRS 2013, 75052.

¹⁹¹ Vgl. LSG Hamburg, Urt. v. 31.01.2013 – Az. L 1 KR 39/11, BeckRS 2013, 67209.

¹⁹² LSG Sachsen-Anhalt, Urt. v. 24.09.2013 – Az. L 4 KR 34/12, BeckRS 2013, 75052.

Sicht eines verständigen Betrachters eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts eintritt.¹⁹³

2. In der Rechtsprechung des EGMR

Der EGMR wies in seinen Entscheidungen *Cossey*, *Rees* und *B* deutlich auf die Bedeutung von wissenschaftlichen Entwicklungen hin.¹⁹⁴ Transsexualität sei kein neues Phänomen, aber die Besonderheiten seien erst in jüngerer Zeit erkannt und untersucht worden. Die Entwicklung, zu der es infolge dieser Untersuchungen gekommen ist, würde weitgehend von Medizinerinnen und anderen Wissenschaftlern vorangetrieben, die auf erhebliche Probleme der Betroffenen hingewiesen hätten und es für möglich gehalten hätten, mit Medikamenten und Operationen zu helfen.¹⁹⁵ Auch die Betroffenen suchten die Medizin in ihre Argumentation für ihr Anliegen zu integrieren.¹⁹⁶ In der Entscheidung *Sheffield und Horsham* ging der Gerichtshof noch von keinen wesentlichen neuen Entwicklungen aus.¹⁹⁷ Die teilweise abweichende Meinung des Richters *Casadevall* stimmte hingegen mit der Kommission darin überein, dass berücksichtigt werden müsse, dass die Ärzteschaft im Konsens darüber sei, dass „gender dysphoria“ ein identifizierbarer Zustand sei. Eine Geschlechtsumwandlungsoperation sei somit ethisch zulässig und könne zur Verbesserung der Lebensqualität der betroffenen Personen empfohlen werden. Zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Sache *Christine Goodwin* wurde darauf hingewiesen, dass es weiterhin keine gesicherten Erkenntnisse hinsichtlich des Ursprungs der Transsexualität gab und insbesondere nicht darüber, ob es sich um ein psychologisches Phänomen handele oder eines, welches mit physischen Veränderung im Gehirn einhergehe. Als bedeutsam wurde hierbei berücksichtigt, dass Transsexualität als ein Gesundheitszustand eine weite internationale Anerkennung erfahren habe, für welchen eine Behandlung vorgesehen sei, um Erleichterung zu bieten.¹⁹⁸ In *van Kück* wurde durch den EGMR geurteilt, dass die Feststellung der medizinischen Notwendigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen wegen ihrer Heilwirkung bei

¹⁹³ BSG, Urt. v. 28.09.2010 – Az. B 1 KR 5/10 R, NJW 2011, 1899 (1901).

¹⁹⁴ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 42, 47 – Rees/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 40 – Cossey/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 48 – B./Frankreich.

¹⁹⁵ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 38 – Rees/Vereinigtes Königreich.

¹⁹⁶ EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 46 – B./Frankreich; EGMR (GK), Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 43 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich. Oder auch in L./Litauen: Antragsteller weist auf psychische Folgen bei sich selbst hin, die daraus resultieren, dass keine OP und keine rechtliche Anpassung des Geschlechts ermöglicht wird; EGMR, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 38 – L./Litauen; EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 14 – Hämäläinen/Finnland, hier erfolgte die Argumentation noch vor dem nationalen obersten Verwaltungsgericht.

¹⁹⁷ EGMR (GK), Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 48, 56 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

¹⁹⁸ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 81 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

Transsexuellen keine Rechtsfrage sein könne.¹⁹⁹ Erneut wurde betont, dass es wichtiger sei, „dass Transsexualismus international weitgehend als medizinisches Problem anerkannt ist, das behandelt wird, um den Betroffenen zu helfen“.²⁰⁰ Die Würdigung durch die deutschen Gerichte und deren Urteil, dass die Verbesserung der sozialen Lage der Beschwerdeführerin, als Teil psychologischer Behandlung das Erfordernis der medizinischen Notwendigkeit nicht erfülle, stimmt mit den vorstehenden Feststellungen des Gerichtshofs nicht überein. Jedenfalls hätte es besonderer medizinischer Sachkunde und Erfahrungen auf dem Gebiet des Transsexualismus bedurft.²⁰¹ Nach Auffassung des Gerichtshofes durfte das KG Berlin²⁰² nicht annehmen, es habe ausreichend Auskünfte und medizinische Sachkenntnisse, um die Frage beantworten zu können, ob die Beschwerdeführerin ihre Transsexualität vorsätzlich herbeigeführt hatte.²⁰³ Dies gelte auch, da es weiterhin keine wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Ursachen des Transsexualismus gäbe und darüber, ob Transsexualismus rein psychisch begründet ist oder ob er mit physischen Unterschieden im Gehirn zu tun hat.²⁰⁴ Der Umstand, dass die öffentlichen Gesundheitsdienste medizinische Behandlungen und Operationen von Transsexuellen nicht bis zur umfassenden Erforschung und Entscheidung aller rechtlichen Aspekte aufgeschoben haben, kam, wie der Gerichtshof schon früher feststellte, den Betroffenen zugute und trug zur Wahlfreiheit des Einzelnen bei.²⁰⁵ Damit habe das KG Berlin auf der Grundlage allgemeiner Annahmen über männliches und weibliches Verhalten seine eigene Auffassung über intimste Vorstellungen und Erfahrungen an die Stelle der Beschwerdeführerin gestellt und dies ohne jede medizinische Sachkenntnis.²⁰⁶

3. In der Rechtsprechung des EuGH

Auch vor dem EuGH legten die Kläger mehrere Beiträge von Fachleuten vor, die den Ursprung von Transsexualität versuchten zu begründen. Die in der Rechtssache *P. gegen S.* und *Cornwall County Council* vorgelegten Beiträge begründeten Transsexualität mit biologischen und physischen Funktionsstörungen. Der Sinn und Zweck der Bezugnahme auf derartige wissenschaftliche Beiträge wurde vom Generalanwalt *Tesaura* treffend zusammengefasst:

„Insoweit genügt der Hinweis darauf, daß die Untersuchungen auf dem Gebiet des Transsexualismus zu äußerst interessanten Ergebnissen geführt haben, die in jedem Fall geeignet sind, mit alten Tabus und völlig unbegrün-

¹⁹⁹ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 54 – Van Kück/Deutschland.

²⁰⁰ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 54 – Van Kück/Deutschland.

²⁰¹ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 55 – Van Kück/Deutschland.

²⁰² *KG Berlin*, Urt. v. 27.01.1995 – Az. 6 U 6696/93, r+s 1995, 393–395.

²⁰³ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 62 – Van Kück/Deutschland.

²⁰⁴ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 63 – Van Kück/Deutschland.

²⁰⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 77 – Van Kück/Deutschland.

²⁰⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 81 – Van Kück/Deutschland.

deten Vorurteilen aufzuräumen und die Aufmerksamkeit von der völlig reduzierten und zuweilen irreführenden *moralischen* Dimension des Problems auf eine strengmedizinische und wissenschaftliche Dimension zu lenken.“²⁰⁷

Durch eine medizinische Erklärung und die Begründung, dass Transsexualität und der Geschlechterwechsel keiner freien Entscheidung obliegen, sondern als Folge einer Störung verstanden werden, wird eine Ernsthaftigkeit der Lage hergestellt, die verdeutlicht, dass es dem einzelnen nicht zur Disposition steht, die Geschlechtsidentität zu wählen oder zu ändern. *Greif* sieht hierin gleichzeitig eine für das Recht eröffnete Möglichkeit versteckt die Zweigeschlechtlichkeit aufrechtzuerhalten.²⁰⁸

4. Internationale Klassifikationssysteme

Zieht man die oben vorgestellten Klassifikationssysteme ICD und DSM heran, so könnte man zu dem Schluss kommen, dass Transsexuelle krank sind.²⁰⁹ Ausgangspunkt beider Klassifikationen ist eine dualistische Geschlechterordnung. Darauf basierend wird eine Störung der Geschlechtsidentität als krankhaft eingestuft. Zwar wurde inzwischen das DSM-V veröffentlicht, welches nicht mehr von einer Geschlechtsidentitätsstörung, sondern von Geschlechtsdysphorie spricht.²¹⁰ Dieser Begriff bezieht sich auf das Leid, welches sich aus der Inkongruenz von erlebtem/ausgelebtem Geschlecht und zugewiesenem Geschlecht ergibt und fokussiert mehr die Dysphorie als klinisches Problem anstatt die Identität an sich.²¹¹ Dass die Betroffenen eines diagnostischen Termins bedurften, der ihnen den Zugang zur Behandlung ermöglicht, aber im sozialen, beruflichen und rechtlichen Rahmen nicht nachteilig sein darf, wurde erkannt und eine Begriffsänderung als notwendig empfunden. Als weitere Alternative zum Störungsbegriff wird angesichts des momentanen Stands wissenschaftlicher Erkenntnisse propagiert von transsexuellen bzw. transgender *Variationen* der geschlechtlichen Differenzierung und Entwicklung zu sprechen.²¹²

²⁰⁷ *EuGH*, Urt. v. 30.04.1996, Rs. C-13/94 – P/S und Cornwell County Council, Slg. 1996, I-2143, Schlussanträge v. 14.12.1995, Rn. 8, I-2148.

²⁰⁸ *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 140.

²⁰⁹ Vgl. B I 1 a.

²¹⁰ Vgl. *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451.

²¹¹ *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 451.

²¹² Vgl. *Diamond*, <http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/2010to2014/2010-intersexuality.html> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022); *Haupt*, *Die Pathologisierung transsexueller Menschen beenden!*; http://trans-evidence.com/wp-content/uploads/bsk-files-manager/40_Die__Pathologisierung_transsexueller_Menschen_beenden.pdf, S. 22 (zuletzt aufgerufen 14.06.2022); *Rauchfleisch*, *Transsexualität – Transidentität*, 3. Aufl. 2012, S. 9.

5. Kritik an der Pathologisierung

„Die Transsexualität kann nicht diagnostiziert werden, lediglich der Antragsteller selbst kann letztlich über seine geschlechtliche Identität Auskunft geben.“²¹³

Ihren Ursprung hat die Kritik an der Pathologisierung von Transsexuellen im asiatischen und amerikanischen Raum. Dies lässt sich damit erklären, dass Menschen aus diesen kulturellen Hintergründen hinsichtlich einer Geschlechtsumwandlung größtenteils keine Krankenkassenleistungen beanspruchen können. Ohne „Vorteile“ aus dieser Einordnung ziehen zu können, liegt der Schluss nahe, in der Aufnahme in diese Systeme eine Diskriminierung, Stigmatisierung und Abwertung zu sehen. So folge aus der Einordnung als mentale Krankheit und den daraus folgenden Behandlungsplänen, dass die Betroffenen zu Objekten der Medizin gemacht werden anstatt als Individuen gesehen zu werden, die eigenverantwortlich ihre gesundheitlichen Bedürfnisse geltend machen können.²¹⁴ Auch in der Medizin und Psychologie wird zunehmend die Meinung vertreten, dass transsexuelle Menschen nicht per se aufgrund ihrer Transsexualität als psychisch krank einzustufen sind.²¹⁵ Der Psychoanalytiker *Rauchfleisch* kam nach jahrzehntelanger Arbeit mit transsexuellen Menschen zu der Erkenntnis, dass viele Transsexuelle keine psychopathologischen Verhaltensweisen an den Tag legten, sondern im Gegenteil eine große psychische Stabilität aufwiesen. Etwaige Probleme wie etwa Depressionen, Angstentwicklungen und andere Störungen seien als Folge der schwierigen Lebensumstände und des sozialen Drucks, welchen sich Minoritäten ausgesetzt sehen, zu verstehen.²¹⁶ Die Tatsache, dass bei nahezu allen psychischen Störungen soziale Funktionseinschränkungen vorliegen, dies bei Transsexuellen hingegen nicht (regelmäßig) der Fall ist, kann ebenso als Argument gegen eine Pathologisierung herangezogen werden. Ein weiteres Gegenargument befasst sich mit der Feststellung, dass Transsexuelle nicht therapierbar sind, weder in den frühen Kindheitsjahren noch im Erwachsenenalter.²¹⁷ Das deutsche BVerfG stellte gleich zu Beginn fest, dass die einzig sinnvolle und hilfreiche therapeutische Maßnahme nach Ansicht der Wissenschaftler darin besteht, den Körper des Transsexuellen der erlebten Geschlechtsidentität soweit wie möglich anzupassen. Nur so könne die Gefahr von Selbstverstümmelung und Selbstmord, die bei Transsexuellen immer gegeben sei, abgewehrt

²¹³ BT-Drs. 17/2211 v. 16.06.2010, S. 8.

²¹⁴ *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Issue Paper: Human Rights and Gender Identity, 29.07.2009, Abschnitt 3.3.

²¹⁵ Vgl. *Diamond*, <http://www.hawaii.edu/PCSS/biblio/articles/2010to2014/2010-intersexuality.html> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022); *Haupt*, Die Pathologisierung transsexueller Menschen beenden!; http://trans-evidence.com/wp-content/uploads/bsk-files-manager/40_Die_Pathologisierung_transsexueller_Menschen_beenden.pdf, S. 22 ff. (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

²¹⁶ *Rauchfleisch*, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 9.

²¹⁷ Vgl. *Nevinny-Stickel/Hammerstein*, Medizinisch-juristische Aspekte der menschlichen Transsexualität, NJW 1967, S. 663 (665); so wie *LSG Sachsen-Anhalt*, Urt. v. 24.09.2013 – Az. L 4 KR 34/12, NZS 2014, 140.

werden.²¹⁸ Auch der vom BVerfG zitierte damalige Bundesminister der Justiz stellte fest, es gehe bei Transsexualität

„[...] nicht um die Frage der Anerkennung einer in freier Verantwortung getroffenen Entscheidung, sondern um die rechtlichen Folgen einer vom freien Willen weitgehend unbeeinflussten psychosexuellen Veränderung der Persönlichkeit.“²¹⁹

Ferner kritisierte der Kommissar für Menschenrechte des Europarates die Einordnung von transsexuellen Menschen in den medizinischen Klassifikationen als krank und gestört. Aus seiner Sicht können dadurch auf zweierlei Wege die Menschenrechte betroffen sein: Zum einen, wenn die Rechtsfähigkeit in Frage gestellt wird und zum anderen, wenn die Wahl der medizinischen Behandlungen eingeschränkt wird.²²⁰ Weitere Kritik an den „Diagnosen“ beinhaltet den Vorwurf von Stigmatisierung und aktivem Fördern des sozialen Ausschlusses von Transsexuellen, ohne zum physischen oder psychischen Wohlbefinden beizutragen.²²¹ Mangels therapeutischen Wertes wurden in Schweden, Norwegen und Finnland Transvestitismus unter Beibehaltung beider Geschlechtsrollen (F 64.1), Fetischismus (F 65.0), Fetischistischer Transvestitismus (F 65.1) und Multiple Störungen der Sexualpräferenz (F 65.6) aus den nationalen Katalogen gestrichen.²²² In Dänemark und Malta wurde 2017 die Klassifizierung von Transgender als psychisch krank abgeschafft.²²³

Der Verein ATME e.V. (Aktion Transsexualität und Menschenrecht) veröffentlichte einen Menschenrechtsbericht zum Fünften Staatenbericht der Bundesrepublik Deutschland über Maßnahmen zur Durchführung des Übereinkommens vom 10.12.1984 gegen Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe (CAT), im September 2011²²⁴ und verwies dort auf Art. 16

²¹⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (288).

²¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (288).

²²⁰ Hammarberg (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Issue Paper: Human Rights and Gender Identity, 29.07.2009, Abschnitt 3.3. Das Ministerkomitee des Europarats forderte hingegen nur die Streichung von Homosexualität als Krankheit, nicht von Transsexualität: *Council of Europe: Committee of Minister*, Recommendation CM/Rec(2010)5: On measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31.03.2010, Anhang Rn. 34. Die Parlamentarische Versammlung hingegen erachtet die Einordnung als Krankheit als respektlos gegenüber der Menschenwürde und der sozialen Inklusion hinderlich: *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 1 a.E., 6.3.3.

²²¹ Vgl. *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Report Doc. 13742 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 02.04. 2015, Rn. 55.

²²² *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Report Doc. 13742 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 02.04.2015, Rn. 56.

²²³ <https://www.amnesty.org.uk/press-releases/denmark-removes-transgender-list-mental-illness> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022); <http://www.taz.de/!5370461/> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

²²⁴ http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/Pakte_Konventionen/CAT/cat_state_report_germany_5_2009_parallel_ATME_2011_de.pdf (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

des CAT. Darin wird jede Form der Demütigung und Erniedrigung durch staatliche Beauftragte, wie z.B. durch Psychologen oder Psychiater, untersagt. So heißt es

„(1) Jeder Vertragsstaat verpflichtet sich, [...] Handlungen zu verhindern, die eine grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung [...] darstellen, ohne der Folter im Sinne des Artikels 1 gleichzukommen, wenn diese Handlungen von einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes oder einer anderen in amtlicher Eigenschaft handelnden Person, auf deren Veranlassung oder mit deren ausdrücklichem oder stillschweigendem Einverständnis begangen werden.“

Im Zusammenhang mit Art. 1 gelesen, in welchem Folter näher definiert wird, ergibt sich für die Autoren im Rahmen des im Transsexuellengesetz vorgesehenen Gutachter- und Gerichtsverfahrens eine Menschenrechtsverletzung durch den deutschen Staat. Art. 1 CAT liest sich wie folgt:

„(1) Im Sinne dieses Übereinkommens bezeichnet der Ausdruck ‚Folter‘ jede Handlung, durch die einer Person vorsätzlich [...] seelische Schmerzen oder Leiden zugefügt werden, zum Beispiel um von ihr [...] eine Aussage [...] zu erlangen, um sie [...] einzuschüchtern oder zu nötigen, oder aus einem anderen, auf irgendeiner Art von Diskriminierung beruhenden Grund, wenn diese [...] Leiden von [...] einer [...] in amtlicher Eigenschaft handelnden Person [oder] auf deren Veranlassung [...] verursacht werden.“

ATME e.V. geht in seiner Kritik allerdings noch weiter. Kritisiert wird nicht nur die Pathologisierung von Transsexuellen, sondern grundsätzlich die Fremddefinition von Geschlecht durch die Medizin, welche letztlich erfolge, um geschlechtliche Macht auszuüben und nicht um medizinische Hilfe zu bieten.²²⁵

„Ob eine Medizin, die geschlechtliche Kontrolle durch medizinische und psychiatrische Diagnosen wie beispielsweise ‚Geschlechtsdysphorie‘ oder ‚Disorders of Sexual Development‘ ausübt, überhaupt irgendeinen anderen Nutzen hat, außer gesellschaftlich gewollte Stereotype aufrecht zu erhalten, darf stark bezweifelt werden.“²²⁶

In den pathologisierenden Zuschreibungen, die sich auf wissenschaftliche Erkenntnisse in Medizin und Sexualwissenschaften berufen, können sich viele Betroffene nicht wiederfinden.²²⁷ Stattdessen ist die „Diagnose“ „Geschlechtsidentitätsstörung“ für viele der Grund für erhebliches Leid.²²⁸ Hinter der Psychiatrisierung von

²²⁵ http://atme-ev.de/texte/ATME_Stellungnahme_Halle_Okt2014.pdf (zuletzt aufgerufen 14.06.2022); unter Hinweis darauf, dass dieses bereits im Feminismus erkannt und bekämpft wurde.

²²⁶ http://atme-ev.de/texte/ATME_Stellungnahme_Halle_Okt2014.pdf (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

²²⁷ Adamietz, *Transgender ante portas*, KJ 2006, S. 368 (372).

²²⁸ *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Report Doc. 13742 (2015): *Discrimination against transgender people in Europe*, 02.04.2015, Rn. 58.

transsexuellen Menschen steht möglicherweise nichts anderes als das Interesse von Medizin und Rechtsprechung, die traditionelle dualistische Geschlechterordnung aufrechtzuerhalten.

Der Kritik ist zuzustimmen: Gesellschaftliche Wertungen stehen mit medizinischen Betrachtungen in Relation, sodass eine Pathologisierung zu negativen Auswirkungen sowohl auf das Selbstbild Transsexueller als auch deren gesellschaftlicher Akzeptanz führt.²²⁹ Während die eine Seite argumentiert, dass die Diagnose als „geistig gestört“ zu einer gesellschaftlichen Stigmatisierung von Individuen führt und diese Individuen so zu Objekten der Medizin gemacht werden, befürchtet die andere Seite, dass es bei einer Änderung der Klassifizierungssysteme zu Behinderungen beim Zugang zur Gesundheitsfürsorge käme²³⁰. Folglich erscheint es relevant einen Kompromiss zu finden, der einen anderen Ansatz für die Feststellung einer Krankheit wählt. Nicht der Transsexuelle ist krank, weil er sich einem anderen Geschlecht zugehörig fühlt, sondern die Gesellschaft und der sich daraus ergebende Konflikt führen zu den Problemen.²³¹ Weder für die Gesundheitsfürsorge, noch aus einer menschenrechtlichen Perspektive ist es notwendig, eine psychische Störung zu diagnostizieren, um den Zugang zu einer Behandlung eines Zustands zu eröffnen, der medizinischer Betreuung bedarf.²³² Wenn man die Transsexualität selbst nicht als Krankheit klassifiziert, dann bleibt beispielsweise die Möglichkeit die Folgeleiden heranzuziehen, um einen Behandlungsbedarf zu begründen – insofern würde gegebenenfalls präventiv agiert. Wenn „die Transsexualität zu massiven inneren Spannungen zwischen dem körperlichen Geschlecht und der seelischen Identifizierung mit dem anderen Geschlecht führt, woraufhin sich wiederum ein eigenes Folgeleiden ergibt, welches selbst Krankheitswert hat, ist dieser Zustand als krankheitswertig anzuerkennen.“²³³ Ziel einer medizinischen oder psychotherapeutischen Behandlung kann nur die Heilung oder Minderung von Leiden sein, nicht aber eine „Heilung“ der Transidentität oder die Anpassung an Geschlechts-Stereotypen oder gesellschaftliche Normen.

²²⁹ Bei Homosexualität ist eine steigende gesellschaftliche Akzeptanz feststellbar, seitdem sie nicht mehr als Krankheit gilt.

²³⁰ Diese Befürchtung wird unterstützt, wenn der EGMR schreibt „jedoch besteht auf internationaler Ebene weitgehende Einigkeit dahingehend, dass es sich bei der Transsexualität um einen medizinischen Zustand handelt, der eine medizinische Behandlung mit dem Ziel, diesen Personen zu helfen, rechtfertigen kann.“ (Übersetzung durch die Verfasserin), *EGMR*, UrT. v. 10.03.2015 – 14793/08, Rn. 65 – Y. Y./Türkei.

²³¹ Der ATME e.V. setzt nicht bei der Gesellschaft, sondern bei der geschlechtlichen Kontrolle in der Medizin an; psychische und körperliche Erkrankungen seien direkte Folge dieser Kontrolle.

²³² So *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Issue Paper: Human Rights and Gender Identity, 29.07.2009, Abschnitt 3.3. und die Vollversammlung des Europarats *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 6.3.3. Vgl. dazu auch D. III. 2.

²³³ *Wendt*, in: Veith/Gräfe, Versicherungsprozess, 2. Aufl. 2010, § 11 Rn. 82 unter Verweis auf *OLG Köln*, UrT. v. 11.04.1994 – Az. 5 U 80/93, VersR 1995, S. 447.

V. Hinweis zur Wortwahl

Der Verfasserin ist bewusst, dass es sich um ein sehr sensibles Rechtsgebiet handelt, weil es zwar um die rechtliche Regelung von Transidentität geht, die Geschlechtsidentität aber zu aller erst eine höchstpersönliche Frage darstellt. Bereits ganz zu Anfang der Dissertation fand eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Begrifflichkeiten statt, mit dem Ziel den Betroffenen gerecht zu werden. Nicht zuletzt, weil sich einige Menschen jeder Kategorisierung oder Fremdbestimmung verweigern, ist dies diffizil. Dennoch ist es im wissenschaftlichen Kontext notwendig Begriffe und Gruppen (künstlich) festzulegen, um eine Problematik objektiv zu untersuchen.

„Sofern in dieser Arbeit von dem „anderen Geschlecht“, „Ausgangs-/Ursprungsgeschlecht“, „Geburtsgeschlecht“ oder Ähnlichem gesprochen wird, ist immer das bei der Geburt zugewiesene Geschlecht gemeint. Eine „Transfrau“ war aber schon immer eine Frau und ein „Transmann“ ein Mann, nur nicht rechtlich gesehen. Eine Umwandlung ist eine Anpassung, eine Abweichung von der Norm, sollte positiv als Variation der Realität gesehen werden und die Bezeichnung „Frau-zu-Mann“ „Mann-zu-Frau“ wird nur verwendet um Vorgänge nachvollziehbar zu machen. Durch die Umschreibung bzw. Bezeichnung soll keine Wertung vorgenommen werden, d.h. das individuelle Geschlecht von Trans* Menschen ist gegenüber diesem Geschlecht niemals sekundär.

C. Institutionen und Rechtsquellen

Zugespitzt drückte der amerikanische Verfassungsrichter *Cardozo* das Verhältnis zwischen Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit wie folgt aus:

„The constitution is, what we say that it is.“

Für den Bürger besteht heute nicht nur eine Möglichkeit, gegen hoheitliche Übergriffe vorzugehen. Dem deutschen BVerfG kam in den ersten Jahrzehnten seines Wirkens die Bezeichnung als Institution zu, über der nur der blaue Himmel schwebte.²³⁴ Mit dieser Redensart sollte der Letztentscheidungsanspruch des Gerichts in Fragen der Grundrechtsinterpretation illustriert werden – nicht ohne sachlichen Grund ist er inzwischen außer Gebrauch geraten.²³⁵ Neben den Grundrechten des Grundgesetzes sind die Grundfreiheiten und Grundrechte der Europäischen Gemeinschaft auf supranationaler Ebene getreten sowie weitere Übereinkommen, Konventionen und Resolutionen auf internationaler Ebene.²³⁶ Im Zentrum des europäischen Menschenrechtsschutzes steht jedoch die Europäische Konvention für Menschenrechte (EMRK), neben ihr die Europäische Grundrechte-

²³⁴ Vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2913).

²³⁵ Vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2913).

²³⁶ Bspw. die Resolution der UN zur Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte, der Internationale Pakt über bürgerliche und politische Rechte, die UN-Folterkonvention, etc.

Charta (GR-Charta). Entsprechend wurden auch im Bereich des Europarats und der Europäischen Gemeinschaften Gerichtsbarkeiten etabliert, die ihrerseits beanspruchen (im Rahmen ihrer Zuständigkeiten) Fragen der Grundrechtsauslegung letztverbindlich zu beantworten.²³⁷ Folglich bestehen heute drei Normenkomplexe und drei korrespondierende Schutzgerichte: Das GG und das BVerfG, die EMRK und der EGMR, die Grundfreiheiten der Unionsverträge sowie die Grundrechte der Europäischen GR-Charta²³⁸ und der EuGH. Sie verfolgen grundsätzlich alle das gleiche Ziel: Der Schutz des Bürgers vor staatlicher oder supranationaler Gewalt.

Alle Mitglieder der Europäischen Union sind auch Mitgliedstaaten des Europarates – ihre Bürger erscheinen somit als besonders privilegiert. Ihrem Schutz sind mehrere Institutionen verpflichtet und mehrere Gerichte können angerufen werden, um staatliches Handeln zu überprüfen. Ebenso können diese Gerichte voneinander lernen – oder andere staatliche Akteure auf festgestellte Rechtsverletzungen in anderen Ländern reagieren und ihre eigene Rechtslage anpassen. Gleichzeitig kann ein derartiges Netz aus nationalen, supra- und internationalen Gerichtsbarkeiten aber auch Verwirrung stiften, wenn Hierarchien und Zuständigkeiten nicht geklärt sind, sondern in Konkurrenz zueinander stehen.²³⁹ Innerhalb eines Mehrebenen-Systems besitzen Grundrechte, die für alle verbindlich sind, eine unitarisierende Wirkung.²⁴⁰ Das grundsätzliche Verhältnis der verschiedenen Rechtsquellen und der über sie wachenden Gerichte wird im Folgenden, soweit für die Arbeit von Relevanz, dargestellt.

I. Grundgesetz und BVerfG

Maßgeblich für die Grundrechte der Bürger der Bundesrepublik ist das Grundgesetz als Gesamtdeutsche Verfassung. Ihre Kontrolleure und Wächter sind die Verfassungsgerichte in Bund und Ländern.

Es wurde jedoch unterlassen im GG den Status des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich festzulegen – weder im Art. 93 noch im Art. 94 GG ist hiervon die Rede. Art. 94 GG enthält dafür den Auftrag und die Ermächtigung des einfachen Gesetzgebers Verfassung und Verfahren des Bundesverfassungsgerichts zu regeln,

²³⁷ *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2913).

²³⁸ Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) (2010/C 83/02) 14.12.2007 (ABl. Nr. C 303 S. 1; konsolidierte Fassung ABl. Nr. C 83 S. 389), Celex-Nr. 12010P. In Deutschland und Österreich gibt es zudem Landesverfassungen.

²³⁹ Vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2914); *Kirchhoff*, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681 (3682); *Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, S. 2385 (2385).

²⁴⁰ Vgl. *Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, S. 2385 (2386 m.w.N.).

die Rechtsstellung des Gerichts selbst wird vorausgesetzt. Dies ist insbesondere deswegen auffällig, weil das BVerfG in seiner Art erstmalig im Verfassungssystem erscheint. Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich hatte nach der Weimarer Verfassung eine divergierende Rechtsgestalt und war von weit geringerer Bedeutung.²⁴¹

Nach § 1 I Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) ist das BVerfG als unabhängiger Gerichtshof des Bundes ein Rechtsprechungsorgan. Gleichzeitig ist es ein neben den „übrigen Verfassungsorganen“ selbständiges Verfassungsorgan des Bundes. Als „Hüter der Verfassung“²⁴² ist es Aufgabe des BVerfG im Streitfall die Normen des GG letztverbindlich auszulegen²⁴³ und

„mit seinen Entscheidungen zu bewirken, dass das Zusammenspiel der Verfassungsorgane im Bund und zwischen Bund und Ländern den Regeln der Verfassung entspricht, dass die Staatsgewalt die ihr formell und materiell gezogenen Grenzen nicht überschreitet und dass die obersten Rechtswerte des GG in der Tätigkeit aller Staatsorgane verwirklicht werden“.²⁴⁴

1. Das Grundgesetz und seine Auslegung durch die Rechtsprechung

Den Verfassungsgerichten wird somit nicht nur eine politische Macht, sondern auch ein hohes Maß an Verantwortung für die Umsetzung des Grundgesetzes im Alltag zugemessen.²⁴⁵ Die Akzeptanz von verfassungsgerichtlichen Entscheidungen, insbesondere zu politisch brisanten Themen, erfordert einen erhöhten Begründungs-, Legitimations- und Konsensbedarf. Dem Gericht steht es zu, im Wege konkretisierender Normausfüllung mit möglichst plausiblen Argumenten „nachzuliefern“, was der Wortlaut der Verfassung bisher offen gelassen hat.²⁴⁶ Über die Jahrzehnte hat das BVerfG das Grundgesetz nicht nur wortgetreu interpretiert und die Grundrechte präzisiert, sondern teilweise auch weiterentwickelt oder gar ergänzt. Oft gilt es eine Wertabwägung zwischen Rechtsgütern, die in einem Spannungsverhältnis zueinander stehen, vorzunehmen. Damit sind die Grenzen zwischen Rechtsanwendung und -schöpfung nicht immer eindeutig und das Gericht muss sich teilweise den Vorwurf des *judicial activism* gefallen lassen.²⁴⁷ So kam es beispielsweise vor, dass

²⁴¹ Vgl. *Maunz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 94 GG Rn. 1; vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2913).

²⁴² Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 20.03.1952 – Az. 1 BvL 12/51, BVerfGE 1, 184 (195), NJW 1952, 497 (498).

²⁴³ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 24.09.2003 – Az. 2 BvR 1436/02, BVerfGE 108, 282 (295).

²⁴⁴ *Detterbeck*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 93 Rn. 4. Nach *Maunz* „Oberster Hüter der Verfassung“, da auch andere Organe berufen sind, die Verfassung zu hüten, vgl. *Maunz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 94 GG Rn. 3.

²⁴⁵ Vgl. *Schneider*, 50 Jahre GG, NJW 1999, S. 1497 (1500).

²⁴⁶ Vgl. *Schneider*, 50 Jahre GG, NJW 1999, S. 1497 (1500).

²⁴⁷ So ausdrücklich *Schneider*, Acht an der Macht! Das BVerfG als „Reparaturbetrieb“ des Parlamentarismus?, NJW 1999, 1303 (1305); vgl. auch *Klein*, Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in:

im Zusammenhang mit Übergangs- oder Vollstreckungsregelungen künftige Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers vorweggenommen oder präjudiziert wurden oder gerichtliche Weitergeltungsanordnungen von verfassungswidrigen Gesetzen auf Zeit, bereits konkrete Hinweise für eine spätere Neuregelung enthielten – so auch in der Rechtsprechung zur Transidentität und jüngst zur Intersexualität.

2. Wirkung der Urteile

Zu den Fällen in denen Entscheidungen des BVerfG Gesetzeskraft zukommt gehört auch die Verfassungsbeschwerde, wenn ein Gesetz durch die Entscheidung als mit dem Grundgesetz vereinbar, unvereinbar oder für nichtig erklärt wird (Art. 93 I Nr. 4a und 4b GG) oder bei Verfassungsbeschwerden gegen ein Urteil, das aufgehoben wird, weil es auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht (Art. 95 III BVerfGG), § 31 Abs. 2 BVerfGG. Während sich die Rechtskraft lediglich auf die Bindung unter den jeweiligen Verfahrensbeteiligten²⁴⁸ bezieht, also *inter partes* wirkt, erstreckt sich die Bindung nach § 31 I BVerfGG auf alle Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie auf alle Gerichte und Behörden. Die Gesetzeskraft im Sinne des § 31 II BVerfGG geht sogar noch darüber hinaus, da sie für und gegen jedermann, also *inter omnes*, wirkt.²⁴⁹

Auf die eindeutig geregelte Frage, wen die Urteile des BVerfG binden, folgt die schwieriger zu beantwortende Frage, in welchem Umfang die Urteile Bindungswirkung entfalten. Sind auch die die Entscheidung tragenden Gründe oder ihre denknnotwendigen Prämissen umfasst? Problematisch ist es an dieser Stelle außerdem zu unterscheiden, was zu diesen tragenden und denknnotwendigen Gründen und Prämissen gehört und was nicht.²⁵⁰ Zumindest dann, wenn das Gericht erkennbar einzelnen Gründen und Argumentationen zuspricht, dass diese ausschlaggebend und maßgeblich waren und sie entsprechend näher ausführt und begründet, sind diese wohl von der Bindungswirkung umfasst.²⁵¹ Dafür können besonders die Leitsätze einer Entscheidung herangezogen werden, da diese verdeutlichen, was vom BVerfG als Schwerpunkt der Entscheidung verstanden wird.

Weiterhin bedarf es einer Klärung der gegenständlichen Einschränkung der Bindungswirkung. Aufgabe des BVerfG ist es, die Verfassung auszulegen. Folgerichtig kann sich die Bindungswirkung nur auf Auffassungen des Gerichts zur Auslegung der Verfassung beziehen.

Sofern eine Norm als verfassungswidrig deklariert wurde, ist zwischen den zwei Senaten des BVerfG umstritten, ob der Gesetzgeber dieselbe Norm nochmals oder

Burmeister u.a. (Hrsg.), Verfassungsstaatlichkeit: Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, 1997, S. 1135–1153.

²⁴⁸ Antragsteller, Antragsgegner, Beigetretene.

²⁴⁹ Vgl. Detterbeck, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 93 Rn. 10; Morgenthaler, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.03.2015 Ed. 24, Art. 94 Rn. 12.

²⁵⁰ Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 94 GG Rn. 29.

²⁵¹ Maunz, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 94 GG Rn. 29.

eine gleichartige Norm neu erlassen darf – also ob ein Wiederholungsverbot und damit ein Unterlassungsgebot besteht. Von einem solchen Verbot geht der Zweite Senat aus²⁵², während der Erste Senat eine Normwiederholung dann als zulässig ansieht, wenn diese aufgrund besonderer Gründe geschieht. Damit gemeint sind wesentliche Änderungen der maßgeblichen tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse oder der diesen zugrunde liegenden Anschauungen.²⁵³

II. Europarat, EMRK und EGMR

Welche Rechte Menschen innehaben obliegt schon seit langem nicht mehr allein dem nationalen Recht. Die EMRK, mit ihrem institutioneller Rahmen, nimmt stetig an Bedeutung zu.

1. Aufbau und Organe

Alle Mitgliedstaaten des Europarats haben die Europäische Menschenrechtskonvention²⁵⁴ ratifiziert, die erste regionale Menschenrechtskonvention und die erste verbindliche internationale Menschenrechtskodifikation. Zur Überwachung dieser Menschenrechte in den Vertragsstaaten ist der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) berufen. Bis zum Inkrafttreten des 11. Zusatzprotokolls am 01.11.1998 gab es die Europäische Kommission für Menschenrechte. Seit dieser Reform existiert jedoch eine obligatorische Gerichtsbarkeit, d.h. der Gerichtshof wurde ein ständiger Gerichtshof (Art. 19 S. 2 EMRK) und die Kommission nach einer einjährigen Übergangszeit abgeschafft.

Hauptorgane des Europarats sind die Generalversammlung und das Ministerkomitee, in welchem die Mitgliedstaaten durch ihre Außenminister vertreten werden. Unterstützung erfahren diese Organe durch das Sekretariat und in beratender Funktion durch die Parlamentarische Vollversammlung. Einzelne Ausschüsse bereiten Fragen für die Generalversammlung vor, indem sie Berichte erstellen und Stellungnahmen zu den Tagesordnungspunkten vorbereiten. Diese Berichte dienen als Vorbereitung für Empfehlungen und Resolutionen der Vollversammlung.

²⁵² *BVerfG*, Urt. v. 23.10.1951 – Az. 2 BvG 1/51, *BVerfGE* 1, 14 (15), *NJW* 1951,877; *BVerfG*, Beschl. v. 15.01.1985 – Az. 2 BvR 128/84, *BVerfGE* 69, 112 (115 ff.), *NVwZ* 1985, 647.

²⁵³ *BVerfG*, Beschl. v. 06.10.1987 – Az. 1 BvR 1086/82 u. a., *BVerfGE* 77, 84 (103 f.), *NJW* 1988,1195; *BVerfG*, Beschl. v. 24.05.2000 – Az. 1 BvL 1/98 u.a., *BVerfGE* 102, 127, *NJW* 2000, 2264.

²⁵⁴ Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK), in der Fassung der Bekanntmachung v. 22.10.2010 (*BGBl.* II S. 1198), zuletzt geändert durch 15. EMRK-Protokoll v. 24.06.2013 (*BGBl.* 2014 II S. 1034).

2. EMRK und ihre Wirkung

Je nach Mitgliedstaat nimmt die EMRK einen spezifischen Rechtsstatus im innerstaatlichen Recht ein.²⁵⁵ So kann sie in strikt monistischen Systemen Vorrang vor der Verfassung haben (bspw. Niederlande, Rumänien, Slowakei, Tschechische Republik) oder den Rang einer Verfassung wie in Österreich²⁵⁶. Sie kann aber auch zwischen der Verfassung und den einfachen Gesetzen stehen, wie in der Schweiz und Frankreich der Fall. Letztlich gibt es auch Staaten, die der EMRK nur den Rang eines einfachen Gesetzes einräumen, so der Fall in Italien und einigen skandinavischen Ländern.²⁵⁷

Während in Deutschland die innerstaatliche Geltung der EMRK und die unmittelbare Anwendbarkeit ihrer Gewährleistungen allgemein anerkannt ist (vgl. auch Art. 59 GG), wird die Frage, welchen Rang die Konventionsrechte innerhalb der deutschen Rechtsordnung einnehmen in der Literatur unterschiedlich beantwortet.²⁵⁸ Die herrschende Meinung in der Rechtsprechung und Literatur haben den Konventionsrechten den Rang als Zustimmungsgesetz, also eines einfachen Bundesgesetzes zugesprochen,²⁵⁹ was aus der Sicht des Dualismus folgerecht erscheint. Erst durch das jeweilige nationale Gesetz, welches die EMRK im innerstaatlichen Recht überhaupt anwendbar macht, erlangt sie den Rang eines Gesetzes. Der Sache nach erhalten die Rechte der EMRK in Deutschland jedoch Verfassungsrang, insofern sie bei der Interpretation der ihnen eng verwandten Grundrechte maßgeblich berücksichtigt werden.²⁶⁰

²⁵⁵ Vgl. dazu ausführlich *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 2.

²⁵⁶ Vgl. *Öblinger*, Verfassungsrecht, 7. Aufl. 2007, Rn. 129 ff.

²⁵⁷ Vgl. mit Nachweisen *Peters/Altwickler*, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 6.

²⁵⁸ *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 45.

²⁵⁹ *BVerfG*, Entscheid. v. 26.03.1987 – 2 BvR 589/79 u. a., BVerfGE 74, 358 (370); *BVerfG*, Entscheid. v. 29.05.1990 – 2 BvR 254, 1343/88, BVerfGE 82, 106 (114); *BVerfG*, Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (317); *Uerpman*, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 568 (570); *Valerius*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar StPO, Stand: 15.01.2015 Ed. 20, Art. 1 EMRK Rn. 2; *Brütz*, Bedeutung der EMRK, NVwZ 2004, S. 173 (173); *Pache*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung, EuR 2004, S. 393 (400).

²⁶⁰ *Giegerich*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 71; *Peters/Altwickler*, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 1 Rn. 11–14. Vgl. beispielweise beim BVerfG: *BVerfG*, Entscheid. v. 26.03.1987 – 2 BvR 589/79 u. a., BVerfGE 74, 358 (370); *BVerfG*, Entscheid. v. 29.05.1990 – 2 BvR 254, 1343/88, BVerfGE 82, 106 (115); *BVerfG*, Urt. v. 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (328 f., 337); *BVerfG*, Urt. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1602, 1606, 1626/07, BVerfGE 120, 180 (200 f.).

3. Der EGMR und seine Verfahren

Neben einer Staatenbeschwerde (Art. 33 EMRK)²⁶¹ und einem Gutachtenverfahren (Art. 47 EMRK) ist in der EMRK auch eine Individualbeschwerde zum Rügen von staatlichem Handeln vorgesehen (Art. 34, 35 EMRK). Demnach kann jede natürliche Person, nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe die Verletzung von eigenen Konventionsrechten vor dem EGMR geltend machen.²⁶² Inzwischen ist jeder Vertragsstaat des Europarats dieser Gerichtsbarkeit unterworfen, unabhängig davon, ob er die individuelle Beschwerdemöglichkeit seiner Einwohner anerkannt hat oder nicht.²⁶³

Art. 35 EMRK sieht neben der vorigen innerstaatlichen Rechtswegerschöpfung in Abs. 1 noch weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen vor, wie die zeitliche, örtliche und sachliche Vereinbarkeit mit der EMRK. Neben der EMRK gilt für das Verfahren auch die Verfahrensordnung des Gerichtshofs. Über Frage der Zulässigkeit ergehen Entscheidungen, über die Begründetheit ergehen Urteile des EGMR.

a. EGMR

Umstritten ist, ob die Aufgabe des EGMR darin besteht, einen Mindeststandard im Menschenrechtsschutz zu schaffen oder ob ihm ein Harmonisierungsauftrag zugestanden wird, und falls ja, wie weit dieser gehen soll.²⁶⁴ Lange ging es dem Gerichtshof darum, gemeinsame Mindeststandards des Menschenrechtsschutzes herauszufiltern und eine Art Leitbild für nationale Organe wahrzunehmen. Entscheidungen wie *Goodwin* und *I.* deuteten hingegen auf eine Harmonisierungsbestrebung des EGMR hin.²⁶⁵ In der Entscheidung *A, B und C* entschied sich das Gericht (wenn auch knapp) gegen eine progressive Rechtsprechung. Den abweichenden Meinungen²⁶⁶ einiger Richter lässt sich entnehmen, dass die Aufgabe des EGMR auch innerhalb des Gerichts nicht einheitlich beurteilt wird. Auch in *Lautsi* hebt der EGMR den Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten deutlich hervor und benennt die Rahmenbedingungen für diesen Beurteilungsspielraum.²⁶⁷ Die EMRK selbst gibt

²⁶¹ Im Rahmen der Staatenbeschwerde können Mitgliedsstaaten Verstöße gegen die Konvention durch andere Mitgliedsstaaten rügen, nicht jedoch eigene Verstöße. Ziel ist die Sicherung eines europäischen *ordre public*. Das Verfahren hat insgesamt nur eine geringe Bedeutung im Vergleich zur Individualbeschwerde und hinsichtlich der Rechte von Transsexuellen bisher keinerlei Relevanz.

²⁶² Vgl. zu den Beschwerdeführern *Peters/Altnicker*, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 35 Rn. 15 ff.

²⁶³ Einer besonderen Unterwerfungserklärung der Mitgliedstaaten bedarf es seit der Reform des Rechtsschutzsystems des Europarates durch das 11. Protokoll zur EMRK (BGBl II 1995, 578) nicht mehr.

²⁶⁴ Vgl. zur Entwicklung u.a. *Rubel*, Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes, 2005, S. 116 f., 150.

²⁶⁵ *Grabenvarter*, Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem, EuGRZ 2011, S. 229 (231).

²⁶⁶ Rn. 2 der gemeinsamen teilweise abweichenden Meinung der Richter *Rozakis/Tulkens/Fura/Hivrelä/Malinverni/Poalelungi* in *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.12.2010 - 25579/05 – A, B und C/Irland.

²⁶⁷ *EGMR*, Urt. v. 18.04.2011 - 30814/06, Rn. 70,71,76 – *Lautsi* u.a./Italien.

keine klare Antwort. Eine Auslegung der EMRK mit Blick auf die Präambel lässt diesen evolutiven Charakter durchaus zu.²⁶⁸ Geht man so weit, die Konvention als Beginn einer europäischen Verfassung zu sehen, folgt daraus eine Pflicht des Gerichtshofs gemeinsame europäische Grundrechtsstandards zu schaffen, allerdings nicht mehr nur einen *minimum standard*. Die Menschenrechtsordnung muss somit umfassend gewahrt und fortentwickelt werden.²⁶⁹

Eine weitere Aufgabe des EGMR könnte der Minderheitenschutz sein. Als kollektive, supranationale Institution hat der EGMR eine einzigartige Position inne, um universelle Standards für Vernunft und Moral zu setzen.²⁷⁰

b. Urteilswirkung

Aus Art. 46 I EMRK ergibt sich eine Befolgungspflicht der Mitgliedstaaten für Urteile des EGMR. Damit trifft einen Staat und alle seine Organe, dem Tenor des Urteils entsprechend, die Pflicht, die festgestellte Rechtsverletzung zu beenden.²⁷¹ Richten tun sich die Urteile jedoch stets gegen die „Hohen Vertragsparteien“. Ein direkter Durchgriff auf die innerstaatliche Rechtsordnung der Mitgliedstaaten, wie beispielsweise die Aufhebung eines Verwaltungsaktes einer Behörde oder eines Urteils, ist nicht erlaubt.²⁷² Die Art und Weise, wie der Staat eine Konventionsverletzung beendet, bleibt ihm grundsätzlich selbst überlassen²⁷³, nur in Ausnahmefällen ist das Auswahlermessen auf Null reduziert²⁷⁴.

Formal entfalten die Feststellungsurteile des EGMR keine *erga omnes* Wirkung, sondern gelten nur *inter partes*, zwischen den Parteien des Beschwerdeverfahrens.²⁷⁵ Dies bedeutet, dass Drittpersonen, welche ebenfalls der Hoheitsgewalt des verurteilten Staates unterliegen, grundsätzlich keine Rechte aus einem EGMR-Urteil, welches in einem anderen Verfahren ergangen ist, ableiten können. Nicht aus der Rechtskraft des Urteils, sondern aus dem allgemeinen Recht der Staatenverantwortung, welches ein Wiederholungsverbot statuiert²⁷⁶, ergibt sich aber eine Pflicht des

²⁶⁸ „Considering that the aim [...] is the achievement of greater unity between its Members and [...] further realization of Human Rights and Fundamental Freedoms; [...] best maintained [...] by a common understanding and observance of the Human Rights“.

²⁶⁹ *Rupp-Swienty*, Doktrin der margin of appreciation in der Rspr. des EGMR, 1998, S. 269.

²⁷⁰ *Benvenisti*, Margin of Appreciation, N.Y.U. J. Int’l L. & Pol. 1999, S. 843 (852).

²⁷¹ Vgl. *Grabennarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 3.

²⁷² *BVerfG*, Urt. v. 14.10.2004 – 2 BVR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (320 f.); *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 46 Rn. 21, 26, 27.

²⁷³ Vgl. *EGMR (GK)*, Urt. v. 17.09.2009 - 10249/03, Rn. 147 – *Scoppola/Italien* (Nr. 2); *BVerfG*, Urt. v. 14.10.2004 – 2 BVR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (316).

²⁷⁴ Vgl. bspw. Tenor in *EGMR (GK)*, Urt. v. 08.04.2004 - 71503/0 – *Assanidze/GEO*. Die Schlussfolgerungen in den 2004 eingeführten sog. *pilot judgments* sind präziser gefasst und schränken das Ermessen der Staaten deutlich ein; primärer Grund für die Einführung dieser Art von Verfahren war die immense Arbeitsbelastung des EGMR.

²⁷⁵ *Cremer*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 32 Rn. 69 f., 111; *Grabennarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 2.

²⁷⁶ Vgl. Art. 30 b) ILC-Artikel.

Staates seine Rechtsordnung mit der Konvention in Einklang zu bringen²⁷⁷ und so künftigen gleichartigen Konventionsverletzungen entgegenzuwirken (Nichtwiederholungspflicht)²⁷⁸. Das Recht der Mitgliedstaaten muss folglich – soweit möglich – im Einklang mit der EMRK völkerrechtsfreundlich ausgelegt werden.²⁷⁹ Zur Interpretation der EMRK und ihrer Zusatzprotokolle ist zunächst der EGMR berufen, naturgemäß haben dessen Entscheidungen in allen Mitgliedstaaten der EMRK eine hohe Bedeutung.²⁸⁰

Inwiefern Entscheidungen des EGMR für die Gerichte der Mitgliedstaaten auch in anderen als dem entschiedenen Verfahren bindend sind, ist eine andere Frage, welche sich dann stellt, wenn gleich- oder höherrangiges Recht und Rechtsprechung des EGMR in Konflikt stehen. Ob und in welchem Umfang Entscheidungen des EGMR Bindungswirkung gegenüber den Gerichten der Mitgliedstaaten der EMRK entfalten, ist insbesondere in den Ländern, in denen die EMRK einschließlich ihrer Zusatzprotokolle keinen echten Verfassungsrang hat, von großer Bedeutung.²⁸¹ Eine mit § 31 I BVerfGG vergleichbare Norm, die für Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ausdrücklich bestimmt, dass sie für alle Gerichte bindend sind, fehlt für die Entscheidungen des EGMR sowohl auf europarechtlicher als auch im Recht der Bundesrepublik. Dem Gerichtshof wird keine „(quasi-)authentische Auslegungskompetenz zugesprochen.“²⁸² Mangels einer eigentlichen rechtlichen Bindung spricht man von einer „Orientierungswirkung“²⁸³, „indirekte Wirkung“²⁸⁴ oder auch „Präjudizwirkung“²⁸⁵ der Urteile, welche im Ergebnis der Wirkung der Urteile des BVerfG nach § 31 I BVerfGG recht nahe kommt.²⁸⁶ Wenn sich Gerichte nichtsdestotrotz an der Rechtsprechung des EGMR orientieren, dann geschieht dies nach Ansicht von *Grabenwarter* jedoch nicht ohne jegliche rechtliche Bindung.²⁸⁷ Vielmehr sei den Gerichten bewusst, dass die Konvention die Staaten

²⁷⁷ *Peters/Altwickler*, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 37 Rn. 17. Anders *Cremer*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 32 Rn. 114, der diese Pflicht aus der materiellen Rechtskraft des Urteils schließt.

²⁷⁸ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 8.

²⁷⁹ *Bergmann*, „Bindungswirkung von EGMR-Entscheidungen“ in: *Bergmann* (Hrsg.), *Handlexikon der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2015.

²⁸⁰ *Bergmann*, „Bindungswirkung von EGMR-Entscheidungen“ in: *Bergmann* (Hrsg.), *Handlexikon der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2015.

²⁸¹ *Bergmann*, „Bindungswirkung von EGMR-Entscheidungen“ in: *Bergmann* (Hrsg.), *Handlexikon der Europäischen Union*, 5. Aufl. 2015.

²⁸² *Cremer*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 32 Rn. 111 m.w.N.

²⁸³ Vgl. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 8.

²⁸⁴ Vgl. *Frowein/Villiger*, *Constitutional Jurisdiction in the Context of State Powers*, HRLJ 1988, S. 23 (40).

²⁸⁵ *Wildhaber*, *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention*, ZSR 1979, S. 229 (355).

²⁸⁶ Vgl. *Dederer*, *Die Architektur des europäischen Grundrechtsraums*, ZaöRV 2006, S. 575 (594 f.); *Papier*, *Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte*, EuGRZ 2006, S. 1–3.

²⁸⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 8.

bindet und eine von den Urteilen des EGMR abweichende Argumentation und Praxis ihrerseits voraussichtlich zur Feststellung einer Konventionsverletzung führen würde.²⁸⁸ Dies resultiert in einem „quasi erga-omnes Effekt“²⁸⁹. Auch wenn das Urteil selbst keine Bindungswirkung entfaltet, kann von einer rechtlichen Bindung an die durch den EGMR konkretisierte Konvention ausgegangen werden²⁹⁰.

c. Deutschland und der EGMR

Zumindest die Frage der Zuständigkeit von EGMR und BVerfG ist geklärt – erst nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs ist die Beschwerde vor dem Straßburger Gerichtshof zulässig (vgl. Art. 35 I EMRK). Nach Ansicht des EGMR ist die Verfassungsbeschwerde Teil dieses zu beschreitenden Rechtswegs.²⁹¹

Für die deutschen Gerichte und Behörden gilt, dass sie kraft Verfassungsrechts verpflichtet sind Gesetze und Verordnungen konventionskonform auszulegen²⁹² – das beinhaltet auch die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR.²⁹³ Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Würdigung von Sachverhalten sind hierfür relevante Entscheidungen des EGMR insbesondere in der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen und es muss sich mit den vom Gerichtshof gefundenen Abwägungsergebnissen auseinandergesetzt werden.²⁹⁴ Dabei kann vor allem in mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen eine Änderung der Subjekte des Rechtsstreits bzw. eine Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse zu einer im Ergebnis abweichenden „sensible[n] Abwägung zwischen verschiedenen subjektiven Rechtspositionen“ führen.²⁹⁵ Vom BVerfG besonders hervorgehoben werden das Familien- und Ausländerrecht sowie das Recht zum Schutz der Persönlichkeit. Hierbei handelt es sich um Bereiche von großer Relevanz für die Rechte von Transsexuellen. Insbesondere in diesen Rechtsgebieten könnten die Einzelfallentscheidungen des EGMR auf „durch eine differenzierte Kasuistik geformte nationale Teilrechtssysteme treffen“. Somit sei es die Obliegenheit der nationalen Gerichte, Entscheidungen des EGMR in dem betroffenen Teilrechtsbereich der nationalen Rechtsordnung „einzupassen“. Es könne weder der völkerrechtlichen Grundlage noch dem Willen des EGMR entsprechen „mit seinen Entscheidungen gegebenen-

²⁸⁸ Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 8.

²⁸⁹ Vgl. Ress, Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit, ZaöRV 64 (2004), S. 621 (630).

²⁹⁰ Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 16 Rn. 8.

²⁹¹ Vgl. schon die Europäische Kommission 1956: EKMR, Entsch. v. 31.05.1956 - 27/55, NJW 1956, S. 1376.

²⁹² Vgl. dazu C II 2.

²⁹³ Peters/Altmicker, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 37 Rn. 20; Giegerich, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 2 Rn. 71; Cremer, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 32 Rn. 132 ff.; Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 III GG Rn. 68.

²⁹⁴ BVerfG, Urt. v. 14.10.2004 – 2 BVR 1481/04, BVerfGE 111, 307 (324 ff.).

²⁹⁵ BVerfG, Urt. v. 14.10.2004 – 2 BVR 1481/04, Rn. 50, BVerfGE 111, 307 (325).

falls notwendige Anpassungen innerhalb einer nationalen Teilrechtsordnung unmittelbar selbst vorzunehmen.²⁹⁶

Sollte eine konventionskonforme Auslegung nicht möglich sein, darf das konventionswidrige deutsche Gesetz nicht angewendet werden. Dabei erstreckt sich die Berücksichtigungspflicht zunächst auf alle Entscheidungen über denselben Streitgegenstand, allerdings zieht das BVerfG sowohl Entscheidungen von anderen Beschwerdeführern als auch von anderen Beschwerdegegnern heran, also Fälle die nicht gegen Deutschland entschieden wurden.²⁹⁷ Grenze dieser Pflicht ist ein klar anderslautender Wille des Gesetzgebers sowie wenn die Anwendung der EMRK mit deutschem Verfassungsrecht in Konflikt gerät. Ausdrücklich ausgeschlossen wird ein automatischer Vorrang der EMRK vor anderem Bundesrecht.²⁹⁸ Inzwischen wurde durch das BVerfG klargestellt, dass mittels der Verfassungsbeschwerde das einschlägige Grundrecht des GG gerügt werden kann, mit der Argumentation, dass ein deutsches Gericht die Rechtsprechung des EGMR missachtet oder nicht hinreichend berücksichtigt hat.²⁹⁹

4. Interpretation der EMRK und Prüfungsmaßstab des EGMR

Ähnlich dem deutschen BVerfG prüft der EGMR, ob ein Eingriff in ein Konventionsrecht vorliegt, welcher nicht gerechtfertigt werden kann. Dabei gilt es die Konventionsrechte selbst auszulegen. Gegenüber der Auslegung von grundrechtlichen Gewährleistungen nationaler Verfassungen gelten für die Auslegung der EMRK Besonderheiten. Als Teile eines völkerrechtlichen Vertrags haben die Konventionsrechte einen anderen Kontext als die national gewährleisteten Rechte. Im Rahmen der systematischen Interpretation gilt es daher zum Beispiel ein anderes Regelungsumfeld zu berücksichtigen.³⁰⁰ Dieses Umfeld umfasst zum einen das übrige Konventionsrecht³⁰¹, einschließlich der Zusatzprotokolle, wie auch andere völkerrechtliche Verträge. Diese anderen völkerrechtlichen Verträge sind zum größten Teil Verträge, die zwischen den Vertragsstaaten abgeschlossen wurde. In der Rechtsprechung des Gerichtshofes finden sich ebenfalls diverse Bezugnahmen auf weltweite Verträge, die Sachverhalte aus dem Schutzbereich eines Rechts der Konvention regeln³⁰² sowie auf das Gemeinschaftsrecht³⁰³.

²⁹⁶ *BVerfG*, Urt. v. 14.10.2004 – 2 BVR 1481/04, Rn. 58, *BVerfGE* 111, 307 (327 f.).

²⁹⁷ *BVerfG*, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09, Rn. 89, *NJW* 2011, 1931 (1935); *BVerfGE* 128, 326 (368).

²⁹⁸ *BVerfG*, Urt. v. 14.10.2004 – 2 BVR 1481/04, Rn. 62, *BVerfGE* 111, 307 (329).

²⁹⁹ *BVerfG*, Urteil v. 26.02.2008 - 1 BvR 1602, 1606, 1626/07, *BVerfGE* 120, 180 (218, 209 f.)

³⁰⁰ *Grabensarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 8.

³⁰¹ *EGMR*, Urt. v. 26.03.1987 - 9248/81, Rn. 78 – Leander/Schweden; *EGMR*, Urt. v. 07.07.1989 - 14038/88, Rn. 103 – Soering/Vereinigtes Königreich.

³⁰² Vgl. *EGMR*, Urt. v. 23.09.1994 - 15890/89, Rn. 31 – Jersild/Dänemark.

³⁰³ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 08.12.1999 - 28541/95, Rn. 66 – Pellegrin/Frankreich.

Des Weiteren geht der EGMR von den allgemeinen Grundsätzen der Interpretation völkerrechtlicher Verträge aus und leitet seine Auslegungsgrundsätze unmittelbar aus der Wiener Vertragsrechtskonvention, insb. Art. 31 Abs. 3 WVK ab.³⁰⁴

Die Auslegung der EMRK war und ist für den konventionsrechtlichen Schutz Transsexueller von großer Bedeutung. Da die Geschlechtsidentität nicht ausdrücklich von der Konvention geschützt ist, war es bspw. notwendig durch Auslegung der Termini der EMRK zu ermitteln, ob sie diese vom Privat- und Familienleben i.S.d. Art. 8 EMRK oder Ehe und Familie i.S.d. Art. 12 EMRK umfasst ist.³⁰⁵

a. „Autonome Interpretation“

Bei der sogenannten „autonomen Interpretation“ handelt es sich um eine Wortschöpfung des EGMR selbst. Gemeint ist ein Interpretationsvorgang, der neben der Systematik des Vertrags und dessen Zielsetzung auch die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der nationalen Rechtsordnungen berücksichtigt. Diesen systematischen Kontext gilt es bei der Auslegung der Konvention zu berücksichtigen.³⁰⁶ Besonders ist daran zum einen, dass nicht nur zwischen der EMRK und einer weiteren Rechtsordnung ein Zusammenhang besteht, sondern zwischen den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten.³⁰⁷ Zum anderen erleben nicht nur diese anderen Rechtsordnungen in sich eine dauernde Entwicklung, sondern auch der Kreis der zu berücksichtigenden Rechtsordnungen ändert sich durch Beitritte neuer Staaten.³⁰⁸ Zudem stellt es eine Modifikation des Minderheitenschutzes dar, dass auch „nationale Alleingänge“ auf niedrigerem Niveau dem Ziel eines einheitlichen Menschenrechtsstandards zuwiderlaufen.³⁰⁹ Autonom interpretiert wird die EMRK, indem die verwendeten Termini auch unabhängig von den Rechtsordnungen einzelner Mitgliedstaaten, als Begriffe einer eigenständigen Konventionsrechtsordnung, verstanden werden.³¹⁰ In Form der sogenannten „wertenden Rechtsvergleichung“ werden die Gemeinsamkeiten und Unterschiede der verschiedenen Rechtsordnungen und ihre gemeinsamen Wertvorstellungen ermittelt. Im besten Fall würden dabei alle Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten berücksichtigt werden. Allerdings tritt dieser Fall in der Praxis der internationalen Gerichte regelmäßig nicht ein.³¹¹ Desto ähnlicher sich die zu berücksichtigenden Rechtsordnungen und die dahinterstehenden Werteordnungen sind, umso eher kann dem Anspruch sie alle zu berücksichtigen entsprochen werden.

³⁰⁴ Vgl. EGMR, Urt. v. 21.02.1975 - 4451/70, Rn. 29, 35 – Golder/Vereinigtes Königreich.

³⁰⁵ Vgl. dazu später D I 1 b

³⁰⁶ Vgl. Peters/Altwickler, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 2 Rn. 43.

³⁰⁷ Vgl. dazu später C II 4 c aa (2).

³⁰⁸ Grabenvarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 5 Rn. 9.

³⁰⁹ Grabenvarter/Pabel, EMRK, 6. Aufl. 2016, § 5 Rn. 9.

³¹⁰ Vgl. Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, „Einleitung“ Rn. 26; Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, „Einführung“ Rn. 9.

³¹¹ Grabenvarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn.11.

Für die Rechtsfortbildung ist die autonome Interpretation von großer praktischer Bedeutung. Eine (häufig überblicksartige) Rechtsvergleichung in Kombination mit Hinweisen auf Empfehlungen des Ministerkomitees und der Parlamentarischen Versammlung bildet die Grundlage der Entwicklung von „europäischen Standards“.³¹²

b. Evolutive Auslegung

Die sogenannte evolutive Interpretationsmethode ist inzwischen sowohl im nationalen Verfassungsrecht als auch im europäischen Recht fast zur Regel geworden.³¹³ Bei der Interpretation des EMRK wird von einer evolutiven oder auch dynamischen Auslegung und der EMRK als einem *living instrument* gesprochen.³¹⁴ Eine aktuelle Interpretation von Grund- und Menschenrechten ist von großer Wichtigkeit. Es folgt bereits aus der Natur der fraglichen Texte, dass nur offene und unbestimmte Regelungen die nötige Stabilität besitzen können, um auf Dauer der Prüfung standzuhalten.³¹⁵ Ebenso basiert es auf der inzwischen weit verbreiteten Auffassung, dass die den Rechtssystemen zugrundeliegenden Prinzipien wie Demokratie oder Grundrechte zu keiner Zeit vollendet sind, sondern sich in einem Prozess ständiger Fortentwicklung befinden.³¹⁶

Anhaltspunkte für die evolutive Auslegung der EMRK finden sich in ihrer Präambel.³¹⁷ Hinzu kommen die Absätze 2 der Art. 8–11 EMRK, in denen die demokratische Gesellschaft als Kriterium für die Schrankenschränken dient.³¹⁸ Auf diese Weise wurde es dem EGMR ermöglicht, nicht nur die historische Auslegungsmethode zu verwenden, sondern die Konvention zu ergänzen, zu modernisieren und sie zeitgemäß und zeitangepasst³¹⁹ auszulegen. So wird letztlich als Teil der teleologischen Auslegung, dem aktuellen Sinn und Zweck der Vorschriften entsprochen, welcher sich seit Unterzeichnung der EMRK gegebenenfalls verändert hat.

³¹² Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn.11. Vgl. dazu auch Klocke, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarates, EuR 2015, S. 148–169.

³¹³ Grewe, Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des EGMR, ZaöRV 2001, S. 459 (466).

³¹⁴ Vgl. EGMR, Urt. v. 25.04.1978 - 5856/72, Rn. 31 – Tyrer/Vereinigtes Königreich. Häufig genannte Beispiele für diese Auslegung sind EGMR, Urt. v. 23.03.1995 - 15318/89, Rn. 71, 75 – Loizidou/Türkei; EGMR, Urt. v. 28.07.1999 - 25803/94, Rn. 101 – Selmouni/Frankreich und die Entwicklung der Rechtsprechung zum Adoptionsrecht von Homosexuellen jetzt EGMR, Urt. v. 22.01.2008 - 43546/02 – E. B./Frankreich.

³¹⁵ Grewe, Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des EGMR, ZaöRV 2001, S. 459 (466).

³¹⁶ Grewe, Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des EGMR, ZaöRV 2001, S. 459 (466).

³¹⁷ Vgl. Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, „Präambel“ Rn. 2, 6; Cremer, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 4 Rn. 35. Vgl. auch Art. 31 II WVK.

³¹⁸ Grewe, Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des EGMR, ZaöRV 2001, S. 459 (467).

³¹⁹ So Cremer, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 4 Rn. 35.

Allerdings ist diese Form der Rechtsfortbildung auch problematisch. Die Grenzen zwischen erlaubter Vertragsauslegung und kompetenzüberschreitender Vertragsänderung sind nicht immer eindeutig. Dabei darf die richterliche Rechtsfortbildung nicht selbstgeleitete Kreation sein, denn als politischer Akt ohne ausreichende Legitimation müsste sie sich den Vorwurf gefallen lassen zu politisieren.³²⁰

Zur Begründung betont der EGMR, dass eine Effektivität der menschenrechtlichen Garantien eine Interpretation im Lichte der gegenwärtigen Situation erforderlich macht. Ziel und Zweck der Konvention sei es, Rechte zu schützen, die nicht theoretisch und scheinbar, sondern praktisch und wirksam sind.³²¹ „Der Begriff des europäischen Standards und die Verpflichtung der Mitgliedstaaten, diesem Standard zu entsprechen, sind nur vor diesem Hintergrund der aktualisierenden Interpretation zu verstehen.“³²²

c. *Margin of appreciation*

Für mehr als 800 Millionen Menschen in 47 Staaten soll das System um die EMRK die Grund- und Menschenrechte gewährleisten. Das so entstandene komplexe europäische Mehrebenensystem führt zu einer Vielfalt an Spannungsverhältnissen. Das Verhältnis der verschiedenen Ebenen zueinander ist zu klären sowie das Verhältnis zwischen exekutiver und legislativer Letztverantwortung einerseits und judikativem Kontrollanspruch andererseits. In diesem Zusammenhang steht das Spannungsverhältnis zwischen der nationalen Entscheidungsautonomie und dem Bestreben einen menschenrechtlichen Mindeststandard zu etablieren bzw. eine Rechtsvereinheitlichung zu erreichen. Ein Mittel des EGMR zur Auflösung dieses Spannungsverhältnisses ist die Gewährung von Entscheidungsfreiräumen. Dem deutschen Juristen sind diese Entscheidungsspielräume als Beurteilungsspielraum, Einschätzungsprärogative, Ermessen, Beurteilungsermessen oder Ermessensfreiräume bekannt. Der EGMR verwendet hierfür den Begriff *margin of appreciation*.

In einem stärkeren Maße als nationale Gerichte ist der EGMR dadurch gefordert, dass in den Vertragsstaaten der EMRK verschieden Rechtsordnungen, Moralvorstellungen und Religionen vertreten sind. Diese seit Beginn bestehende kulturelle Vielfalt und die Unterschiede im Menschenrechtsschutz wurden durch die EU-„Osterweiterung“ noch verstärkt. Die EMRK galt bei ihrer Unterzeichnung als „kleinster gemeinsamer Nenner“ unter den Vertragsstaaten.³²³ Ihre Umsetzung und Anwendung ist Aufgabe der Vertragsstaaten, die Letztentscheidungsbefugnis steht jedoch dem EGMR zu. Das Zugeständnis eines Spielraumes erlaubt dem EGMR eine Anpassung seiner Kontrolldichte je nach Fall. Die Lösung dieses Problems durch

³²⁰ Vgl. Kühne, Die Entscheidung des EuGHMR in Sachen *Öcalan*, JZ 2003, S. 670 (674).

³²¹ Wiederholte Rechtsprechung, vgl. anstatt vieler bereits EGMR, Urt. v. 09.10.1979 - 6289/73, Rn. 24 – Airey/Irland.

³²² Greve, Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des EGMR, ZaöRV 2001, S. 459 (467).

³²³ Arai-Takahashi, Margin of Appreciation and Principle of Proportionality, 2002, S. 3.

die Zuerkennung einer *margin of appreciation* ist sowohl im Einzelfall als auch grundsätzlich kritisiert worden. Ihr Ziel ist es, den internationalen Menschenrechtsschutz und die national unterschiedlichen Belange miteinander in Einklang zu bringen.

Eine eindeutige Definition der *margin of appreciation* durch den EGMR gibt es nicht. Jedoch lassen sich, unter Heranziehung der Literatur, verschiedene Funktionen der Doktrin herausarbeiten.³²⁴ Die Funktion und die Begründung der *margin of appreciation* stehen in einem nicht klar trennbaren Zusammenhang. Im Gegenteil: Grundsätze wie Souveränität, Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität durchziehen sowohl die Funktion und die Begründung als auch die Dogmatik und die Anwendung der *margin of appreciation*.

aa. Wie viel Spielraum lässt die *margin of appreciation* zu?

Von entscheidender Bedeutung ist nicht die Tatsache, dass den Vertragsstaaten ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird, sondern wie weit dieser bemessen ist.³²⁵ Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes lassen sich verschiedene Determinanten herausfiltern, welche für die Gewährung des Umfangs der *margin of appreciation* ausschlaggebend sind. Die letztlich einzelfallabhängige *margin of appreciation* rein abstrakt, also unabhängig von den Umständen des Einzelfalls zu erfassen, ist problematisch.³²⁶ Daher wird im folgenden Abschnitt ein Bezug zu weiteren Fällen des EGMR hergestellt. Der EGMR wendet häufig verschiedene Faktoren parallel an oder er macht seine Begründung, warum er einen Beurteilungsspielraum zugesteht, nicht öffentlich. Doch gerade weil der EGMR eine stringente und klare Abgrenzung gelegentlich vermissen lässt und die Determinanten zueinander in einer Wechselwirkung stehen, sollen sie nachfolgend möglichst differenziert dargestellt werden. Gleichzeitig ist die Darstellung nicht abschließend.

(1) Konsens innerhalb der Vertragsstaaten: Gemeinsame europäische Standards

Die Determinante „Konsens“ taucht häufig in den Urteilen auf.³²⁷ Bereits in *Handyside*³²⁸ und *Sunday Times*³²⁹ spielte das (mangelnde) Vorliegen eines gemeinsamen Standards in den Vertragsstaaten eine entscheidende Rolle. In diesem Kontext bedeutet Konsens nicht nur die Kongruenz zwischen den Rechtsordnungen der Staaten des Europarats, sondern auch eine solche hinsichtlich gesellschaftlicher und

³²⁴ Rupp-Swienty, Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 200.

³²⁵ Altwickler, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 245.

³²⁶ Rupp-Swienty, Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 136.

³²⁷ Aus der neueren Rechtsprechung: EGMR, Ur. v. 18.04.2011 - 30814/06, Rn.70 – Lautsi u.a./Italien.

³²⁸ EGMR, Ur. v. 07.12.1976 - 5493/72, Series A 24, Rn. 48 – *Handyside/Vereinigtes Königreich*.

³²⁹ EGMR, Ur. v. 26.04.1979 - 6538/74, Series A 30, Rn. 59 – *Sunday Times/Vereinigtes Königreich*.

kultureller Fragestellungen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs können sich die europäischen Standards aus den innerstaatlichen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten³³⁰, aus dem Völkerrecht, insbesondere dem regionalen europäischen Völkerrecht³³¹ und aus den Zielsetzungen der Mitgliedstaaten³³² ergeben.³³³ Die *margin of appreciation* eines Staates ist grundsätzlich umso enger gefasst, je mehr das Verhalten des Staates vom Konsens der Vertragsstaaten zum fraglichen Thema abweicht. Umgekehrt ist die *margin of appreciation* umso weiter gefasst, je weniger Konsens besteht.³³⁴ Im Vergleich zu den anderen Determinanten bildet der Konsens zwischen den Vertragsstaaten einen sehr objektiven Maßstab und ermöglicht gleichzeitig eine Rechtsfortbildung, die nicht von den vertragsstaatlichen Rechtsordnungen losgelöst erfolgt.³³⁵ Dieser komparative Ansatz lässt sich damit erklären, dass die EMRK nicht als „Aufbau“ gedacht ist, welcher den Vertragsstaaten von oben herab aufgezwungen wird, sondern als Regelwerk, welches sich aus dem gemeinsamen europäischen Erbe ergibt.³³⁶ Kritik erfährt dieser Ansatz zum einen, weil es weit komplizierter ist, eine gemeinsame europäische Rechtsauffassung festzustellen als es scheinen mag, zum anderen, weil es schwer ist zu determinieren, ab wann genau von einem gemeinsamen Verständnis ausgegangen werden kann und letztlich, weil die Ergebnisse des Vergleichs auf verschiedene Arten interpretiert werden können.³³⁷ Durch diese offensichtlichen Probleme bei der Anwendung dieser Methode werden die sonst mit ihr assoziierte Objektivität und Legitimität relativiert.

³³⁰ EGMR, Urt. v. 8.6.1976 - 5100/71, Series A 22, Rn. 72 – Engel u.a./Niederlande; EGMR, Urt. v. 26.04.1979 - 6538/74, Series A 30, Rn. 59 – Sunday Times/Vereinigtes Königreich.

³³¹ EGMR, Urt. v. 8.6.1976 - 5100/71, Series A 22, Rn. 72 – Engel u.a./Niederlande; EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 40 ff. – Cossey/Vereinigtes Königreich.

³³² EGMR, Urt. v. 28.05.1985 - 9214/80, Series A 94, Rn. 78 – Abdualiz u.a./Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 28.10.1987 - 8695/79, Series A 126, Rn. 41 – Inze/Österreich.

³³³ In EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 90 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich, ging der Gerichtshof noch weiter und bezog sich auf internationale Tendenzen. Kritisch *de la Rassailla del Moral*, *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*, GLJ 2006, S. 612 (618).

³³⁴ *Benvenisti*, *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, N.Y.U. J. Int'L L. & Pol. 1999, S. 843 (851).

³³⁵ *Rubel*, *Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des EGMR und EuGH*, 2005, S. 91.

³³⁶ *Bernhardt*, *Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum in: Bernhardt et. al. (Hrsg.), Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrecht Festschrift für Hermann Mosler*, 1983, S. 75 (80); *Brems*, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the ECtHR*, ZaöRV 1996, S. 240 (276, 300); vgl. auch die Präambel „European countries which are like-minded and have a common heritage of political traditions, ideals, freedom and the rule of law“. Zur Begründung ebenfalls herangezogen werden das Subsidiaritätsprinzip und Art. 38 Abs. 1 Buchst. c IGH Statut, welcher die allgemeinen Rechtsgrundsätze der zivilisierten Staaten im Völkerrecht grundsätzlich als Rechtsquelle anerkennt. Diesen völkerrechtlichen Grundsatz hat der Gerichtshof lediglich auf die Konvention übertragen, vgl. *Rupp-Swienty*, *Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des EGMR*, 1998, S. 164.

³³⁷ Vgl. *Gerards*, *Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation*, EJL 2011, S. 80 (109).

Die rechtsvergleichende Methodik wurde in verschiedenen Kontexten angewendet.³³⁸ In der Rechtsprechung des EGMR finden sich auch Ausnahmen dieses Ansatzes. Im Zusammenhang mit Moral³³⁹, Religion³⁴⁰ und Familienleben³⁴¹ hält der Gerichtshof einen gemeinsamen Konsens häufig nicht für feststellbar³⁴². Dies führt dazu, dass er, selbst wenn im fraglichen Bereich ein europäischer Standard zu existieren scheint, diesen unbeachtet lässt bzw. die Rechtsordnungen der Vertragsstaaten diesbezüglich nicht untersucht.³⁴³ Insbesondere hinsichtlich der Moral stellte der EGMR fest: „[It] varies from time to time and from place to place“³⁴⁴. In diesem Zusammenhang begründet der Gerichtshof seine Einschätzung der *margin of appreciation* ebenfalls häufig mit dem „better placed“ Argument der staatlichen Behörden.³⁴⁵ Besonders aufgrund seiner Auffassung, dass es keine einheitliche Moralauffassung in Europa gebe, wurde der Gerichtshof kritisiert, da es zumindest seine Aufgabe sei, eine solche zu entwickeln.³⁴⁶ Tatsächlich geht es hier jedoch um ein Grundproblem der *margin of appreciation*: Ist es Aufgabe des Gerichtshofs, eine einheitliche Gewährleistung der Menschenrechte zu garantieren oder der Subsidiarität des internationalen Menschenrechtsschutzes den Vorrang einzuräumen und sich so einem relativistischen Ansatz zu verschreiben?

(2) Der betroffene Schutzbereich

Bei der Diskussion über den Umfang der *margin of appreciation* argumentiert der Gerichtshof auch mit der Bedeutung eines Rechts, mit dem Wortlaut des Rechts oder damit, dass der Wesensgehalt eines Rechts betroffen ist.

³³⁸ *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the ECtHR, ZaöRV 1996, S. 240 (276–286). Z. B. auch bei der Bestimmung des Inhaltes autonomer Begriffe der Konvention und allgemein bei der evolutiven Auslegung der Konvention, vgl. *Rupp-Swienty*, Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 154; *Arai-Takahashi*, Margin of Appreciation and Principle of Proportionality, 2002, S. 216.

³³⁹ Zu Konsens und Moral: *Letsas*, A Theory of Interpretation of the ECHR, 2007, S. 92–98.

³⁴⁰ EGMR, Urt. v. 20.09.1994 - 13470/87, Series A 295 A, Rn. 50 – Otto-Preminger-Institut/Österreich; EGMR, Urt. v. 25.11.1996 - 17419/90, Rn. 58 – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

³⁴¹ EGMR, Urt. v. 18.12.1987 - 11329/85, Series A 128, Rn. 33 – F./Schweiz.

³⁴² EGMR, Urt. v. 07.12.1976 - 5493/72, Series A 24, Rn. 48 – Handyside/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 24.05.1988 - 10737/84, Series A 133, Rn. 35 – Müller u.a./Schweiz.

³⁴³ EGMR (GK), Urt. v. 16.12.2010 - 25579/05, Rn. 232, 236 ff. – A, B und C/Irland; *Rupp-Swienty*, Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 158.

³⁴⁴ EGMR, Urt. v. 07.12.1976 - 5493/72, Series A 24, Rn. 48 – Handyside/Vereinigtes Königreich.

³⁴⁵ EGMR, Urt. v. 25.11.1996 - 17419/90, Rn. 58 – Wingrove/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 07.12.1976 - 5493/72, Series A 24, Rn. 48 – Handyside/Vereinigtes Königreich.

³⁴⁶ *Rupp-Swienty*, Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 160.

(a) Die Bedeutung des Rechts

In seiner Rechtsprechung hat der Gerichtshof festgestellt, dass der Konvention zwei fundamentale Konzepte zu Grunde liegen: die Erhaltung und Förderung der Ideale und Werte einer demokratischen Gesellschaft³⁴⁷ sowie Würde und Freiheit des Menschen³⁴⁸. Je mehr der betroffene Aspekt eines Rechts zu diesen Konzepten zugehörig ist, desto wichtiger ist er. Entsprechend eng ist die zugestandene *margin of appreciation* und umso genauer erfolgt die Überprüfung von Eingriffen.³⁴⁹ Die Meinungs- und Pressefreiheit bspw. werden für eine Demokratie als besonders wichtig eingestuft.³⁵⁰ Wenn allerdings künstlerische oder moralische Meinungsäußerungen betroffen sind oder kommerzielle Werbung, ist der Beurteilungsspielraum weiter.³⁵¹ Zusätzlich zu diesen Rechten hat der Gerichtshof eine weitere Anzahl von Rechten hervorgehoben, welche für den Einzelnen eine essenzielle Bedeutung haben. Diesbezüglich hat er entschieden, dass Maßnahmen, welche die intimsten oder empfindlichsten Lebensbereiche betreffen, wie bspw. Sexualität³⁵², Identität³⁵³, Recht auf Leben oder das Folterverbot, stets sorgfältig hinsichtlich Angemessenheit und Sachlichkeit zu untersuchen sind.³⁵⁴

(b) Der Wortlaut des Rechts

Fraglich ist, ob sich aus dem Wortlaut der Konvention, insbesondere der Schrankenziele der Art. 8–11 II EMRK Hinweise auf den Umfang der zu gewährenden *margin of appreciation* schließen lassen. Aus einem unbestimmten Wortlaut ließe sich eine weite *margin of appreciation* schließen. Ein präziser Wortlaut hingegen würde nur für eine sehr begrenzte *margin of appreciation* Raum lassen. Ein Blick auf die Rechtsprechung des EGMR führt zu einem uneinheitlichen Bild.³⁵⁵ Zwar zeigt die Rechtsprechung, dass der Umfang der Beurteilungsspielräume mit der Unbestimmtheit der Rechtsbegriffe wachsen kann, andererseits hat ein konkreter Wortlaut den

³⁴⁷ Für einen guten Überblick über die diesbezügliche Rechtsprechung, vgl. *EGMR*, Urte. v. 03.05.2007 - 1543/06, Rn. 61 ff. – Baczkowski u.a./Polen.

³⁴⁸ *EGMR*, Urte. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 65 – Pretty/Vereinigtes Königreich.

³⁴⁹ *Gerards*, Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation, *ELJ* 2011, S. 80 (112).

³⁵⁰ *EGMR*, Urte. v. 07.12.1976 - 5493/72, Series A 24, Rn. 49 – Handyside/Vereinigtes Königreich.; *EGMR*, Urte. v. 26.04.1979 - 6538/74, Series A 30, Rn. 65 – Sunday Times/Vereinigtes Königreich.; *EGMR*, Urte. v. 26.11.1991 - 13585/88, Series A 216, Rn. 60 – Observer und Guardian/Vereinigtes Königreich. Insoweit konzipiert der EGMR diese Grundrechte zumindest auch funktional.

³⁵¹ *Pellonpää*, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, *EuGRZ* 2006, S. 483 (484); *EGMR*, Urte. v. 25.11.1996 - 17419/90, Rn. 58 – Wingrove/Vereinigtes Königreich.

³⁵² *EGMR*, Urte. v. 22.10.1981 - 7525/76, Series A 45, Rn. 52 – Dudgeon/Vereinigtes Königreich, hierbei handelte es sich zwar um eine Frage der Moral, der EGMR hat aber dennoch eine strikte Kontrolle ausgeübt und eine Verletzung festgestellt mit dem Hinweis darauf, dass es sich um einen „most intimate aspect of private life“ handelt.

³⁵³ *EGMR*, Urte. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 71 – Pretty/Vereinigtes Königreich.

³⁵⁴ So hinsichtlich Sexualität und Identität auch: *Gerards*, Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation, *ELJ* 2011, S. 80 (113). In diesem Fall konzipiert der EGMR die Grundrechte autonom.

³⁵⁵ *Rubel*, Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des EGMR und EuGH, 2005, S. 44 f.

EGMR in anderen Fällen gerade nicht zu einer besonders intensiven Kontrolle veranlasst. Im Fall des Art. 15 EMRK, einem notstandsfesten Recht, ist der den Staaten zugestandene Spielraum sogar größer.³⁵⁶ Bei absoluten Rechten, die nicht einschränkbar sind, wird die Doktrin der *margin of appreciation* zwar so gut wie nie angewandt, doch auch hier gibt es Ausnahmen. Beim uneinschränkbareren Recht auf Bildung ist der Gerichtshof gewillt, einen Beurteilungsspielraum zuzugestehen.³⁵⁷

Der Wortlaut gibt insofern nur einen vagen Hinweis auf die im Einzelfall zu gewährende *margin of appreciation*. Seine Berücksichtigung bei der Auslegung ist jedoch wünschenswert, da dies Art. 31 Abs. 1 WVK entspricht und eine genaue Überprüfung von Maßnahmen unter dem Hinweis auf einen eindeutigen Wortlaut weniger kontrovers sein wird, da die Vertragsstaaten Verpflichtungen, welche sich unmittelbar aus dem Wortlaut ergeben, bewusst eingegangen sind.

(c) Wesensgehalt eines Rechts

Allgemein finden Natur und Intensität des staatlichen Eingriffs Berücksichtigung bei der Bestimmung des Umfangs des Beurteilungsspielraums. Das vollständige Verbot einer grundrechtsrelevanten Tätigkeit wird eher einer dichteren Kontrolle unterworfen als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt oder das Abhängigmachen von einem vorherigen Genehmigungsverfahren.³⁵⁸

Darüber hinaus ist die *margin of appreciation* eng, sofern die Essenz, also der Wesensgehalt eines Konventionsrechts, betroffen ist.³⁵⁹ Dies ist insbesondere bei Rechten der Fall, die keine ausdrücklichen Schranken, sondern nur implizite Schranken, enthalten und bei denen die Ausübung des Rechts besonders von staatlicher Regelung abhängt.³⁶⁰

Weiter kann der Wesensgehalt als äußerste Grenze des staatlichen Beurteilungsspielraums bezeichnet werden, denn Maßnahmen, welche die Substanz des Rechtes berühren, können nicht gerechtfertigt werden.³⁶¹ Die Frage außeracht lassend, wann genau der Wesensgehalt eines Rechtes berührt ist,³⁶² ist der „Wesensgehaltstest“

³⁵⁶ „Strictly required“ erinnert an „absolute necessary“ i.S.v. Art. 2 Abs. 2 EMRK und würde für eine strenge Überprüfung sprechen, so auch: *Grabenwarter*, EMRK, S. 132 Rn. 21; *Rupp-Swienty*, Doktrin der *margin of appreciation* in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 147.

³⁵⁷ *EGMR*, Ur. v. 18.04.2011 - 30814/06, Rn. 69 – Lautsi u.a./Italien.

³⁵⁸ *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 247.

³⁵⁹ *EGMR (GK)*, Ur. v. 10.04.2007 - 6339/05, Rn. 77 – Evans/Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Ur. v. 04.12.2008 - 30562/04, 30566/04, Rn. 102 – S und Marper/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Ur. v. 18.12.1987 - 11329/85, Series A 128, Rn. 40 – F./Schweiz; auf den Wesensgehalt bezugnehmend und deswegen die vorgesehene nachträgliche Kontrolle als nicht ausreichend beurteilend: *EGMR*, Ur. v. 14.09.2010 - 38224/03, Rn. 91 – Sanoma Uitgevers B.V./Niederlande.

³⁶⁰ *Rupp-Swienty*, Doktrin der *margin of appreciation* in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 171 f.

³⁶¹ Häufig verwendet der EGMR diesen „Wesensgehaltstest“ in Fällen bzgl. des Rechts auf Heirat und Familiengründung, Erziehung, freie Wahlen und Recht auf Zugang zu den Gerichten, vgl. *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the ECtHR, *ZaöRV* 1996, S. 240 (289 f.).

³⁶² Unterscheide absolute und relative Wesensgehaltstheorie.

grundsätzlich ein hilfreiches Konzept, welches jedoch noch nicht stark zum Tragen gekommen ist. Dies könnte u.a. daran liegen, dass sich zum einen ein Großteil der Streitigkeiten auf Rechte bezieht, die Schrankenvorbehalte haben (und hier andere durchdachte Methoden bestehen) und sich zum anderen die europäischen Staaten über den Wesensgehalt der Menschenrechte der Konvention einig sind.³⁶³

(3) Das mit dem Eingriff verfolgte Interesse

Die Schrankenregelungen der Art. 8–11 Abs. 2 EMRK, Art. 1 1. Zusatzprotokoll, Art. 2 4. Zusatzprotokoll enthalten abschließende Aufzählungen von Zielen, die bei einem Eingriff in eines der Konventionsrechte verfolgt werden dürfen. Diese Eingriffsziele könnten der Bestimmung des Umfangs einer *margin of appreciation* dienen.³⁶⁴

Für die Reichweite entscheidend ist laut Gerichtshof u.a. die Objektivität des Eingriffsziels und damit die Möglichkeit einer eindeutigen, widerspruchsfreien Auslegung dessen: Denn je objektiver das Ziel und je eher eine objektive Nachprüfung möglich ist, desto mehr verengen sich die staatlichen Beurteilungsspielräume.³⁶⁵ Diese Argumentation stößt jedoch auf die gleichen Probleme, wie oben im Zusammenhang mit dem Wortlaut der Konvention erläutert, denn die Objektivität eines Eingriffsziels in Abgrenzung zu anderen Eingriffszielen ist abstrakt kaum bestimmbar. Des Weiteren verwandte der Gerichtshof in seinen Urteilen *Worm* und *Sunday Times* zur Auslegung des Eingriffsziels das letztlich primär ausschlaggebende Konsens-Kriterium.³⁶⁶

Weitere wesentliche Eingriffsziele sind der Schutz der nationalen und öffentlichen Sicherheit, Aufrechterhaltung der Ordnung, Schutz der Moral und das Allgemeininteresse. Doch auch bezüglich dieser Ziele haben Untersuchungen der Rechtsprechung ergeben, dass sie meist nur einen ungefähren Hinweis auf den Umfang der *margin of appreciation* geben; dieser hängt letztlich vor allem von Kriterien wie dem Konsens, der Sachnähe oder der Bedeutung des Rechts für die Demokratie ab. Positive Verpflichtung oder Eingriff

Ein grundsätzlicher Ansatz zur Bestimmung des Spielraumes ist die Differenzierung zwischen positiven Verpflichtungen oder Gewährleistungspflichten und Eingriffen. Da das System der EMRK durch Subsidiarität geprägt ist, kann es nicht

³⁶³ *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the ECtHR, ZaöRV 1996, S. 240 (290).

³⁶⁴ *van Dyk/van Hoof*, Theory and Practice of the ECHR, 3. Aufl. 1998, S. 89. „The domestic *margin of appreciation* is not identical as regards each of the aims listed“ seit *EGMR*, Urt. v. 26.04.1979 - 6538/74, Series A 30, Rn. 59 – *Sunday Times/Vereinigtes Königreich*, mehrfach wiederholt. Bspw.: *EGMR*, Urt. v. 22.10.1981 - 7525/76, Series A 45, Rn. 52 – *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*; *EGMR*, Urt. v. 29.08.1997 - 22714/93, Rn. 49 – *Worm/Österreich*.

³⁶⁵ *EGMR*, Urt. v. 22.10.1981 - 7525/76, Series A 45, Rn. 59 – *Dudgeon/Vereinigtes Königreich*; *EGMR*, Urt. v. 29.08.1997 - 22714/93, Rn. 49 – *Worm/Österreich*.

³⁶⁶ *Rubel*, Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des EGMR und EuGH, 2005, S. 63; *Rupp-Swienty*, Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 151 f.

Aufgabe des EGMR sein, detailliert vorzuschreiben, was der einzelne Staat tun soll. Eine Freiheit bei der Wahl der Mittel wird vor allem dort gewährt, wo die Erfüllung positiver Verpflichtungen die Finanzplanung und damit die Notwendigkeit von Prognoseentscheidungen berührt, sodass das Budgetrecht der nationalen Parlamente gewahrt bleibt.³⁶⁷ Folglich haben Konventionsstaaten bei Gewährleistungspflichten einen weiteren Gestaltungsspielraum als bei Eingriffen.³⁶⁸ Die so gewährte *margin of appreciation* fungiert zudem als Kompensation für die Ausweitung der Kompetenzen des EGMR, die aus der Anerkennung positiver Pflichten der Vertragsstaaten an sich folgt. Die staatliche Festlegung von Voraussetzungen, um eine rechtliche Geschlechtsänderung zu erhalten kann sowohl als Eingriff (*negative obligation/interference*) als auch als möglicher Verstoß gegen eine positive Pflicht (*positive obligation*) verstanden werden.

(4) Natur der Sache

Oft gewährt der Gerichtshof den Staaten eine weite *margin of appreciation*, weil sie sich in einer besseren Position befinden, um die Notwendigkeit, Geeignetheit oder allgemein die Angemessenheit einer Einschränkung der Rechte zu beurteilen.³⁶⁹ Aufgrund ihrer Nähe zum Geschehen können sie besser einschätzen, ob die Voraussetzungen des betroffenen Artikels vorliegen und ob die durch den Staat ergriffene Maßnahme davon erfasst ist. Manche Richter vertreten sogar die Ansicht, das „better placed“ Argument sollte der einzige Faktor sein, der bei der Beurteilung der *margin of appreciation* zu berücksichtigen ist.³⁷⁰

Das Argument ist von besonderer Relevanz hinsichtlich Maßnahmen, die auf komplexen sozialen oder wirtschaftlichen Einschätzungen basieren oder solche in Bezug auf besonders sensible bzw. schwierige Themen.³⁷¹ Dies rührt zum einen daher, dass (internationale) Gerichte nicht so gut ausgestattet sind wie nationale administrative und legislative Institutionen und zum anderen die nationalen

³⁶⁷ *Rupp-Swienty*, Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des EGMR, 1998, S. 195.

³⁶⁸ *Pellonpää*, Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen, EuGRZ 2006, S.483 (485 f.); *EGMR*, Urt. v. 21.06.1988 - 10126/82, Series A 139, Rn. 34 – Plattform „Ärzte für das Leben“/Österreich; *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, 2011, S. 243; anders *Brems*, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the ECtHR, ZaöRV 1996, S. 240 (247) und *Drjige*, Positive Verpflichtungen, 2003, S. 367 ff.

³⁶⁹ *EGMR*, Urt. v. 07.12.1976 - 5493/72, Series A 24, Rn. 48 – Handyside/Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Urt. v. 12.04.2006 - 65731/01, 65900/01, Rn. 52 – Stec u.a./Vereinigtes Königreich.

³⁷⁰ Abweichende Meinung des Richters Rozakis in *EGMR*, Urt. v. 16.04.2009 - 34438/04 – Egeland und Hanseid/Norwegen.

³⁷¹ Insb. bei Fällen zum Schutz der Moral fällt das „better placed“ Argument häufig in einem Atemzug mit dem Konsens-Prinzip. Gerade weil kaum ein Konsens besteht, hält der Gerichtshof die Staaten für tauglicher, eine Einschätzung zu treffen. Vgl. *EGMR (GK)*, Urt. v. 1.11.2005 - 44774/98, Rn. 109 – Leyla Sahin/Türkei; *EGMR (GK)*, *Evans*/Vereinigtes Königreich, Fn. 106, Rn. 77; *EGMR*, Urt. v. 04.12.2008 - 27058/05, Rn. 63 – Dogru/Frankreich.

Behörden, bspw. bei Immigrationsfragen, einen deutlich näheren Bezug zum fraglichen Bereich haben und Dringlichkeit sowie Ressourcen besser einschätzen können.³⁷²

bb. Wechselwirkung der Faktoren

Aus der bisherigen Untersuchung ergibt sich, dass die Faktoren nicht strikt voneinander getrennt betrachtet werden können. Der EGMR selbst erkennt an, dass verschiedene Faktoren zu berücksichtigen sind.³⁷³ Folglich beschäftigt sich der folgende Abschnitt mit der Wechselwirkung verschiedener Faktoren.

(1) Mosley

Ein aktuelles Beispiel einer Situation, in der verschiedene Faktoren aufeinander treffen, ist das *Mosley* Urteil.³⁷⁴ Es betrifft die Frage, ob Art. 8 EMRK zwingend fordert, die Betroffenen von Berichterstattungen vorher zu informieren, um ihnen so effektiven Rechtsschutz zu ermöglichen. In einem eigenen Prüfungspunkt zur *margin of appreciation* stellt der Gerichtshof zunächst fest, dass Großbritannien eine weite *margin of appreciation* zusteht, weil es um eine positive Pflicht des Staates aus Art. 8 EMRK geht, weil Mosley nicht Schutz vor dem Staat, sondern von dem Staat suchte.³⁷⁵ Außerdem ist der Wortlaut des Art. 8 EMRK unklar formuliert, was darauf hindeutet, dass der Begriff in unterschiedlichen Kontexten unterschiedliche Bedeutung haben kann. Dies spricht wiederum für eine weite *margin of appreciation*.³⁷⁶ Der EGMR führt an, dass die *margin of appreciation* eigentlich verengt werden müsse, da die Publikation von intimen Details aus dem sexuellen Privatleben des Klägers handele, also ein für das Individuum besonders wichtiger Bereich betroffen ist.³⁷⁷ Allerdings sei dieser Gedanke abzulehnen, da Mosley vorliegend nicht prinzipiell eigene Rechte verteidigt, sondern eine generelle „pre-notification rule“ fordert.³⁷⁸ Im dritten Abschnitt berücksichtigt der EGMR die Möglichkeit eines Konsenses innerhalb der EMRK-Staaten. Dieser würde, wie oben dargestellt, zu einer Verkleinerung der *margin of appreciation* führen. Er stellt jedoch fest, dass sofern ein Konsens ersichtlich ist, dieser vielmehr in Ablehnung eines „pre-notification requirement“ besteht.³⁷⁹ Durch die Nichtanerkennung von Faktoren, welche die *margin of*

³⁷² *Gerards*, Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation, ELJ 2011, S. 80 (110).

³⁷³ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.12.2010 - 25579/05, Rn. 232 – A, B und C/Irland.

³⁷⁴ *EGMR*, Urt. v. 10.05.2011 - 48009/08, Rn. 108–110, 122–124 – Mosley/Vereinigtes Königreich.

³⁷⁵ *EGMR*, Urt. v. 10.05.2011 - 48009/08, Rn. 108, 111, 122 – Mosley/Vereinigtes Königreich.

³⁷⁶ *EGMR*, Urt. v. 10.05.2011 - 48009/08, Rn. 108 – Mosley/Vereinigtes Königreich.

³⁷⁷ *EGMR*, Urt. v. 10.05.2011 - 48009/08, Rn. 109 – Mosley/Vereinigtes Königreich.

³⁷⁸ *EGMR*, Urt. v. 10.05.2011 - 48009/08, Rn. 121, 123 – Mosley/Vereinigtes Königreich. Die Auswirkungen einer generellen Verständigungspflicht vor Veröffentlichung privater Informationen auf die Freiheit der Meinungsäußerung wären immens: „In particular, its implications for freedom of expression are not limited to the sensationalist reporting at issue in this case but extend to political reporting and serious investigative journalism.“

³⁷⁹ *EGMR*, Urt. v. 10.05.2011 - 48009/08, Rn. 110, 124 – Mosley/Vereinigtes Königreich.

appreciation hätten schrumpfen lassen, war es dem EGMR möglich, vorliegend zu einem eindeutigen Ergebnis zu kommen und einen weiten Beurteilungsspielraum zuzuerkennen.

(2) Das Urteil *A, B und C*

Wie genau die verschiedenen Faktoren aber zueinander im Verhältnis stehen, wenn beispielsweise ein wichtiges Recht besonders stark betroffen ist, in einem Kontext, für den kein Konsens besteht, wurde vom Gerichtshof bisher nicht klargestellt.³⁸⁰ Teilweise wird bezweifelt, ob überhaupt ein Maßstab besteht, der dem Gerichtshof dabei hilft zu entscheiden, wenn verschieden Determinanten in unterschiedliche Richtungen zeigen.³⁸¹ Wenn der EGMR einem solchen Dilemma gegenübersteht, tendiert er dazu, keine Wahl zu treffen. Er zählt verschiedene Faktoren auf, nur um dann den Fall weiter zu prüfen, ohne bezüglich des Umfangs der *margin of appreciation* und der daraus folgenden Prüfungsintensität Klarheit zu schaffen.³⁸² Im Urteil *A, B und C* hingegen traf der Gerichtshof eine Entscheidung über den Umfang der *margin of appreciation*.

Der Fall befasste sich mit der Abtreibung nach irischem Recht.³⁸³ Die erste und zweite Beschwerdeführerin rügten, dass durch den Zwang zur Vornahme einer Abtreibung im Ausland ihre Konventionsrechte in unverhältnismäßiger Weise beschränkt würden. Die dritte Beschwerdeführerin war an Krebs erkrankt und befürchtete, dass die Schwangerschaft das Risiko eines erneuten Ausbruchs der Krankheit erhöhen würde und sie keine ausreichende medizinische Versorgung erhalten würde.³⁸⁴

Hinsichtlich des Beurteilungsspielraums der Vertragsstaaten hatte der Gerichtshof erkannt, dass verschiedene Faktoren zu berücksichtigen waren und ging erst einmal dazu über, diese darzustellen.³⁸⁵ Zunächst lässt er keine Zweifel daran, dass grundsätzlich von einer weiten *margin of appreciation* auszugehen sei, da es sich bei der Frage des Rechts auf Abtreibung um eine moralische und ethische Problematik

³⁸⁰ *Hutchinson*, The Margin of Appreciation Doctrine in the ECtHR, ICLQ 1999, S. 638 (641).

³⁸¹ *Gerards*, Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation, ELJ 2011, S. 80 (114).

³⁸² Ein wichtiges Bsp. ist *EGMR (GK)*, Ur. v. 08.07.2003 - 36022/97, Rn. 101, 129 – Hatton/ Vereinigtes Königreich. Obwohl ein großer Teil des Urteils sich damit beschäftigt die verschiedenen Faktoren zu identifizieren, gelangte der Gerichtshof zu keiner Entscheidung hinsichtlich des Prüfungsumfanges; weiteres Bsp. *EGMR*, Ur. v. 25.11.2008 - 36919/02, Rn. 38 ff. – Armonienė/Litauen.

³⁸³ In Irland ist die Vornahme von Abtreibungen weitgehend verboten. Eine Reise ins Ausland, um dort eine Abtreibung vornehmen zu lassen, ist inzwischen jedoch möglich. Eine Ausnahme vom strengen Abtreibungsrecht besteht nach der Rechtsprechung des irischen Supreme Court, wenn ein reales und erhebliches Risiko für das Leben, im Unterschied zur Gesundheit, der Mutter besteht und diese Gefahr nur durch Beendigung der Schwangerschaft beseitigt werden kann.

³⁸⁴ Während es bei den ersten beiden Beschwerdeführerinnen um die negative Pflicht aus Art. 8 EMRK zur Unterlassung von Eingriffen geht, betrifft die Beschwerde der dritten Beschwerdeführerin positive Schutzverpflichtungen.

³⁸⁵ *EGMR (GK)*, Ur. v. 16.12.2010 - 25579/05, Rn. 232 – A, B und C/Irland.

handelt.³⁸⁶ Anschließend widerspricht der EGMR dem Vorbringen der irischen Regierung, dass es in Europa keinen Konsens in Abtreibungsfragen gebe. Im Gegenteil unterstreicht der Gerichtshof, dass eine beträchtliche Mehrheit der Europaratsstaaten in den Fällen der ersten beiden Beschwerdeführerinnen eine Abtreibung zugelassen hätte.³⁸⁷ Gleichwohl geht die Große Kammer nicht davon aus, dass der beschriebene Konsens zu einer Reduzierung des Beurteilungsspielraums des nationalen Gesetzgebers in Abtreibungsfragen führt.³⁸⁸ Kein Konsens bestehe nämlich hinsichtlich der Frage, ob der Fötus als Träger des Rechts auf Leben anzuerkennen sei und dies müsse auch einen Einfluss auf die *margin of appreciation* im vorliegenden Fall haben.³⁸⁹ Folglich sei nicht auszuschließen, dass sich das aus Art. 2 EMRK ableitbare Recht des Kindes auf Leben und die aus Art. 2 und 8 EMRK ableitbaren Rechte der schwangeren Mutter grundsätzlich unvereinbar gegenüber stünden. Bei einem derartigen Grundrechtskonflikt will der EGMR einen sich herausbildenden einheitlichen europäischen Ansatz nicht als entscheidenden Faktor anerkennen, um einen gerechten Ausgleich zu finden, sondern dem Staat eine weite *margin of appreciation* zugestehen.

Diese Schlussfolgerung wird allerdings nicht von allen Richtern geteilt. Dem Urteil ist eine gemeinsame teilweise abweichende Meinung von sechs Richtern beigefügt. Diese Richter stellen zunächst fest, dass die Problemstellung vor dem Gericht eben gerade nicht die Frage war, wann das Leben beginnt, sondern ob das Recht des Fötus auf Leben und die Rechte der Mutter in einen Ausgleich gebracht werden können. Die Antwort auf dieses Problem halten sie für offensichtlich: Mit unbestreitbarem deutlichen Konsens, unabhängig von der Antwort auf die wissenschaftliche, religiöse und philosophische Frage des Beginn des Lebens, wird in den europäischen Staaten das Recht der Mutter als wertvoller erachtet.³⁹⁰ Sie weisen außerdem darauf hin, dass die *harmonising role* der Rechtsprechung zur Konvention eine ihrer wichtigsten Aufgaben ist und nur dann zurückstehen muss, wenn innerhalb der Staaten hinsichtlich des Schutzes eines Menschenrechts wesentlich voneinander abweichende Ansätze bestehen. Vorliegend besteht jedoch eine besonders deutliche Einigkeit. Warum nun ausnahmsweise die Annahme, dass die irische Bevölkerung tiefgreifende moralische Ansichten inne hat, dem übergeordnet werden soll, bleibt offen und stellt für die abweichenden Richter „a real and dangerous new departure in the Court’s case-law“ dar. Gerade im direkten Vergleich zu anderen Urteilen erscheint diese Entscheidung des EGMR inkohärent. Während in *Goodwin*

³⁸⁶ EGMR (GK), Urt. v. 16.12.2010 - 25579/05, Rn. 233 – A, B und C/Irland.

³⁸⁷ EGMR (GK), Urt. v. 16.12.2010 - 25579/05, Rn. 235 – A, B und C/Irland.

³⁸⁸ EGMR (GK), Urt. v. 16.12.2010 - 25579/05, Rn. 236 – A, B und C/Irland.

³⁸⁹ EGMR (GK), Urt. v. 16.12.2010 - 25579/05, Rn. 237 – A, B und C/Irland.; EGMR (GK), Urt. v. 08.07.2004 - 53924/00, Rn. 84 ff. – Vo/Frankreich.

³⁹⁰ Rn. 2 der gemeinsamen teilweise abweichenden Meinung der Richter *Rozakis/Tulkens/Fura/Hirvelä/Malimverni/Poalelungi* in EGMR (GK), Urt. v. 16.12.2010 - 25579/05 – A, B und C/Irland.

bereits ein Trend als ausreichend und ausschlaggebend galt, fand bei *A, B und C* ein überragender Konsens keinerlei Berücksichtigung.

Ob diese Entscheidung eine grundlegende ist und den Staaten in Zukunft in Fragen der Moral und Ethik, unabhängig von einem sich herausbildenden Konsens stets eine Form von „Bestandsschutz“ zugestanden wird, ist abzuwarten und steht im Zusammenhang zur grundlegenden Kritik an der *margin of appreciation* und der nicht einheitlich beurteilten Aufgabe des EGMR.

d. Interpretation durch soft law: Dokumente des Europarates

Innerhalb des Systems des Europarats gibt es verschiedene Arten von Dokumenten. Im Folgenden sollen diejenigen dargestellt werden, die auch vom EGMR in seiner Rechtsprechung (zur Transsexualität) berücksichtigt werden.

Dem Ministerkomitee und der Parlamentarischen Versammlung kommen unterschiedliche Aufgaben zu. Das Ministerkomitee repräsentiert mit seinen Entscheidungen den Europarat auch nach außen, während die Parlamentarische Vollversammlung grundsätzlich als beratendes Organ konzipiert wurde. Art. 15 der Satzung des Europarats betont die Fassung von Beschlüssen (*conclusion*) durch das Ministerkomitee als dessen Aufgabe, wobei diese in Form von Empfehlungen (*recommendations*) an Regierungen ergehen können. Der Parlamentarischen Versammlung wird in Art. 23 der Satzung eine weitreichende Empfehlungskompetenz zugestanden. Aufgrund der Möglichkeit gegenüber dem Ministerkomitee initiativ tätig zu werden, wird die Parlamentarische Versammlung auch als „Motor des Europarats“ bezeichnet, auch wenn sich diese Empfehlungen an das Ministerkomitee richten.³⁹¹ Mangels Bindungswirkung liegt die Entscheidung, ob diese Empfehlungen berücksichtigt werden beim Ministerkomitee.³⁹² In der Praxis antwortet jedoch das Ministerkomitee auf eine Empfehlung.

Die Anforderungen an die jeweilige Handlungsform unterscheiden sich. Für eine Empfehlung des Ministerkomitees wird in Art. 20 der Satzung Einstimmigkeit der abgegebenen Stimmen und eine Zweidrittelmehrheit der gesamten Mitglieder verlangt. Mit dieser Voraussetzung wird die Bedeutung eines Grundkonsenses zum Ausdruck gebracht und eine direkte Verbindung zur Feststellung eines Europäischen Standards im Sinne der *living-instrument-doctrine* begründet.³⁹³ Für die Entschlüsse der Parlamentarischen Versammlung sind die Mehrheitserfordernisse in Art. 29 und 30 geregelt. Einstimmigkeit wird nicht vorausgesetzt, sondern allenfalls eine Zweidrittelmehrheit.

Neben den in der Satzung vorgesehenen Beschlüssen erlässt die Parlamentarische Versammlung seit den 1950er Jahren auch Beschlüsse in Form von Resolutionen

³⁹¹ Vgl. *Klocke*, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, EuR 2015, S. 148 (156).

³⁹² *Wittinger*, Der Europarat, 2005, S. 141.

³⁹³ *Klocke*, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, EuR 2015, S. 148 (156).

(*resolutions*). Diese richten sich unmittelbar an die Mitgliedstaaten, erfordern aber nur eine einfache Mehrheit. Entsprechend wird in der Praxis auf sie zurückgegriffen, wenn eine Empfehlung an der Zweidrittelmehrheit scheitern könnte.³⁹⁴ Mangels direkter Erwähnung in der Satzung wird diese Handlungsform dogmatisch auf eine Weiterentwicklung von Art. 22 der Satzung gestützt, da die Vorlage an das Ministerkomitee in diesem Fall entfällt.³⁹⁵

Auf diese Dokumente stützt sich der EGMR, wenn es darum geht festzustellen, ob ein Grundkonsens der Mitgliedstaaten anzunehmen ist und ordnet sie daher der *living-instrument-doctrine* zu. Die Verwertung ist jedoch von Urteil zu Urteil unterschiedlich.³⁹⁶ Teilweise werden sie vom EGMR nur ergänzend herangezogen und er sichert sich nur argumentativ ab.³⁹⁷ Ebenso wird eine fehlende Empfehlung durch das Ministerkomitee als Zeichen für das Fehlen eines Europäischen Konsenses gedeutet.³⁹⁸

Klocke betont den Stellenwert dieser Rechtserkenntnisquellen, die Zitierweise bei eindeutigen Vorgaben lege es nahe, dass der Gerichtshof den Dokumenten einen seinen eigenen Urteilen vergleichbaren Rang einräume.³⁹⁹ *Badenhop* begründet dies mit der Einordnung der EMRK in den Kreis des Vertragsrechts des Europarats und der Notwendigkeit Widersprüche zu vermeiden.⁴⁰⁰ Bedeutsam erscheint auch *Klocke's* Anmerkung, dass die Methode selbst noch nie in einer abweichenden Stellungnahme der Richter vollständig abgelehnt wurde.⁴⁰¹

Die Bedeutung der Empfehlungen des Ministerkomitees liegt, mangels Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten, auch allgemeiner in der Bewusstseinsbildung.⁴⁰² Beispielsweise fand 1993 ein Kolloquium des Generalsekretärs des Europarats zum Thema „Transsexualism, medicine and law“ statt, die Debatte wurde in einem Tagungsband festgehalten⁴⁰³, führte jedoch zu keiner Initiative des Ministerkomitees.

³⁹⁴ Vgl. *Wittinger*, Der Europarat, 2005, S. 142.

³⁹⁵ Vgl. *Wittinger*, Der Europarat, 2005, S. 142 m.w.N.

³⁹⁶ *Klocke*, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, EuR 2015, S. 148 (158).

³⁹⁷ Bspw. *EGMR*, Urt. v. 26.06.2014 - 39428/12, Rn. 57 – Gablishvili/Russland.

³⁹⁸ *EGMR* (GK), Urt. v. 22.04.2013 - 48876/08, Rn. 123 – Animal Defenders International/Vereinigtes Königreich.

³⁹⁹ *Klocke*, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, EuR 2015, S. 148 (158); unter Verweis auf *EGMR* (GK), Urt. v. 07.02.2012 - 40660/08, 60641/08, Rn. 110 – von Hannover/Deutschland No. 2.

⁴⁰⁰ *Badenhop*, Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2010, S. 78.

⁴⁰¹ *Klocke*, Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, EuR 2015, S. 148 (158).

⁴⁰² *Greif*, Doing Trans/Gender, 2005, S. 62.

⁴⁰³ Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995.

III. Grundrechte-Charta und EuGH

Das Verhältnis zwischen dem Europäischen Gerichtshof und dem deutschen Bundesverfassungsgericht wird sowohl in der Literatur als auch zwischen den Gerichten besonders stark diskutiert.

Vom Schuman-Plan über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl von 1952 kam es zunächst 1958 zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und zur Europäischen Atomgemeinschaft (Römische Verträge). Inhaltlich ging es um die Errichtung eines gemeinsamen Binnenmarktes und eine gemeinsame Wettbewerbspolitik. Erst mit dem Vertrag von Nizza 2001 erfolgte die Ausarbeitung einer Grundrechtecharta für die Europäische Union, welche die bisher ungeschriebenen aber vom EuGH entwickelten Grundrechte in Form eines Katalogs verschriftlichen sollte.

Obwohl die EU mit dem Ziel eines gemeinsamen Binnenmarktes und einer gemeinsamen Wettbewerbspolitik begann, sollte auch sie noch vor der Einführung der Grundrechtecharta mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon 2009 die Entwicklung der Rechte von Transsexuellen prägen.

1. Organe und Rechtsquellen

Ebenso wie das GG und die EMRK sind die Grundrechte und -freiheiten der EU Teil eines vielschichtigen institutionellen Systems. Vorliegend ist neben den Rechtsquellen vor allem der EuGH als Rechtsprechungsorgan von Bedeutung.

a. *Gewalten*

aa. Überblick

Die allgemeine politische Richtung der EU gibt der Europäische Rat vor. Dieser verfügt jedoch über keine gesetzgebende Gewalt. Unter Leitung des Ratspräsidenten treffen die Staats- und Regierungschefs der EU-Länder und der Kommissionspräsident mindestens zwei Mal alle sechs Monate für einige Tage zusammen.

Die Rechtsetzungsgewalt ist auf drei Organe verteilt.⁴⁰⁴ Das Europäische Parlament soll die europäischen Bürgerinnen und Bürger vertreten und wird von ihnen direkt gewählt. Im Rat der Europäischen Union sind die Regierungen der einzelnen Mitgliedsländer vertreten, der Ratsvorsitz wird von den einzelnen Mitgliedstaaten im Turnus übernommen. Die Europäische Kommission vertritt die Interessen der EU insgesamt. Gemeinsam entwickeln diese drei Institutionen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren die politischen Strategien und Rechtsvorschriften, die in der gesamten EU Anwendung finden. Die Kommission schlägt dabei neue Rechtsvorschriften vor und Parlament und Rat verabschieden diese. Die Umsetzung obliegt dann der Kommission und der Mitgliedstaaten. Die Kommission stellt außerdem

⁴⁰⁴ Zum Folgenden: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_de (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

die ordnungsgemäße Anwendung und Umsetzung, der Rechtsvorschriften in den EU-Ländern sicher.

bb. Der EuGH

Dem Europäischen Gerichtshof ist anzuerkennen, dass sich dank seiner Verdienste, die Europäische Gemeinschaft nicht nur zu einer politischen und wirtschaftlichen, sondern zugleich zu einer Rechtsgemeinschaft entwickelt hat.⁴⁰⁵ Aufgabe des Gerichtshofs ist es durch Auslegung und Anwendung der Gemeinschaftsverträge das Gemeinschaftsrecht zu wahren, Art. 19 I 2 EUV. Teil der Kontrollaufgabe ist es zu überwachen, ob die Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten der Europäischen Union im Einklang mit den Verträgen handeln – welche eine Art Verfassungsurkunde der Gemeinschaft darstellen.⁴⁰⁶ Ihm ist auch die Wahrung der Grundrechte der Charta auferlegt, welche Teil „der Verträge“ sind (vgl. C III 2 b aa). Aus jedem der Mitgliedstaaten wird ein Richter für eine Amtszeit von sechs Jahren gewählt. Tagen tut der EuGH nach Art. 251 AEUV in der Zusammensetzung als Kammer, große Kammer oder auch als Plenum. Anders als beim EGMR ist nicht stets ein Richter des betroffenen Mitgliedstaates beteiligt. Dies kann im Einzelfall dazu führen, dass nationale Besonderheiten nicht ausreichend gewürdigt werden. Ein Individualbeschwerdeverfahren, wie die Verfassungsbeschwerde, ist nicht vorgesehen. Der Schutz der Bürger wird in der Regel erreicht, indem nationale Gerichte dem EuGH Verfahren vorlegen die eine europarechtliche Frage betreffen. Das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV wird auch für die Auslegung der GR-Charta primären Ausgangspunkt bilden. Im geringeren Umfang ist der europäische Grundrechtsschutz auch im Rahmen der Vertragsverletzungsverfahren zwischen den Mitgliedstaaten denkbar.

b. Rechtsquellen

Die Rechtsquellen des Europarechts lassen sich in das primäre und sekundäre Unionsrecht untergliedern.

aa. Primäres Unionsrecht

Das primäre Unionsrecht meint die Vertragstexte, also den Vertrag über die Europäische Union, den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union sowie die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, welche als den Verträgen gleichrangig behandelt wird (vgl. Art. 6 EUV⁴⁰⁷). Eine Ergänzung erhalten die Ver-

⁴⁰⁵ *Schwarze*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 220 EGV Rn.3; zustimmend *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2914).

⁴⁰⁶ Vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2914).

⁴⁰⁷ Vertrag über die Europäische Union i.d.F. des Vertrags von Lissabon (EUV), 13.12.2007 (ABl. Nr. C 306 S. 1, ber. ABl. 2008 Nr. C 111 S. 56, ABl. 2009 Nr. C 290 S. 1, ABl. 2011 Nr. C 378 S. 3),

träge durch das ungeschriebene Primärrecht. Um Lücken zu schließen, entwickelte der EuGH allgemeine Rechtsgrundsätze.

bb. Sekundäres Unionsrecht

Unter „sekundärem Unionsrecht“ versteht man die Rechtsakte der Unionsorgane, die aufgrund der Unionsverträge oder aufgrund einer Ermächtigung durch einen anderen Rechtsakt erlassen worden sind. In Art. 288 AEUV⁴⁰⁸ werden die verschiedenen Formen genannt: Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse sowie Empfehlungen und Stellungnahmen. Aufgrund ihrer allgemeinen Geltung und Verbindlichkeit in ihrem vollen Umfang sind Verordnungen der EU am ehesten mit nationalen innerstaatlichen Gesetzen vergleichbar. Sie gelten in allen Mitgliedstaaten unmittelbar, also ohne dass es eines nationalen Umsetzungsgesetzes bedarf. Richtlinien hingegen sind nur hinsichtlich ihres Ziels verbindlich und richten sich an die Mitgliedstaaten bzw. den nationalen Gesetzgeber unter Setzung einer Umsetzungsfrist. Damit sind sie das klassische Instrument für die Harmonisierung des innerstaatlichen Rechts durch inhaltliche Angleichung. Beschlüsse können adressatenbezogen oder adressatenlos ergehen und sind in all ihren Teilen verbindlich. Empfehlungen und Stellungnahmen haben hingegen keine rechtliche Verbindlichkeit. Sie sind allerdings von innerstaatlichen Gerichten zu berücksichtigen, wenn sie Aufschluss über die Auslegung von Unionsrecht und den Inhalt von unionsrechtlichen Regelungen haben können.⁴⁰⁹

cc. Relevante Rechtsquellen

Die Anordnung des Unionsrechts an einem supranationalen Platz zwischen dem Recht der Mitgliedstaaten und dem traditionellen Völkerrecht ergibt sich vor allem aus der Tatsache, dass „seine Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind. Das von der Gesetzgebung unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen.“⁴¹⁰ In den Anfangsjahren waren es vor allem Gleichheitsrechte. Mit der Zeit trat neben die nationalstaatliche Idee der staatsbürgerlichen Gleichheit die Gleichheit der Unionsbürger. Ausgangspunkt und damit grundlegend war zunächst das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit, welches heute in Art. 18 I AEUV normiert ist und in weiteren Bestimmungen, insbesondere den Grundfreiheiten, zum Ausdruck kommt. Ebenfalls bereits seit 1957 gibt es das Verbot

Celex-Nr. 1 1992 M, zuletzt geändert durch Art. 13, 14 Abs. 1 EU-Beitrittsakte 2013 v. 09.12.2011 (ABl. 2012 Nr. L 112 S. 21).

⁴⁰⁸ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) in der Fassung der Bekanntmachung v. 09.05.2008 (ABl. Nr. C 115 S. 47), Celex-Nr. 1 1957 E, zuletzt geändert durch Art. 2 Änd-Beschl. 2012/419/EU v. 11.07.2012 (ABl. Nr. L 204 S. 131).

⁴⁰⁹ *EuGH*, Urt. v. 13.12.1989, Rs. C-322/88, Slg. 1989, S. 4407 Rn. 18, 19, NZA 1991, S. 283–285.

⁴¹⁰ Vgl. *Kingreen*, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion, *EuR* 2010, S. 338 (338); Zitat: *EuGH*, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62 – *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, S. 1 (25).

der Diskriminierung wegen des Geschlechts, allerdings nur bezüglich des für die Wettbewerbsgleichheit relevanten Arbeitsentgelts (Art. 157 AEUV).

Die vom EuGH zunächst richterrechtlich entwickelten und nunmehr in der Grundrechtecharta rechtsverbindlich normierten Unionsgrundrechte ergänzen diese erste Generation der subjektiv-öffentlichen Rechte.⁴¹¹ Diese wurden von sekundärrechtliche Gewährleistungen ergänzt, die auf der Grundlage von Art. 13 I EGV bzw. Art. 19 I AEUV erlassen wurden. Von Relevanz ist hier insbesondere die Richtlinie 2000/78/EG. Sie verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung. Anders als beispielsweise bei der Richtlinie 2000/43/EG⁴¹² ist ihr sachlicher Anwendungsbereich aber auf das Arbeitsleben beschränkt. Die Richtlinie 2004/113/EG regelt die Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen; sie gilt auch für Privatrechtsverhältnisse.

2. Verhältnis des Unionsrechts zum nationalen Recht und der EMRK

Die Auffassung, dass dem Unionsrecht der Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten zukommt, hat sich seit den historischen Entscheidungen *Van Gend & Loos*⁴¹³ und *Costa/ENEL*⁴¹⁴ aus den sechziger Jahren durchgesetzt. Im konkreten Fall führt der Vorrang zur Anwendung des Unionsrechts, während das nationale Recht zurücktritt, aber nicht beseitigt wird. Es ruht im konkreten Kollisionsfall und überlässt der europäischen Norm den Vortritt.⁴¹⁵ Mehrere Erwägungen liegen dem Anwendungsvorrang zugrunde, entscheidende dogmatische Basis ist aber die Integrationsfunktion des Unionsrechts.⁴¹⁶

Mit Inkrafttreten der Charta der Grundrechte der Europäischen Union im Dezember 2009 stellt sich die Frage des Vorrangs auch für diesen neuen Teil des Unionsrechts. Als vollständiges, voluntativ geschaffenes Grundrechtssystem trat sie in Europa neben die nationalen Grundrechte und die EMRK. Bis dahin spielten vor allem Marktbürgerfreiheiten⁴¹⁷ sowie aus dem Gesamtbestand der Grundrechte der Mitgliedstaaten gewonnene europäische Standards (vgl. Art. 6 III AEUV) eine Rolle. Letztere standen schon wegen der Methode ihrer Gewinnung meistens im Einklang mit den nationalen Grundrechten.⁴¹⁸

⁴¹¹ *Kingreen*, Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion, EuR 2010, S. 338 (338)

⁴¹² Die Richtlinie 2000/43/EG verbietet Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft in allen Lebensbereichen und zwar sowohl in den Beziehungen Staat-Bürger als auch zwischen den Bürgern.

⁴¹³ *EuGH*, Urt. v. 05.02.1963, Rs. 26/62 – *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, S. 1, NJW 1963, S. 974.

⁴¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 15.07.1964, Rs. 6/64 – *Costa/ENEL*, Slg. 1964, S. 1141, NJW 1964, S. 2371.

⁴¹⁵ Vgl. nur *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2, 5/08, 2 BvR 1010, 1022, 1259/08, 182/09, BVerfGE 123, 267 (398), NJW 2009, S. 2267.

⁴¹⁶ *Kirchhoff*, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte, NVwZ 2014, S. 1537 (1537) m.w.N.

⁴¹⁷ Art. 45 ff., 49 ff., 56 ff. AEUV.

⁴¹⁸ Vgl. *Kirchhoff*, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte, NVwZ 2014, S. 1537 (1537).

Bereits seit dem Vertrag von Maastricht, als die Gemeinschaftsverträge noch keinen Grundrechtskatalog enthielten, kennt der EU-Vertrag einen Artikel, in dem sich die Europäische Union verpflichtet, die Grundrechte als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu achten, die sich aus der Europäischen Menschenrechtskonvention und aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben (Art. 6 II EUV).⁴¹⁹ Art. 51 I der Charta stellt die Bindungswirkung der Charta klar: Sie gilt nicht nur für die Organe und Einrichtungen der Europäischen Union, sondern auch für den Vollzug von EU-Rechten für die Mitgliedstaaten. Allerdings ausschließlich für die Durchführung des Rechts der Union, denn durch die Bestimmungen der Charta sollten die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert werden.⁴²⁰ *Kirchhoff* geht richtiger Weise davon aus, dass sich ein Anwendungsvorrang der GR-Charta im Kollisionsfall nicht bereits aus Art. 51 I GR-Charta ergibt, da dieser den Kollisionsfall gar nicht regelt, sondern nur bestimmt, welche öffentlichen Stellen und Organe die Charta zu beachten haben.⁴²¹ Ebenfalls ist seiner Argumentation zuzustimmen, dass ein genereller Anwendungsvorrang (der zu Lasten der Bürger führen kann) als Ergebnis einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 23 I GG, nicht mit Art. 1 III und 79 III GG vereinbar wäre. Es würde sich um einen Grundrechtsverzicht zu Lasten Dritter handeln, vorgenommen vom Staat als den Grundrechten Verpflichtetem.⁴²²

Der Europäischen Menschenrechtskonvention weist die Charta in Art. 52 III eine interpretationsleitende Bedeutung für „Bedeutung und Tragweite“ paralleler Gewährleistungen zu. Art. 52 III 1 gibt vor, dass die Grundrechte der Charta die „gleiche Bedeutung und Tragweite“ haben wie sie die entsprechenden Grundrechte der EMRK aufweisen. Nach S. 2 dürfen sie allerdings darüber hinausgehen. Weiterhin wird die EMRK teilweise unter Berufung auf ihre Lückenhaftigkeit extensiv ausgelegt – sofern die Grundrechtecharta diese Lücken nicht enthält, sondern eigenständige Grundrechte, entfällt die Rechtfertigung für eine derartige extensive Auslegung.⁴²³ Insgesamt bedarf es eines umfassenden Blickes auf die Schutzgewährung durch die Charta. Die Grundrechte der Charta und der Konvention müssen zwar nicht schablonenhaft übereinstimmen, aber im Ergebnis darf der Schutz der Charta nicht hinter dem mit der Konvention gewährten Schutz zurückbleiben.⁴²⁴

Art. 52 IV stellt fest, dass für die Auslegung der Grundrechte die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten wesentlich sind und legt damit eine

⁴¹⁹ Vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 III GG Rn. 69.

⁴²⁰ Vgl. *Huber*, Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte, NJW 2011, S. 2385 (2388) unter Hinweis auf *EuGH*, Beschl. v. 01.03.2011, Rs. C-457/09 – Claude Chartry/État belge.

⁴²¹ *Kirchhoff*, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte, NVwZ 2014, S. 1537 (1538).

⁴²² *Kirchhoff*, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte, NVwZ 2014, S. 1537 (1539).

⁴²³ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 52 Rn. 62.

⁴²⁴ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 52 Rn. 62; *Lenaerts*, Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 2012, S. 3–18 (12).

Übereinstimmung zwischen europäischen und nationalen Grundrechten fest.⁴²⁵ Art. 52 VI wiederum enthält die Anordnung, den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten in vollem Umfang Rechnung zu tragen. Diese Vorschriften deuten auf eine Tendenz, beiden Normbereichen gerecht werden zu wollen.⁴²⁶

Bezüglich Schutzgegenstand, Beschränkbarkeit und Reichweite weist die Charta auch Gegensätze zu nationalen Grundrechten auf, was Kollisionsrisiken birgt.⁴²⁷ Vor allem in Ländern mit ausgedehntem Grundrechtssystem und detaillierter Rechtsprechung – wie es in Deutschland der Fall ist – können die europäischen Grundrechte Schwierigkeiten bereiten. Teilweise wird vor dem Risiko eines Absenkens des Grundrechtsschutzes auf ein europäisches Durchschnittsniveau gewarnt.⁴²⁸ Die Problematik von unterschiedlichen Schranken bei gleichen Grundrechten und die damit zusammenhängende Besorgnis, dass das teilweise hohe Schutzniveau der nationalen Grundrechtsordnungen durch die Charta Schaden nehmen könnte, wird in Art. 53 angesprochen. Er ordnet zum einen die kumulative Geltung beider Normenkomplexe an und verbietet zum anderen eine Beschränkung nationaler Grundrechte durch Anwendung der Schranken der europäischen korrespondierenden Grundrechte. Diese Vorschrift zusammen mit Art. 52 III lässt sich als Günstigkeitsprinzip verstehen, wie es auch nach Art. 142 GG für das Verhältnis von Bundes- und Landesgrundrechten gilt.⁴²⁹ Aus deutscher Perspektive liefert die Charta wiederum einen interpretationsleitenden Maßstab für die Auslegung der nationalen Grundrechte.⁴³⁰

3. Verhältnis BVerfG und EuGH

In der Solange I-Entscheidung aus dem Jahr 1974 behielt sich das BVerfG vor, Gemeinschaftsrecht am Maßstab des Grundgesetzes zu überprüfen, solange die Europäische Gemeinschaft nicht über einen dem Grundgesetz „adäquaten“ Grundrechtskatalog verfüge.⁴³¹ Das BVerfG beanspruchte dabei nur die Kontrolle für Akte deutscher Staatsgewalt, die auf Gemeinschaftsrecht beruhen und wollte nicht über die Gültigkeit gemeinschaftsrechtlicher Normen, sondern über ihre Anwendbarkeit in der Bundesrepublik entscheiden.⁴³² In einer Vielzahl von Entscheidungen hat der EuGH seitdem den Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft

⁴²⁵ Vgl. *Kirchhoff*, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681 (3685).

⁴²⁶ *Kirchhoff*, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte, NVwZ 2014, S. 1537 (1538).

⁴²⁷ Vgl. bspw. Art. 13 GRCh, welcher (anders als Art. 5 III GG) nur Kunst und Forschung erfasst und die akademische Freiheit bloß beachtet.

⁴²⁸ *Kirchhoff*, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte, NVwZ 2014, S. 1537 (1538).

⁴²⁹ Vgl. *Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 23 GG Rn. 92.

⁴³⁰ Vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 III GG Rn. 69 m.w.N.

⁴³¹ *BVerfG*, Beschl. 29.05.1974 - 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, 271 (280), NJW 1974, 1697 (1698).

⁴³² Vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2913).

ausgebaut. Hierbei stützte er sich primär auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen aller Mitgliedstaaten und die EMRK. Im Vergleich zum BVerfG und dem EGMR bestehen Unterschiede vor allem in der Methodik des Grundrechtsschutzes. Anders als das BVerfG und der EGMR, die ausdrücklich als Institutionen des Menschen- bzw. Grundrechtsschutzes errichtet wurden, ist der EuGH als allgemeiner Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft primär der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts verpflichtet. Damit ist er nach *Di Fabio* gleichzeitig „oberstes Zivilgericht, Verfassungsgericht und Verwaltungsgericht der Gemeinschaften“.⁴³³

In der Solange II-Entscheidung von 1986 berücksichtigte das BVerfG die bis dahin ergangene Rechtsprechung des EuGH und stellte fest, dass im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaft ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen sei, „das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Standard des Grundgesetzes im Wesentlichen gleich zu achten“ sei.⁴³⁴ Entsprechend werde es seine Gerichtsbarkeit nicht mehr ausüben und das Gemeinschaftsrecht nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen. Diese Rechtsprechung wurde im Maastricht-Urteil fortgeführt, wenn es heißt, das BVerfG gewährleiste, dass „ein wirksamer Schutz der Grundrechte für die Einwohner Deutschlands auch gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell sichergestellt und dieser dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, ...“⁴³⁵. Es will also erst und nur dann wieder tätig werden, wenn der EuGH den festgestellten Grundrechtsstandard nicht einhalten sollte. Der „im Wesentlichen vergleichbare Grundrechtsschutz“ des Art. 23 I GG muss dabei nicht mit dem durch das nationale Verfassungsgericht gewährleisteten identisch sein, viel mehr kann mit Vergleichbarkeit nur eine Übereinstimmung in den Grundlinien gemeint sein.⁴³⁶

Im 2009 ergangenen Lissabon-Urteil⁴³⁷ bejahte das BVerfG im Ergebnis die Verfassungskonformität der Inhalte des Lissabonner Vertrages und betont den Grundsatz der Europarechtsfreundlichkeit als ungeschriebenes Verfassungsprinzip.⁴³⁸ Andererseits unterstrich das BVerfG in Fortführung der Argumentation im Maastricht-Urteil seine eigene Prüfungscompetenz bezüglich der Entwicklung der EU, indem es wiederum auf den nationalen Rechtsanwendungsbefehl abstellt.⁴³⁹ Aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts gibt es keinen autonom-europarechtlichen Vorrang, sondern nur einen Vorrang kraft verfassungsrechtlicher Ermäch-

⁴³³ *Di Fabio*, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 77.

⁴³⁴ BVerfG, Entscheid. v. 22.10.1986 - 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339 (378), NJW 1987, 577 (580).

⁴³⁵ BVerfG, Entscheid. v. 12.10.1993 - 2 BvR 2134/92 u.a., BVerfGE 89, 155 (174 f.), NJW 1993, 3047 (3049).

⁴³⁶ Vgl. *Limbach*, Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913 (2917).

⁴³⁷ BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267.

⁴³⁸ Vgl. *Vofskuhle*, Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht, NJW 2013, S. 1329 (1331).

⁴³⁹ Vgl. BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267 (402).

tigung, der durch verfassungsrechtliche Integrationsschranken begrenzt werde.⁴⁴⁰ Bestimmte „integrationsfeste“ Gebiete müssten daher dauerhaft dem Zugriff der EU entzogen bleiben.⁴⁴¹ Dem BVerfG stünde ein „Letztentscheidungsrecht“ zu.⁴⁴² Zusätzlich zur ultra-vires-Kontrolle, behielt sich das BVerfG im Sinne einer „europarechtsfreundliche[n] Anwendung von Art. 100 I GG“ damit eine „Identitätskontrolle“ vor, die fragt, ob bei einer weiteren Kompetenzverlagerung auf die EU noch hinreichend eigene Kompetenzen verbleiben und die „Verfassungsidentität“ der Bundesrepublik gewahrt bleibt.⁴⁴³

In der „Honeywell“-Entscheidung⁴⁴⁴ erkannte das BVerfG nicht nur ausdrücklich den Anwendungsvorrang des EU-Rechts als funktionale Notwendigkeit an und stützt diesen auf Art. 23 I GG.⁴⁴⁵ Das „Kooperationsverhältnis“ zwischen EuGH und BVerfG wird insoweit ausgearbeitet, dass dem BVerfG nicht unmittelbar die Entscheidungskompetenz bezüglich der Annahme eines ultra-vires-Akts eingestanden wird, sondern zuvor dem Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV die Gelegenheit zur Vertragsauslegung sowie zur Entscheidung über die Gültigkeit und die Auslegung der fraglichen Rechtsakte zu geben ist.⁴⁴⁶ Mit einer Entscheidung vom 14.01.2014 hatte das BVerfG dann erstmals anhängige Verfassungsbeschwerden ausgesetzt und dem EuGH Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁴⁴⁷ In einem späteren Urteil sprach das BVerfG, dann erstmals einer Vorabentscheidung des EuGH aufgrund eines ultra-vires Verstoßes die Bindungswirkung ab.⁴⁴⁸ Indem der Gerichtshof im Rahmen seiner Verhältnismäßigkeitsprüfung die tatsächlichen Wirkungen des PSPP außer Acht gelassen und eine Gesamtbetrachtung nicht vorgenommen habe, habe er die Korrektivfunktion, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach Art. 5 I 2, IV EUV bei unionalem Handeln zukomme, verkannt.⁴⁴⁹ Dadurch habe er das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 4 I, 5 I EUV) leer laufen lassen⁴⁵⁰ und damit das ihm in Art. 19 I 2 EUV erteilte Mandat „offensichtlich“ überschritten.⁴⁵¹

⁴⁴⁰ Vgl. *Schlaich/Korioth*, Das Bundesverfassungsgericht, 12. Aufl. 2021, 4. Teil Rn. 360a.

⁴⁴¹ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267 (362 f.).

⁴⁴² Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267 (381).

⁴⁴³ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 30.06.2009 - 2 BvE 2/08 u.a., BVerfGE 123, 267 (354).

⁴⁴⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 268.

⁴⁴⁵ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 268 (301 f.).

⁴⁴⁶ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 06.07.2010 - 2 BvR 2661/06, BVerfGE 126, 268 (304).

⁴⁴⁷ *BVerfG*, Vorlagebeschl. v. 14.01.2014 - 2 BvR 2728/13 ua, BVerfGE 134, 366.

⁴⁴⁸ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 ua, BVerfGE 154, 17 (120).

⁴⁴⁹ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 ua, BVerfGE 154, 17 (96).

⁴⁵⁰ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 ua, BVerfGE 154, 17 (103 ff.).

⁴⁵¹ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 05.05.2020 - 2 BvR 859/15 ua, BVerfGE 154, 17 (117). Dazu allg. *Callies*, Konfrontation statt Kooperation, NVwZ 2020, S. 897–904.

4. Fazit

Die drei Gerichte und die von ihnen zu berücksichtigenden Rechtsquellen haben ähnliche, aber auch unterschiedliche Zwecke und Herausforderungen, denen sie gerecht werden müssen. Der EGMR hat primär die Aufgabe, einen Mindeststandard in allen Mitgliedstaaten zu sichern, trotz und unter Berücksichtigung der dort bestehenden unterschiedlichen Rechtsordnungen, Kulturen, Vorstellungen von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und Gleichheit. Nationale staatliche Verfassungsgerichte hingegen haben die Aufgabe zu kontrollieren, dass sich die nationalen Rechtsordnungen vollständig und lückenlos in ihren verfassungsrechtlichen Rahmen einpassen. Den Entscheidungen des EGMR wird für die Auslegung des Grundgesetzes Bedeutung zugewiesen, wenn sie durch neue Argumente die Sach- und Rechtslage gegenüber der bisherigen Entscheidung des BVerfG erheblich ändern.⁴⁵² Dies entspricht auch der Normenhierarchie. Das Grundgesetz steht zwar über der EMRK, was aber einer Berücksichtigung der Wertungen nicht entgegensteht.

Soweit es Aufgabe des EuGH ist, die Wahrung der EU GR-Charta zu prüfen, ist es ein Schutzgericht. Mit Ausnahme der Untätigkeitsklage nach Art. 265 AEUV können natürliche Personen jedoch keine Klage beim EuGH einreichen. Folglich ist der EuGH kein Gericht des individuellen Bürgerschutzes,⁴⁵³ und Entscheidungen durch den EuGH können durch den Einzelnen nicht forciert werden. Zwar hat die Rechtsordnung der EU Anwendungsvorrang und die Urteile gelten unmittelbar in den Mitgliedstaaten, dennoch stellt der EuGH, mangels Antragsbefugnis natürlicher Personen sowie aufgrund der Beschränkung der Tenorierung auf die Feststellung von Grundrechtsverletzungen durch Mitgliedstaaten, kein Verfassungsgericht mit Auftrag zum umfassenden Grundrechtsschutz dar.⁴⁵⁴ Denkbar und ausreichend wäre insofern beispielsweise eine umgekehrte „Solange“-Rechtsprechung des EuGH, der somit punktuell Grundrechtsschutz gewähren könnte, wenn nationale Gerichte den Kerngehalt von EU-Grundrechten nicht beachten.⁴⁵⁵

Dass drei unterschiedliche Grundrechtskomplexe mit unterschiedlichen Texten zu Normenkollisionen führen können, ist unbestreitbar. Ebenso ist es unumstritten, dass drei Gerichte mit diverser Zusammensetzung und unterschiedlichen Auslegungsmethoden diesen Konflikt noch erschweren können. Dass dabei Grundrechte mit unterschiedlich weitem Schutzzumfang entstehen oder neue zusätzliche Grundrechte anerkannt werden, ist jedoch nicht das größte Problem – dies führt viel mehr zu einer Verbesserung des Schutzes des Bürgers.⁴⁵⁶ Anders sieht es aus, wenn für

⁴⁵² BVerfG, Urt. v. 04.05.2011 – 2 BvR 2365/09, Rn. 82, NJW 2011, 1931 (1934).

⁴⁵³ Vgl. Kirchhoff, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681 (3684).

⁴⁵⁴ Vgl. Kirchhoff, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681 (3684).

⁴⁵⁵ Kirchhoff, Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, S. 267 (272).

⁴⁵⁶ Vgl. Kirchhoff, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681 (3681).

Grundrechte mit identischem Schutzbereich unterschiedliche Schranken gelten, da ein Durchsetzen der weiteren Schranken des einen Grundrechts gegenüber dem anderen zu einer Verengung des Grundrechtsschutzes führen würde. Genauso wenn europäische Gerichte trotz der Verletzung von nationalen Grundrechten den Anwendungsvorrang ihrer Urteile bzw. ihres Rechts verlangen.⁴⁵⁷ Ein erster Ansatz zur Lösung dieser Fragen befasst sich mit der Festlegung einer Hierarchie der Normen. Aber nur ein Dialog der Gerichte würde eine Lösung in Form einer koordinierenden und optimierenden Geltungsverstärkung parallel gewährleisteter Grundrechte bringen. Dabei gilt es, die hinter dem Grundrecht stehenden Ziele sowie die Aufgabe des jeweiligen Gerichts zu berücksichtigen.

⁴⁵⁷ Vgl. *Kirchhoff*, Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681 (3681).

D. Rechtsfragen und ihre Lösungsansätze

„Nature loves variety. Unfortunately, society hates it.“⁴⁵⁸

Seit 50 Jahren wenden sich transsexuelle Menschen an die Gerichte, um eine Sicherung ihrer Grund- und Menschenrechte zu erreichen. Nicht nur den Entscheidungen der nationalen Gerichte, sondern auch den Entscheidungen von EGMR und EuGH liegen Rechtsbereiche zugrunde, die nationalrechtlich ausgestaltet sind. Potenziell relevant für die rechtliche Handhabung von Transsexualität sind zum einen verschiedenen Bereiche des Rechts, in denen auf das Geschlecht Bezug genommen wird. Am offensichtlichsten ist wohl das Personenstandsrecht, in dessen Rahmen in Geburtsurkunde und anderen offiziellen Urkunden und Dokumenten, wie dem Personalausweis, ein Geschlecht vermerkt ist.⁴⁵⁹ Die Anerkennung der Geschlechtsidentität erfolgt durch eine Anpassung aller Dokumente und beispielsweise Kennziffern. Daneben ist auch das Namensrecht und die dazugehörige Frage der Anrede ein Bereich, der für die Betroffenen insbesondere im Alltag von nicht zu unterschätzender Bedeutung ist.⁴⁶⁰ Hier stellt sich die Frage, ob sich aus einem Recht auf Wahrung der Geschlechtsidentität möglicherweise auch ein Recht auf Änderung des Vornamens ergibt.

Diese beiden Ausformungen des Rechts auf Anerkennung der Geschlechtsidentität (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) werden teilweise von unterschiedlichen Voraus-

⁴⁵⁸ *Milton Diamonds*, <http://www.hawaii.edu/PCSS/> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

⁴⁵⁹ Vgl. dazu B II 2 b und im folgenden D.

⁴⁶⁰ Dazu D I 2.

setzungen abhängig gemacht. Diese Voraussetzungen betreffen beispielsweise die Staatsangehörigkeit, das Alter, die Vornahme von Operationen und/oder Sterilisation oder die Vorlage von psychologischen Gutachten.

Ein weiterer relevanter Bereich ist das Familienrecht: Die momentan wichtigste für Transsexuelle betrifft zum einen das Recht, eine Ehe einzugehen oder eine Ehe als solche weiterzuführen, ungeachtet einer rechtlichen Geschlechtsumwandlung.⁴⁶¹ Insbesondere in Deutschland kommt hierzu die Frage, wie das rechtliche Verhältnis zu den eigenen Kindern ausgestaltet ist. Des Weiteren ist die Frage der Kostenübernahme von Operationen von großer praktischer Bedeutung.

Im folgenden Abschnitt werden diese verschiedenen Themenbereiche dargestellt und anhand der anwendbaren Rechtsnormen und der bereits vorhandenen Rechtsprechung untersucht. Es soll dabei nicht nur mittels der Normen und Rechtsprechung gezeigt werden, wie die bisherige gefestigte Rechtslage aussieht, sondern auch welche Rechte nach Auslegung der Norm und in Zusammenhang mit der bisherigen Rechtsprechung existieren.

I. Anerkennung der Geschlechtsidentität

Die Untersuchung der Rechtsprechungsentwicklung der verschiedenen Gerichte verlangt eine Differenzierung nach jeweiligem Streitgegenstand. Folglich wird im nächsten Schritt eine Zusammenfassung dieser unter gemeinsame Problembereiche erfolgen. Innerhalb dieser Arbeit wird dafür zunächst das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität, seine normative Verortung und als direkter Folge das Recht auf juristische Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität aufgearbeitet. Im nächsten Schritt werden zum einen die möglichen innerstaatlichen (einfachgesetzlichen) Voraussetzungen, die an die Anerkennung gestellt werden und zum anderen die Folgen einer solchen Anerkennung für das Recht untersucht.

1. Anpassung des rechtlichen Geschlechts

Ein Leben der eigenen Geschlechtsidentität entsprechend setzt für transidente Menschen voraus, dass es ihnen ermöglicht wird, neben dem Vornamen auch ihren Geschlechtseintrag zu ändern. Insbesondere für den Alltag und die Teilhabe an Bildung und Arbeit ist es wichtig, Ausweisdokumente und Geburtsurkunde anzupassen.⁴⁶² Der Weg bis zur gerichtlichen und politischen Anerkennung eines Rechts auf Änderung des rechtlichen Geschlechtseintrags als Ausformungen eines Rechts auf Achtung der Geschlechtsidentität war sowohl vor den deutschen, als auch den europäischen Gerichten ein langer Prozess, welcher im Folgenden nachgezeichnet werden soll.

⁴⁶¹ Dazu D II 4.

⁴⁶² Vgl. Stuttgarter Erklärung, <http://die-erklaerung.de>, S. 26–27 (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

a. Deutschland

Die deutsche Rechtshistorie zur Transsexualität bis zur Verabschiedung des Transsexuellengesetzes am 10.09.1980 bzw. dessen Inkrafttreten am 01.01.1981 lässt sich in einer Dreigliederung nachvollziehen: Die Rechtslage vor der BGH Entscheidung, die Situation nach der klärenden Entscheidung des BGH vom 21.09.1971 und die Änderung durch das BVerfG Urteil vom 01.10.1978 und dem darauf folgenden TSG.

aa. Ungeklärte Rechtslage

Zunächst bezog sich die juristische Debatte auf die strafrechtliche Behandlung von Transsexualität, genauer auf die Frage, ob geschlechtskorrigierende Operationen an den Genitalien bei körperlich gesunden Menschen sittenwidrig seien. Anschließend beschäftigte man sich mit der Frage der personenstandsrechtlichen Konsequenz von solchen Eingriffen.⁴⁶³ Die Rechtslage in Deutschland war lange Zeit ungeklärt und geprägt von einer uneinheitlichen Rechtsprechung und Uneinigkeit in der Literatur.⁴⁶⁴ Zum einen gab es die Möglichkeit über §§ 11, 3 I NamÄG eine Änderung der bestehenden Umstände zu versuchen, zum anderen regelte § 47 PStG die nachträgliche Änderung der Geschlechtseintragung und war somit die erste Wahl, um eine Anerkennung der Geschlechtsidentität zu erreichen.

Hintergrund letzterer Vorschrift ist die Berichtigung einer irrtümlich falschen Eintragung, die Korrektur eines Fehlers, welcher dann vorliegt, wenn der Registereintrag unzutreffend oder unvollständig ist. In Abgrenzung zur Fortschreibung des Registers liegt nach h.M. ein zur Berichtigung des Geschlechtseintrags berechtigender Sachverhalt nur dann vor, wenn das Personenstandsbuch von Anfang an unrichtig war, d.h. der Eintrag zu keinem Zeitpunkt korrekt war.⁴⁶⁵ Dies ergibt sich nicht zwingend aus dem Wortlaut, rein sprachlich kann eine Berichtigung auch aufgrund einer nachträglichen Verfälschung notwendig werden,⁴⁶⁶ es handelt sich um eine moralisch-sittlich begründete Einschränkung. Auf Intersexuelle war und ist die Vorschrift damit unstrittig anwendbar – bei ihnen wird festgestellt, dass der bei der Geburt vorgenommene Eintrag nicht mit der Realität übereinstimmt (welche sich erst in ihrer Entwicklung offenbart) und daher falsch ist. Eine analoge Anwendung auf Transsexuelle hingegen war umstritten und wurde von der herrschenden

⁴⁶³ Vgl. *Eberle*, Ausfüllung einer Gesetzeslücke bei Transsexualismus, NJW 1971, S. 220 (222).

⁴⁶⁴ Vgl. *Eberle*, Transsexualität im Spannungsfeld von Medizin und Recht, Medizinische Klinik 1974, S. 304; *ders.*, Unzulässigkeit der Eintragung einer Geschlechtsänderung im Geburtenbuch, NJW 1972, S. 330–333; *Neviny-Stückel/Hammerstein*, Medizinisch-juristische Aspekte der menschlichen Transsexualität, NJW 1967, S. 663–666; *Schneider*, Rechtsprobleme der Transsexualität, 1977; *BVerwGE*, Urt. v. 06.12.1968 - VII C 33/67, BVerwGE 31, 130 (133), NJW 1969, 857 (858); *BGH*, Beschl. v. 15.04.1959 – Az. IV ZB 286/58, NJW 1959, 1581–1583; *LG Krefeld*, 24.04.1970 – Az. 4 T 49/70, StAZ 1970, 314.

⁴⁶⁵ *Rhein*, Personenstandsgesetz, 1. Aufl. 2012, § 47 Rn. 2, 6; *OLG Zweibrücken*, v. 15. 1. 2003 - 3 W 230/02, StAZ 2003, 171.

⁴⁶⁶ *Walter*, Rechtliche Aspekte der Transsexualität, StAZ 1975, S. 117 (118 Fn. 6).

Ansicht abgelehnt.⁴⁶⁷ Insgesamt dominierte eine stark konservative Haltung. Umso beachtenswerter ist der Vorlegungsbeschluss des KG Berlin zum BGH, welcher annimmt, die Rechtsordnung müsse es ermöglichen, ein Leben in dem Geschlecht zu führen, welchem man sich seelisch und körperlich zugehörig fühlt.⁴⁶⁸ Allein die willkürliche Änderung des angeborenen Geschlechts sei nicht gestattet. In der Literatur fand diese progressive Auslegung der Menschenwürde und des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit von Transsexuellen zwar teilweise Anerkennung,⁴⁶⁹ dennoch herrschte in der Praxis große Rechtsunsicherheit, welche erst durch die Entscheidung des BGH geklärt wurde.

bb. *BGH*, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70

Dem Beschluss des BGH lag der Sachverhalt einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen zugrunde, die bereits eine genitalverändernde Operation hatte vornehmen lassen und nun über den Regierungspräsidenten oder das Standesamt die Anerkennung als Frau erreichen wollte.⁴⁷⁰

Zunächst schloss der BGH die Möglichkeit einer direkten Anwendung von § 47PStG aus, da die Antragstellerin bei ihrer Geburt eindeutig dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden konnte und damit das Geschlecht zum Zeitpunkt der Geburt richtig war.⁴⁷¹ Nach Ansicht des BGH blieb nur die Möglichkeit einer nachträglichen Unrichtigkeit, die im Geburtenregister vermerkt werden könnte.⁴⁷² Die diesbezügliche Argumentation baute auf verschiedenen Grundannahmen, die vom BGH als selbstverständlich festgestellt wurden. Zum einen gäbe es keine Geschlechtslosigkeit: Menschen seien entweder männlich oder weiblich. Das Geschlecht sei weiterhin angeboren, anhand körperlicher Geschlechtsmerkmale bestimmbar und auch zu bestimmen. Letztlich sei das Geschlecht auch unwandelbar.⁴⁷³ Schwierigkeiten bezüglich der Geschlechtszugehörigkeit der nur selten auftretenden Zwitter sollten für eine Durchbrechung dieser Annahmen nicht ausreichen. Vielmehr würden sie als Voraussetzung für das gesamte soziale Leben und

⁴⁶⁷ Ablehnend: *BayObLG*, v. 20.04.55 – BReg. 2 Z 32/55, StAZ 1955, 260; *KG Berlin*, Beschl. v. 11.01.1965 – Az. 1 W 2139/64, NJW 1965, 1084; *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 08.12.1965 – Az. 6 W 56/65, NJW 1966, 407–409. Befürwortend: *LG Münster*, v. 31.01.1963 – Az. 5 T 725/61, StAZ 1964, 249; *KG Berlin*, Vorlegungsbeschl. v. 08.09.1970 – Az. 1 W 3047/69, NJW 1970, 2136, StAZ 71, 79 (zumindest als nachträgliche Geschlechtsänderung). Vgl. auch *Pfeiffer/Strickert*, PStG, 1961, § 47 Anm. 4 und für weitere Nachweise *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (301).

⁴⁶⁸ *KG Berlin*, Vorlegungsbeschl. v. 08.09.1970 – Az. 1 W 3047/69, NJW 1970, 2136, StAZ 71, 79.

⁴⁶⁹ Vgl. *Eberle*, Ausfüllung einer Gesetzeslücke bei Transsexualismus, NJW 1971, S. 220 (223).

⁴⁷⁰ *BGH*, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, 330 (331).

⁴⁷¹ *BGH*, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, 330 (332).

⁴⁷² Eine ähnliche Konstellation gab Anlass zur ersten Entscheidung des EGMR bzgl. der Anerkennung des Geschlechts eines Transsexuellen. Damals wurde in Belgien vom Büro des Generalstaatsanwalts und dem entscheidenden Gericht argumentiert, dass sich der Fall des Klägers Van Oosterwijck von einem anderen entschiedenen Fall gerade darin unterscheidet, dass bei Van Oosterwijck bei der Notierung seines Geschlechts kein Fehler unterlaufen war (*EGMR*, Ur. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 12 – Van Oosterwijck/Belgien).

⁴⁷³ Vgl. *Schneider*, Rechtsprobleme der Transsexualität, 1977, S. 50 f.

die gesamte Rechtsordnung gelten.⁴⁷⁴ Damit könne auch die Annahme der Möglichkeit einer Geschlechtsumwandlung nur in Form einer Rechtsfortbildung erfolgen.⁴⁷⁵ Eine Änderung dieser Annahme würde jedoch gravierende, nicht überschaubare und im Umfang nicht vorhersehbare Folgen haben. Diesen Auswirkungen könne eine richterliche Rechtsfortbildung in der Form einer analogen Anwendung von § 47 PStG nicht gerecht werden. Nur der Gesetzgeber habe die Möglichkeit mit einer sachgerechten Normierung, welche die Abgrenzungs- und Entscheidungskriterien bestimmt, nach denen die Geschlechtseinordnung von Transsexuellen zu erfolgen habe und eben die Auswirkungen einer solchen Änderung regelt, zu begegnen.⁴⁷⁶

Trotz des aus Klägersicht enttäuschenden Ergebnisses⁴⁷⁷ lässt sich dem Urteil keine abwertende Haltung des Gerichts gegenüber Transsexuellen entnehmen. Zwar erkannte man nicht ausdrücklich ein Recht aus Art. 1, 2 GG an, aber man schloss dieses auch nicht aus und sprach von einem „anerkanntswerten Bedürfnis“ Transsexueller, welchem nicht mittels richterlicher Rechtsfortbildung begegnet werden könne.⁴⁷⁸ Die grundsätzliche Möglichkeit einer rechtlichen Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung, wenn auch nur bei einer Annäherung des körperlichen Zustands zum Gegengeschlecht⁴⁷⁹, wurde anerkannt. Bei einer Analyse der Entscheidung darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass zu diesem Zeitpunkt untypische Verhaltensweisen, insbesondere mit Bezug zu Geschlecht und Sexualität, gesellschaftlich noch deutlich weniger anerkannt waren als heute.⁴⁸⁰ Häufig wurde die Befürchtung geäußert, dass durch eine entgegenkommende Rechtsprechung derartige „Probleme“ unterstützt und ihre Verbreitung gefördert würden – insbesondere vor einer Gefährdung der Jugend wurde gewarnt. Auch die medizinische und psychologische Rezeption von Transsexualität steckte zu dieser Zeit im Vergleich zu heute noch in ihren Anfängen, teilweise sah sich der Jurist auch als über der Medizin stehend.⁴⁸¹

⁴⁷⁴ BGH, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, 330 (332).

⁴⁷⁵ BGH, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, 330 (333). Kritisch zu dieser Begründung: Eberle, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, S. 333.

⁴⁷⁶ BGH, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, 330 (333).

⁴⁷⁷ Vgl. Eberle, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, S. 333.

⁴⁷⁸ BGH, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, 330 (333); Kritik an dieser „Rechtsverweigerung“ z.B. durch Walter, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (267); Walter, Rechtliche Aspekte der Transsexualität, StAZ 1975, S. 117–123.

⁴⁷⁹ Zustimmend damals Eberle, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, S. 333.

⁴⁸⁰ Vgl. Strafbarkeit der Homosexualität in § 175 StGB. Vgl. auch Walter, der betont, dass der Transsexuelle in seinem Wunschgeschlecht heterosexuell sei, daher keine homosexuellen Züge, kein geschlechtliches Fehlverhalten und keine Sittenwidrigkeit vorlägen: Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (265).

⁴⁸¹ Kritisch zum OLG Frankfurt „Freilich war hier der Richter klüger als die medizinische Wissenschaft, die bis heute die geschlechtsumwandelnde Operation als die „allein vererbare ärztliche Maßnahme“ ansieht, nachdem Psychotherapie und Hormonbehandlung erfolglos geblieben sind.“, Walter, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (265).

Nach dieser Entscheidung konnte mit einer Lösung der Problematik durch den Richter nicht mehr gerechnet werden. Gleichzeitig hielt man es trotz des Appells des BGH für unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber tätig werden würde.⁴⁸²

cc. *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978

Gegen den Beschluss des BGH ist Verfassungsbeschwerde eingelegt worden, der das *BVerfG* durch Beschluss am 11.10.1978 stattgab. Die personenstandsrechtliche Behandlung Transsexueller war in der Zwischenzeit bereits wiederholt Gegenstand von Erörterungen im Deutschen Bundestag gewesen.⁴⁸³ Durch einstimmig angenommene Entschließung vom 10.06.1976 (StenBer. S. 17818 B) wurde die Bundesregierung aufgefordert, so schnell wie möglich geeignete Vorschläge zu unterbreiten, um ein rechtlich geordnetes Verfahren zu schaffen. Unter anderem gab es einen Initiativantrag aus der Mitte des Bundestags⁴⁸⁴ sodass zur Zeit des Beschlusses bereits ein Entwurf eines „Gesetzes über die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in bestimmten Fällen“ vorlag, welcher dem Bundesrat noch nicht vorgelegt worden war. Zunächst wurde das Urteil des *BVerfG* abgewartet.⁴⁸⁵

Dem Leitsatz der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts lassen sich drei Elemente entnehmen: 1. Der Anspruch auf Berichtigung des Personenstands ergibt sich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG; 2. Dieser Anspruch setzt voraus, dass eine gesicherte Diagnose von irreversibler Transsexualität nach derzeitigem Stand der medizinischen Erkenntnisse vorliegt und 3. Es muss durch eine geschlechtsanpassende Operation eine Angleichung des Äußeren erreicht worden sein.⁴⁸⁶

Bereits bei der Sachverhaltswiedergabe, aber auch bei der weiteren Begründung fällt auf, dass sich die Entscheidung nur auf die Rechte von bereits operierten und körperlich an das Geschlecht angeglichenen Transsexuellen bezieht. Dies entspricht allerdings auch dem Forschungsstand von Medizin und Sexualforschung in den 1970er Jahren.⁴⁸⁷ Zwar waren damals (wie heute) die Ursachen ungeklärt, aber das *BVerfG* hielt eine klare Abgrenzung zu anderen Phänomenen (wie Homosexualität und Transvestismus) für möglich. Nicht die Sexualität, sondern der Wunsch nach Kongruenz von Psyche und Physis stehe bei Transsexuellen im Vordergrund. Trotz

⁴⁸² Vgl. Carsten, Ein Gesetz der Geschlechtszugehörigkeit, StAZ 1972, S. 332, der trotz Pessimismus für den Gesetzgeber das damalige schwedische „Gesetz über die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in gewissen Fällen“ übersetzte (v. 21.04.1972, in Kraft getreten am 01.07.1972; SFS 1972:119).

⁴⁸³ Vgl. Hinweis in BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 9.

⁴⁸⁴ BT-Drs. 7/4940, 7/5274

⁴⁸⁵ Zur Entstehungsgeschichte des TSG, vgl. Sieß, Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit, 1996, S. 79–110.

⁴⁸⁶ „Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG gebietet es, die Eintragung des männlichen Geschlechts eines Transsexuellen im Geburtenbuch jedenfalls dann zu berichtigen, wenn es sich nach den medizinischen Erkenntnissen um einen irreversiblen Fall von Transsexualismus handelt und eine geschlechtsanpassende Operation durchgeführt worden ist.“ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, *BVerfGE* 49, 286 (Leitsatz).

⁴⁸⁷ Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 127.

dieser richtigen Erkenntnis ging das BVerfG damals fälschlicherweise noch davon aus, dass Transsexuelle nach ihrem Empfinden heterosexuell sein müssten.⁴⁸⁸ Weiterhin attestierte das BVerfG die Irreversibilität der Geschlechtsidentitätsstörung; weder durch Psycho- noch durch Hormontherapie sei eine Heilung möglich und nach Ansicht der medizinischen Sachverständigen sei die volle Anerkennung in der neuen Geschlechterrolle erst mit der Namens- und Personenstandsänderung abgeschlossen.⁴⁸⁹

Der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts teilte mit, das Gerichte habe es nur deshalb für unzulässig erklärt, transsexuellen Personen einen neuen andersgeschlechtlichen Vornamen zu geben, solange die Geschlechtsbezeichnung im Geburtenbuch dem Geburtsgeschlecht entspreche, weil es davon ausging, dass eine Überprüfung, Berichtigung und Änderung des Personenstandseintrags möglich sei.⁴⁹⁰

Der damaligen Bundesjustizminister, lehnte einen Grundrechteingriff ab, da keine vollständige Geschlechtsumwandlung vorläge und man anhand der Chromosomen jederzeit die Zugehörigkeit zum Geschlecht feststellen könne.⁴⁹¹ Der Schutz solcher Belange, die allein die Individualität des Einzelnen betreffen, sei primär eine Frage des Art. 2 I GG und nicht des Art. 1 I GG. Zur gleichen Zeit erging in England eine Grundsatzentscheidung zur Transsexualität mit ähnlicher Argumentation⁴⁹².

- (1) Art. 2 I und Art. 1 I GG: Die Würde des Menschen und das allgemeine Persönlichkeitsrecht allgemein und in der ersten Transsexuellen Entscheidung des BVerfG

Das BVerfG stellte in seiner ersten und wegweisenden Entscheidung zu Transsexualität eine Verletzung von Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG fest. Es vermied aber eine klare Zuordnung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Teilweise liest sich die Entscheidung, als ob das Gericht die Verletzung der Grundrechte Art. 1 I und Art. 2 I GG voneinander getrennt prüft. Aus diesem Grund wird im Folgenden ausführlich auf die Grundrechte und ihren Schutzbereich eingegangen.

⁴⁸⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287).

⁴⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (288).

⁴⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (297).

⁴⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (295–297).

⁴⁹² *Corbett v. Corbett*, 1970, - 2 All E. R. 33. Da kein formales Gesetz vorlag, basierte im *common law* bis 2004 die rechtliche Behandlung von Transsexuellen auf dem Urteil *Corbett v. Corbett*. Laut Urteilsbegründung ist das Geschlecht unveränderlich, denn es komme auf die Funktionsfähigkeit zum Geschlechtsverkehr bzw. zur Reproduktion an. Die chirurgische Geschlechtsumwandlung sei für das Eherecht nicht relevant, da eine Neovagina nicht ausreiche, um heterosexuellen Geschlechtsverkehr zu haben. Vgl. dazu D I 1 b bb (2) (a).

(a) Schutzbereich

(aa) Die Würde des Menschen und Art. 1 I GG

Die Menschenwürde steht an erster Stelle des Grundgesetzes. Damit wird zum Ausdruck gebracht, dass der Staat des Grundgesetzes kein Selbstzweck ist. Sinn und Daseinsberechtigung findet er darin, die unantastbare Würde des Menschen zu achten und zu schützen und seiner Persönlichkeitsentfaltung zu dienen (anthropozentrische Ausrichtung des Grundgesetzes).⁴⁹³ Anhand dieses Verständnisses sollte auch ein deutliches Bekenntnis gegen die menschenverachtende nationalsozialistische Vergangenheit Deutschlands gesetzt werden. Die Menschenwürde ist tragendes Konstitutionsprinzip, oberster Verfassungswert und steuert die Auslegung des gesamten Grundgesetzes.⁴⁹⁴

Bereits die Frage, ob es sich bei Art. 1 I GG um ein Individualgrundrecht handelt, ist umstritten. Das BVerfG ging zumindest implizit davon aus⁴⁹⁵ und ein großer Teil der Lehre bejaht dies⁴⁹⁶. Gegen eine Einordnung als bloßes Prinzip oder Ähnliches spricht, dass der Menschenwürde ihre praktische Bedeutung genommen würde. Ihr besonderer Geltungs- und Beachtungsanspruch kommt erst zum Tragen, wenn sie von jedermann im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann.⁴⁹⁷ Rechtsprechung und Lehre ist es bisher nicht gelungen, einen operablen Begriff der Menschenwürde zu finden und den Schutzgehalt praktikabel zu bestimmen. Teilweise werden positive Umschreibungen vorgenommen, welche allerdings über die Auflistung einzelner Dimensionen des Würdeanspruchs nicht hinausgehen. Gemeinsam haben diese den Schutz eines engeren Bereichs der persönlichen Selbstbestimmung, die Gewährleistung seelischer und körperlicher Integrität und den sozialen Geltungsanspruch des Einzelnen sowie den Schutz vor Willkür.⁴⁹⁸ Häufig wird auf die sogenannte Objektformel des BVerfG verwiesen, auf deren Grundlage der Mensch nie zum bloßen Objekt, einem Mittel staatlichen

⁴⁹³ Hillgruber, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.06.2015 Ed. 25, Art. 1; Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 GG Rn. 1.

⁴⁹⁴ St. Rspr. BVerfG, Urt. v. 16.01.1957 – Az. 1 BvR 253/56, BVerfGE 6, 32 (36), NJW 1957, S. 297 (297); BVerfG, Urt. v. 05.02.2004 – Az. 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (149), NJW 2004, S. 739 (739); BVerfG, Beschl. v. 20.06.2012 – Az. 2 BvR 1048/11, NJW 2012, S. 3357 (3358).

⁴⁹⁵ BVerfG, Beschl. v. 28.05.1952 – Az. 1 BvR 213/51, BVerfGE 1, 322 (343); BVerfG, Beschl. v. 25.01.1961 – Az. 1 BvR 9/57, BVerfGE 12, 113 (123); BVerfG, Beschl. 09.01.1963 – Az. 1 BvR 85/62, BVerfGE 15, 249 (255); BVerfG, Urt. v. 05.02.2004 – Az. 2 BvR 2029/01, BVerfGE 109, 133 (149 f.).

⁴⁹⁶ Jarass, in: Jarass/Pieroth, 13. Aufl. 2014, Art. 1 Rn. 3; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 I Rn. 30. Für weitere Quellen für und gegen den Grundrechtscharakter, vgl. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I Rn. 124 Fn. 418.

⁴⁹⁷ Vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 GG Rn. 29.

⁴⁹⁸ Vgl. Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 GG Rn. 34.

Handeln werden darf, sondern selbst Rechtssubjekt bleiben muss.⁴⁹⁹ Damit wird jedoch keine konkretere Erläuterung des umfassten Schutzgehalts erreicht, sodass eine Annäherung an den Würdegehalt, eine „Konturenbildung“⁵⁰⁰, durch die Bildung von Fallgruppen bzw. Ausprägungen der Menschenwürde erfolgt.⁵⁰¹

Für die Rechtsbestimmung von Transsexuellen sind vor allem das Recht auf Selbstbestimmung der Lebensgestaltung und der Schutz der Persönlichkeitssphäre sowie der Schutz der körperlichen und geistigen Integrität von Bedeutung.

Das Recht des Einzelnen auf Selbstbestimmung bezieht sich auf die Eigenverantwortlichkeit in Lebensentscheidungen und den Kern individueller Selbstdarstellung zur Umwelt. Davon umfasst sind die Bekanntgabe eigenen Wissens und das Persönlichkeitsprofil des Einzelnen prägende Daten.⁵⁰² Das Recht auf Selbstdarstellung leitet sich Teil primär aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht, welches das BVerfG aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG herleitet.⁵⁰³ Art. 1 I GG schützt laut BVerfG die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst wird.⁵⁰⁴ Damit umfasst es auch die Möglichkeit, über sich selbst und sein Schicksal eigenständig verfügen zu können und dieses zu gestalten.⁵⁰⁵ Direkt durch Art. 1 I GG und unabhängig von Art. 2 I GG geschützt ist die sexuelle Identität und dementsprechend das Recht von Transsexuellen sich rechtlich für ein bestimmtes Geschlecht zu „entscheiden“.⁵⁰⁶ Diese Entscheidung ist vom Staat, insbesondere im Personenstandsrecht, zu akzeptieren und es stellt sich die Frage der Verfassungsmäßigkeit von rechtlichen Einschränkungen dieses Anspruchs.

Art. 1 I GG schützt des Weiteren einen Kern körperlicher und geistiger Integrität. Auch hier überschneidet sich der Würdeschutz teilweise mit einem anderen Grundrecht, nämlich mit dem Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 2 II 1 GG, sodass nicht jeder Eingriff in Leben oder körperliche Unversehrtheit eine Würdeverletzung darstellt. Umfasst sind nur solche Verletzungen der körperlichen und

⁴⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 16.07.1969 – Az.1 BvL 19/63, BVerfGE 27, 1 (6), BVerfG, Urt. v. 15.12.1970 – Az. 2 BvF 1/69, 2 BvR 629/68, 308/69, BVerfGE 30, 1 (25 f.) m.w.N.

⁵⁰⁰ Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 GG Rn. 83.

⁵⁰¹ Für weitere Theorien und Definitionen zur Menschenwürde vgl. Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 1 I GG Rn. 52–63.

⁵⁰² Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 GG Rn. 84.

⁵⁰³ Vgl. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Grundrecht auf die Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

⁵⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

⁵⁰⁵ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

⁵⁰⁶ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298); Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 76. EGL 2015, Art. 1 GG Rn. 87; Hillgruber, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.06.2015 Ed. 25, Art. 1 I GG Rn. 30; Starck, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 I Rn. 77/85; Hufen, Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen, JuS 2009, S. 259 (259) und noch ausdrücklicher in Hufen, Menschenwürde, in: Hanschel/Kielmansegg/Kischel u.a. (Hrsg.), Mensch und Recht: Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag, 2013, S. 461 (464); Correll, Im falschen Körper, NJW 1999, S. 3372 (3374).

geistigen Integrität, welche final auf die Zufügung von starkem Schmerz oder auf dauerhaftes Leiden sowie auf die Beeinträchtigung und der Steuerungsfähigkeit oder geistigen Leistungskraft zielen.⁵⁰⁷ Von einer Finalität des staatlichen Handelns in dieser Art und Weise ist im Kontext dieser Arbeit jedoch nicht auszugehen.

(bb) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht und Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Nach Art 2 I GG hat jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit werden heute verschiedene Gewährleistungsinhalte entnommen. Die erste und häufigste Deutung des Art. 2 I GG ist entgegen der Betonung des Schutzes der Persönlichkeit im Wortlaut, die als allgemeine Handlungsfreiheit, welche im Verhältnis zu den anderen Freiheitsgrundrechten eine subsidiäre Funktion als Aufanggrundrecht zukommt.⁵⁰⁸

Weiterhin wird Art. 2 I GG das allgemeine Persönlichkeitsrecht, insbesondere in seiner Ausprägung als Schutz der Privat- und Intimsphäre, entnommen.⁵⁰⁹ Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist zwar Art. 2 I GG, es wird jedoch durch Art. 1 I GG beeinflusst und so ein uneinschränkbarer Kern des Rechts geschaffen.⁵¹⁰ Mit der Hinzunahme von Art. 1 I GG soll ein Bezug zur Würde des Menschen hergestellt werden, welche von großer Bedeutung für das Persönlichkeitsrecht ist. Der Prüfungsmaßstab hingegen soll nicht komplett übertragen werden.⁵¹¹ Als richterrechtlich herausgearbeitetes Grundrecht ist es stark kasuistisch geprägt, beinhaltet verschiedene einzelne Garantien und ist in besonderem Maße von gesellschaftlichen Maßstäben abhängig.⁵¹²

Das Persönlichkeitsrecht hebt sich als Recht auf Respektierung des geschützten Bereichs von der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem darin enthaltenen aktiven Element der Entfaltung ab.⁵¹³ Die allgemeine Handlungsfreiheit schützt die Aktivität des Bürgers als Verhaltensfreiheit vor Einschränkungen durch den Staat.⁵¹⁴ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht garantiert einen persönlichen Integritätsschutz vor dem Zugriff durch Staat oder Dritte auf die mittels der Verhaltensfreiheit geschaffenen Tatbestände.⁵¹⁵ Es gewährleistet zudem die freie Entfaltung der im Menschen angelegten Fähigkeiten und Kräfte.⁵¹⁶ Neben dem Recht, eine Sphäre der Intimität

⁵⁰⁷ Herdegen, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 1 GG Rn. 95.

⁵⁰⁸ Jarass, in: Jarass/Pieroth, 13. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 1.

⁵⁰⁹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 11.

⁵¹⁰ Vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, 13. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 36; Kunig, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 30.

⁵¹¹ Wiehütz, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 82.

⁵¹² Theile, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 108.

⁵¹³ BVerfG, Beschl. v. 03.06.1980 – Az. 1 BvR 185/77; BVerfGE 54, 148 (153); NJW 1980, 2070 (2070).

⁵¹⁴ Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 22.

⁵¹⁵ Dreier, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 22.

⁵¹⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

zu begründen, besteht auch die Freiheit, die private Sphäre nach eigener Entscheidung zu gestalten.⁵¹⁷ Damit geht es über ein Recht „in Ruhe gelassen zu werden“ hinaus und schützt auch die freie Selbstdarstellung der eigenen Person in der Öffentlichkeit⁵¹⁸. Im Bereich der Transsexualität bedeutet das Recht auf Selbstdarstellung entsprechend der eigenen Geschlechtsidentität auftreten zu können, auch wenn diese im Widerspruch zu den angeborenen Geschlechtsmerkmalen stehen. Damit bezieht sich die Selbstdarstellung auf das aktive Auftreten nach außen und nicht auf den Schutz vor Einsichtnahme Dritter in Privates. Denkbar ist es daher, das Recht auf uneingeschränkte Selbstdarstellung unter den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit zu fassen.⁵¹⁹ Gleichzeitig kann man darunter auch den Schutz vor falscher, entstellender Darstellung der Person in der Öffentlichkeit verstehen und die staatliche Akzeptanz der eigenen Geschlechtszugehörigkeit und so die passive Komponente betonen.⁵²⁰

Neben der Selbstdarstellung ist auch die Selbstfindung geschützt. Selbstfindung, Selbstentfaltung und Selbstdarstellung sind dabei als Teile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu verstehen, die sich gegenseitig beeinflussen. Nur durch die Garantie der Grundbedingungen kann ein umfassender Schutz erfolgen.

(cc) Ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung?

Bezüglich des Grundrechts auf Achtung der Geschlechtsidentität macht das BVerfG folgende Ausführungen. Der Vorname als Ausdruck der Persönlichkeit sei grundrechtlich geschützt, wobei die Hinzunahme eines geschlechtsneutralen Vornamens als Zusatz zum ursprünglichen Vornamen nicht den grundrechtlich geschützten Belangen genüge. Die Geschlechtszugehörigkeit berühre den Kernbereich der Individualität, Identität und Integrität eines Menschen.⁵²¹ Dieser intimste Bereich der Persönlichkeit ist prinzipiell staatlichem Zugriff entzogen und in ihn darf nur bei Vorliegen besonderer öffentlicher Belange eingegriffen werden. Bereits 1978 erkannte das BVerfG an, dass die noch vom BGH vertretene Auffassung, das Geschlecht sei unwandelbar, zumindest in dieser Absolutheit nicht länger haltbar sei.⁵²² Der Aufsatz von *Nevinny-Stickel* und *Hammerstein* zeige deutlich auf, dass die somatischen äußeren Geschlechtsmerkmale nicht reichen um das Geschlecht zu bestimmen. Die Psyche ist ebenso von Bedeutung.⁵²³ Seine Argumentation stützte

⁵¹⁷ *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 33.

⁵¹⁸ *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 23.

⁵¹⁹ So bspw. *Degenhart*, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG, JuS 1992, S. 361 (367).

⁵²⁰ Vgl. *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 70, 72; *Maruhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 35.

⁵²¹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298 f.).

⁵²² *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298 f.).

⁵²³ *Nevinny-Stickel/Hammerstein*, Medizinisch-juristische Aspekte der menschlichen Transsexualität, NJW 1967, S. 663 (664).

das BVerfG stark auf die Wissenschaft, insbesondere die Medizin⁵²⁴, und stellte den objektiven Stand der Wissenschaft der „Grunderfahrung“, auf die sich der BGH stützte, gegenüber.⁵²⁵

Laut BVerfG gebieten es die Menschenwürde und das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Personenstand eines Menschen entsprechend seiner psychischen und physischen Konstitution zuzuordnen.⁵²⁶ Auf zwei Urteilsseiten schuf das BVerfG das Grundrecht auf Geschlechtsidentität – ohne es zu diesem Zeitpunkt bereits so zu benennen. Die verschiedenen Begrifflichkeiten⁵²⁷ erfordern eine Einordnung des hier geschaffenen Rechts. Grundlage des neuen Grundrechts bildet das allgemeine Persönlichkeitsrecht Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG.⁵²⁸ Eine besondere Ausprägung dessen stellen der intime Sexualbereich und damit das Recht auf sexuelle Identität oder Recht auf sexuelle Selbstbestimmung dar. Dieser besondere Autonomieschutz lässt sich aufteilen in den Bereich der sexuellen Orientierung und den der Geschlechtsidentität. Ersteres umfasst u.a. das Recht, seinen Geschlechtspartner frei zu wählen, aufgrund seiner sexuellen Orientierung nicht negativ bewertet zu werden und den Partner für die Eingehung einer rechtlich gesicherten Partnerschaft frei zu wählen.⁵²⁹ Dieser Bereich ist vorerst nicht von Belang.⁵³⁰ Der zweite Bereich schützt das Finden, Erkennen und Verwirklichen der eigenen Geschlechtsidentität. Welche Rechte oder Ansprüche im Einzelnen vom Recht auf Geschlechtsidentität umfasst sind, wird im Folgenden untersucht werden.

Ob es sich um eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts⁵³¹ oder ein eigenständiges Grundrecht handelt, ist für den Prüfungsmaßstab zunächst irrelevant und etwaige Streitigkeiten ohne große praktische Relevanz. Mindestens muss es sich um eine Frage der Privatsphäre handeln, naheliegender ist es aufgrund des höchstmöglichen individuellen Bezugs bei Fragen der Sexualität von der Intims-

⁵²⁴ Mehr als zehn Mal fallen Verweise wie „medizinische/wissenschaftliche Erkenntnisse“, „wissenschaftlich erwiesen“, „medizinische Sachverständige/Abhandlungen“, *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287, 288, 298, 299, 300).

⁵²⁵ *Sackssofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (685).

⁵²⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

⁵²⁷ Vgl. dazu B I 2.

⁵²⁸ *Adamietz*, Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität im deutschen Recht, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 15 (19); *Grünberger*, Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, 2008, S. 81 (88); *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 108.

⁵²⁹ Vgl. *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 2 I Rn. 108; *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (360); *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG Beschluss vom 06.12.2005, JZ 2006, S. 513 (518).

⁵³⁰ Dieser Bereich wird jedoch relevant für die Frage der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft, vgl. dazu D II 4.

⁵³¹ So bspw. als Unterpunkt der privaten Lebensgestaltung *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 71 Fn. 321.

phäre auszugehen.⁵³² Auf diese Frage wird unter (c) Rechtfertigung gleich noch näher eingegangen.

(b) Eingriff

Der Eingriff in dieses Recht auf Geschlechtsidentität besteht in der falschen und unumkehrbaren Zuordnung zu einem Geschlecht, dem die Person in Wirklichkeit gar nicht angehört bzw. in der Weigerung der Gerichte einen bereits vollzogenen Wechsel des Geschlechts anzuerkennen. Die strikte Geschlechtereinteilung nach rein biologischen oder geburtsgeschlechtlichen Merkmalen ist die Basis für diesen Eingriff. Ob der Staat diesen Eingriff rechtfertigen kann oder neben diesen Merkmalen mit mindestens dem gleichen Gewicht die Psyche, das Geschlechtszugehörigkeitsempfinden und die Geschlechtsidentität berücksichtigen muss gilt es im nächsten Schritt zu untersuchen.

(c) Rechtfertigung: In Bezug auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das Recht auf Geschlechtsidentität

Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. in das Recht auch Geschlechtsidentität kann möglicherweise gerechtfertigt sein, wenn es dem Schrankenvorbehalt und (ggf.) den Vorgaben einer Verhältnismäßigkeitsprüfung entspricht.

(aa) Schranken

Im Gegensatz zur Menschenwürde ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht grundsätzlich beschränkbar. Schranke des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit ist der sogenannte Schrankentrias des Art. 2 I GG, welcher die Rechte anderer, das Sittengesetz und die verfassungsmäßige Ordnung umfasst. Besonders schwierig gestalten sich die Auslegung des Sittengesetzes und die damit zusammenhängende Frage, ob die Mehrheit entscheiden kann, was als sittlich empfunden wird.⁵³³ Von großer Bedeutung ist insoweit, dass von der Gesellschaft vorgenommene Wertungen nicht konstant sind, sondern einem Wandel unterworfen, was sich insbesondere in der Rechtsprechung zur Homosexualität oder Prostitution zeigt.⁵³⁴ Entsprechend spielte das Sittengesetz bislang vor dem Hintergrund der extensiven Auslegung der verfassungsmäßigen Ordnung keine große Rolle und diente eher der ethischen Fundierung des Verfassungsrechts und so als Argumentationsfaktor und Konkretisierungsmaßstab der verfassungsmäßigen Ordnung.⁵³⁵

⁵³² Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 200.

⁵³³ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 45.

⁵³⁴ *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 27 f.

⁵³⁵ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 46.

(bb) Verhältnismäßigkeit

Zwar werden die Schranken der Handlungsfreiheit auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht angewendet, allerdings bedarf es im Vergleich zur allgemeinen Handlungsfreiheit eines höheren Begründungsaufwands im Rahmen einer strengeren Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁵³⁶ Der Maßstab gerichtlicher Kontrolle richtet sich dabei nach dem Lebenssachverhalt im Einzelfall und der Gefährdungslage. Zur Bestimmung des Prüfungsmaßstabs je nach Schutzbedürftigkeit der Persönlichkeitsentfaltung wurde vom BVerfG einst die sogenannte Sphärentheorie entwickelt.⁵³⁷ Sie unterscheidet zwischen Intimsphäre, Privat-/Geheimsphäre und Sozialsphäre/Öffentlichkeitsbereich. Dabei ist unter der Intimsphäre ein Kernbereich der privaten Lebensgestaltung zu verstehen, der absolut und unantastbar vom Staat zu gewährleisten ist, sodass Eingriffe in diese Sphäre nicht gerechtfertigt werden können. Aufgrund dieser Rigidität werden in der Praxis nur selten Sachverhalte diesem Bereich zugeordnet.⁵³⁸ Der besondere Schutz dieses Bereichs ergibt sich aus dem Bezug zu Art. 1 I GG, durch den der Kerngehalt des Art. 2 I GG mitdefiniert wird. Andere begründen dies mit der Garantie des Wesensgehalts der Grundrechte, Art. 19 II GG. Dem Mensch soll ein Innenraum privater Lebensgestaltung ermöglicht werden, in den er sich zurückziehen kann ohne Zutrittsmöglichkeit für die Umwelt, insbesondere nicht für die öffentliche Gewalt. Von der Privat- oder auch Geheimsphäre unterscheidet sich die Intimsphäre durch den Sozialbezug.⁵³⁹ Eingriffe in diese Sphäre gelten nicht als generell verfassungswidrig, unterliegen aber einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, welche besonders gewichtige, überwiegende Belange des Gemeinwohls voraussetzt.⁵⁴⁰ Als Letztes gibt es noch die Sozialsphäre oder Öffentlichkeitsbereich genannt, welcher einen Lebensbereich darstellt, in dem das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen allenfalls tangiert wird und von der Umwelt nicht komplett abgeschirmt werden kann.⁵⁴¹ Eingriffe in diesen Bereich haben nur eine geringe Belastungsintensität und sind in gleicher Weise einer Rechtfertigung zugänglich wie die Handlungsfreiheit, also bereits wenn die persönliche Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft oder die durch Art. 5 GG geschützte Meinungsfreiheit berührt sind.⁵⁴²

Dieser Einteilung in drei verschiedene Sphären ist Kritik entgegenzubringen. Hauptkritikpunkt ist, dass eine Abgrenzung anhand sicherer objektiver Kriterien

⁵³⁶ *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 13. Aufl. 2014, Art. 1 Rn. 60; *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 30; *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar GG, Stand: 01.03.2015 Ed. 25, Art. 2 Rn. 52.

⁵³⁷ *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 41.

⁵³⁸ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 158.

⁵³⁹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 159.

⁵⁴⁰ *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 41. Fn. 241.

⁵⁴¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 160.

⁵⁴² Vgl. *Schmidt*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar, 21. Aufl. 2021, Art. 2 GG Rn. 58.

rien und damit eine klare Konturierung kaum möglich sind.⁵⁴³ Dabei wendet sich auch das BVerfG langsam von dieser strikten Trennung der Sphären ab und geht nicht mehr rein formell vor, sondern bestimmt den Intimbereich materiell, abhängig vom Bezug des Inhalts zur Sozialsphäre.⁵⁴⁴ Bei Aufzeichnungen und Ähnlichem sei ausschlaggebend, ob diese über den Rechtsbereich des Verfassers hinausgehen und nachhaltig Belange der Allgemeinheit berührt werden.⁵⁴⁵ Damit handelt es sich letztlich mehr um eine an Fallgruppen orientierte Verhältnismäßigkeitsprüfung, bei der mit einer „je-desto“ Formel operiert wird.⁵⁴⁶ Doch auch ohne die Schablone der Spährentheorie lässt sich eine absolute Eingriffsgrenze feststellen, nämlich dann, wenn ein eigenständiger Eingriff in die Menschenwürde vorliegt.⁵⁴⁷ Sobald die Schwelle überschritten ist oder neben dem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein Eingriff in Art. 1 I GG vorliegt, ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen.

Eine Einordnung des Rechts auf Geschlechtsidentität ist sowohl für die Intimals auch die Privatsphäre denkbar. Die Rechtsprechung des BVerfG ist insofern nicht eindeutig. Einerseits spricht es vom „intimsten Bereich der Persönlichkeit, der prinzipiell staatlichem Zugriff entzogen ist“ und verweist auf Art. 1 I GG.⁵⁴⁸ Andererseits sei eine Rechtfertigung „jedenfalls nur bei Vorliegen besonderer öffentlicher Belange“ denkbar⁵⁴⁹ (also prinzipiell möglich), was teilweise als Einordnung in den Privatbereich verstanden wird.⁵⁵⁰ Das BayOLG hingegen sieht ausdrücklich die Intimsphäre betroffen.⁵⁵¹ Ausschlaggebend muss sein, was direkt von Art. 1 I GG gewährleistet wird und dem Staat gänzlich entzogen ist: Die eigene geschlechtliche Identität, als Ausdruck der individuellen Menschenwürde. Diese festzustellen und zu entwickeln, darf und kann der Staat nicht beeinflussen oder abnehmen. Nur der Einzelne kann für sich selbst herausfinden, welchem Geschlecht er angehört. Diese zutiefst subjektive, höchstpersönliche und innerliche Feststellung ist dem öffentlichen und staatlichen Bereich völlig entzogen und es steht ihm auch in keinsten

⁵⁴³ Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 161; *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 92 f.; *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 41.

⁵⁴⁴ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 161 unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zu heimlichen Tonbandaufnahmen und zur Verwertung privater Aufzeichnungen (etwa in Tagebüchern).

⁵⁴⁵ *BVerfG*, Entsch. v. 14.09.1989 – Az. 2 BvR 1062/87, BVerfGE 80, 367 (376), NJW 1990, 563 (564).

⁵⁴⁶ Vgl. *Dreier*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 92.

⁵⁴⁷ So auch *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 162; *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 105.

⁵⁴⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

⁵⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

⁵⁵⁰ Vgl. bspw. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 110.

⁵⁵¹ *BayObLG*, Beschl. v. 02.10.2002 – Az. 1 Z BR 98/02, NJW-RR 2003, 289, StAZ 2003, 45–46.

Von einer Problematik des Intimbereichs sprechen auch *Becker*, Das Transsexuellengesetz, ZfF 1981, S. 1 (4); *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.03.2015 Ed. 26, Art. 2 Rn. 39.

Weise zu, dies zu beeinflussen. Erst die Realisierung der Geschlechtsidentität stellt einen Bezug zur Außenwelt her. Insofern lässt sich eine Parallele zur Tagebuch-Rechtsprechung herstellen. Die eigenen inneren Gedanken und Gefühle sind frei und ihre Bekanntgabe darf durch den Staat nicht erzwungen werden – sie sind unantastbar. Sofern der Einzelne diese jedoch niederschreibt und einen ersten Bezug zur Außenwelt herstellt, ist ihr Schutz gemindert.⁵⁵² Noch immer sind die eigenen Gefühle und Gedanken als besonders schutzwürdig einzuordnen, doch eine erste Abwägung wird möglich. Ähnlich beim Schutz der Geschlechtsidentität. Das „Haben“ dieser ist einmalig und unantastbar, ihr „Aus-“leben tritt nach außen in Erscheinung, z.B. in Form der Änderung des Personenstands und des Vornamens und berührt ggf. auch die Belange anderer Menschen. Folglich ist eine Regelung und ggf. Begrenzung der Umsetzung des Geschlechtszugehörigkeitsempfindens möglich, aufgrund des starken Bezuges zu Art. 1 I GG, jedoch nur unter strengster Verhältnismäßigkeitsprüfung. Nach Ansicht des BVerfG kommt es für die Zulässigkeit eines Eingriffs darauf an, ob der Sozialbezug der Handlung intensiv genug ist.⁵⁵³ Unter Festhalten an der Sphärentheorie wäre die Realisierung der Geschlechtsidentität der Privatsphäre zuzuordnen.⁵⁵⁴ In welchem Maße eine Begrenzung der rechtlichen Realisierung der Geschlechtsidentität verfassungsgemäß ist, wird im folgenden Abschnitt untersucht.⁵⁵⁵

(cc) Rechtfertigung und Schranken: In der Entscheidung

In der Entscheidung aus dem Jahr 1978 prüft das BVerfG die Rechtfertigung des Eingriffs in das Recht auf Geschlechtsidentität aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Die Ausführungen des BVerfG beschränken sich dabei auf das Sittengesetz. Da das Gericht davon ausgeht, dass die geschlechtskorrigierende Operation bei Transsexuellen durch ärztliche Gutachten als indiziert gelte und keine Manipulation des Geschlechts gewollt sei, sondern das Streben nach Einstimmigkeit von Psyche und Physis dahinter stehe, verneint es mit klaren Worten die Sittenwidrigkeit.⁵⁵⁶ Auch die Möglichkeit anschließend eine Ehe eingehen zu können verstoße nicht gegen das Sittengesetz – auch wenn diesbezüglich in der Gesellschaft gewisse Ressentiments festgestellt werden könnten. „Rational nicht zu begründende Auffassungen können dem Abschluß einer Ehe aber nicht entgegenstehen.“⁵⁵⁷ Weiterhin sei kein derartiges öffentliches Interesse an der Verweigerung der Änderung des Geschlechtseintrags im Geburtenbuch erkennbar, auf dessen Grundlage der Eingriff in das Grundrecht gerechtfertigt werden könnte.

⁵⁵² Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 14.09.1989 – 2 BvR 1062/87, NJW 1990, 563 (564).

⁵⁵³ *BVerfG*, Urt. 10.05.1957 – Az. 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 (433); NJW 1957, S. 865 (865).

⁵⁵⁴ So getan von *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 110; *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 69. Wohl so zu verstehen *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfau, *Kommentar zum GG*, Art. 2 Rn. 41.

⁵⁵⁵ Vgl. dazu D II.

⁵⁵⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (299).

⁵⁵⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (300).

Auch die fehlende gesetzliche Regelung könne den Staat nicht entpflichten.⁵⁵⁸ Das BVerfG forderte bis zur Erweiterung des § 30 PStG eine verfassungskonforme Auslegung des § 47 PStG.⁵⁵⁹ Der Begriff der „Berichtigung“ setze nicht zwingend die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit voraus, sondern ließe sich auch als nachträgliche Richtigstellung falscher Angaben auslegen.⁵⁶⁰ Ein mit der Rechtssicherheit zu begründendes Interesse an einem Gesetz bestätigte das Gericht.

(2) *BGH*, Beschl. v. 14.03.1979 – Az. IV ZB 156/78

Das BVerfG verwies den Fall zur Entscheidung zurück an den BGH. Daraufhin berichtigte der BGH in seinem Beschluss vom 14.03.1979⁵⁶¹ den Geschlechtseintrag in analoger Anwendung gem. § 47 PStG und entschied sich gegen § 30 I PStG, da die Feststellung der Geschlechtsumwandlung durch einen Richter zu treffen sei und diese in § 30 I PStG nicht vorgesehen sei. Im Hinblick auf Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG sei es geboten, im Wege richterlicher Rechtsfortbildung eine Eintragung vorzunehmen. Die Instanzengerichte folgten größten Teils diesem Vorbild.⁵⁶² Da mit der Berichtigung der Geschlechtszugehörigkeit auch der dem Prinzip der Geschlechtsoffenkundigkeit unterliegende Vorname falsch wurde, musste dieser ebenfalls geändert werden. Recht und Pflicht diesen neuen Vornamen zu wählen traf den Transsexuellen.⁵⁶³ Mit dem baldigen Erlass des TSG blieb die Bedeutung der BGH Entscheidung jedoch gering.

(3) Beschwerde vorm EGMR

Bereits 1973 hatte eine deutsche Transsexuelle eine Beschwerde bei der EKMR eingereicht, welche am 15.12.1977 für zulässig erklärt wurde.⁵⁶⁴ Antragstellerin war eine 1970 operierte Mann-zu-Frau-Transsexuelle, die mit ihren Anträgen auf Änderung ihres Geburtseintrags und ihres Vornamens von Günther in Gunde vor den deutschen Gerichten scheiterte. Vor der EKMR rügte sie eine Verletzung der Art. 3 und 8 EMRK, da die herabsetzende und erniedrigende Behandlung ihr Privatleben beeinträchtige, so wie Art. 8 EMRK wegen der Länge des Verfahrens. Eine nicht-

⁵⁵⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (301).

⁵⁵⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (301).

⁵⁶⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (302).

⁵⁶¹ *BGH*, Beschl. v. 14.03.1979 – Az. IV ZB 156/78, BGHZ 74, 20–25 NJW 1979, 1287–1288.

⁵⁶² *AG Flensburg*, Entsch. v. 31.08.1979 – Az. 60 III 8/79, StAZ 1980, S. 246–248; *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 29.01.1980 – Az. 3 W 1/80, StAZ 1980, S. 123–124. Ablehnend, weil die Fortpflanzungsfähigkeit nicht ausgeschlossen werden konnte: *LG Hamburg*, Beschl. v. 11.10.1979 – Az. 1 T 274/79, StAZ 1980, S. 155. Vgl. auch *Augstein*, Berichtigung des Vornamens in Fällen einer Unrichtigkeit des Geschlechtseintrages im Geburtenbuch durch die Zivilgerichte im Verfahren nach §§ 47 ff PStG?, StAZ 1980, S. 52–53.

⁵⁶³ *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 29.01.1980 – Az. 3 W 1/80, StAZ 1980, S. 123 (123); *Augstein*, Berichtigung des Vornamens, StAZ 1980, S. 52 (53).

⁵⁶⁴ *EKMR*, Ber. v. 11.10.1979 - 6699/74 – X/Deutschland, nach *Seibert*, EuGRZ 1979, S. 52–53; Zulässigkeit: EuGRZ 1978, S. 311. Beide Quellen in der EuGRZ sowie auch *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 77, zitieren versehentlich die Beschwerdenummer als „6699/76“.

öffentliche Verhandlung zur Begründetheit fand am 10.05.1978 statt. Aufgrund einer einvernehmlichen Klärung mit der BRD im Anschluss an die BVerfG Entscheidung kam es nie zu einer Entscheidung hinsichtlich der Frage der Begründetheit,⁵⁶⁵ die Beschwerde dürfte jedoch für außenpolitischen Druck gesorgt haben.⁵⁶⁶

Eine gegen Italien eingelegte Beschwerde wurde am 05.10.1982 ebenfalls zurückgezogen und die Fragen im Zusammenhang mit Transsexualität im Rahmen eines Gesetzes geregelt.⁵⁶⁷

dd. Das Transsexuellengesetz

Wie oben bereits erwähnt sind Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht nur zulässig, wenn sie aufgrund eines formellen verhältnismäßigen Gesetzes erfolgen. Nachdem bereits am 10.06.1976 der Bundestag die Bundesregierung gebeten hatte einen Gesetzentwurf zu erarbeiten, um es Transsexuellen zu ermöglichen nach geschlechtskorrigierenden Maßnahmen auch rechtlich eine Zuordnung zum „Gegengeschlecht“ zu erreichen⁵⁶⁸ und das BVerfG in der eben besprochenen Entscheidung das Interesse der Rechtssicherheit betont hatte, existiert in Deutschland seit Inkrafttreten des Gesetzes über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG)⁵⁶⁹ am 01.01.1981 eine formelle Eingriffsgrundlage⁵⁷⁰.

(1) Entstehungsgeschichte

Der dazugehörige Gesetzesentwurf wurde am 06.06.1979 von der deutschen Bundesregierung vorgelegt und sah die personenstandsrechtliche Änderung des Geschlechtseintrags (sog. große Lösung) als auch die Änderung des Vornamens (sog. kleine Lösung) vor.⁵⁷¹ Es basierte auf den diagnostischen Entwicklungen in den 1950er und 1960er Jahren, welche vor allem von Harry Benjamin geprägt waren. Für die „große Lösung“ wurden eine Altersgrenze von 25 Jahren und eine geschlechtsanpassende Operation verlangt; eine bestehende Ehe sollte mit der gerichtlichen Entscheidung zum Geschlechtseintrag als aufgelöst gelten. Altersgrenze für die „kleine Lösung“ stellte die Volljährigkeit dar. Für die „kleine Lösung“ wurden weder die Operation und Fortpflanzungsunfähigkeit noch die Ehelosigkeit zur

⁵⁶⁵ Report of the Commission adopted 11.10.1997. Vgl. *Killerby*, Speech, in: Council of Europe, XXIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 13–16 (15); *Will*, *Europarat und Transsexuelle – eine facettenreiche Wirkungsgeschichte*, R & P 2011, S. 215 (217).

⁵⁶⁶ So auch *Wielhöfer*, *Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes*, 2012, S. 44; *Will*, *Ein Leiden mit dem Recht*, in: Pfäfflin/Junge (Hrsg.), *Geschlechtsumwandlung*, 1992, S. 113 (116 ff.).

⁵⁶⁷ Beschwerdenr. 9420/81, zitiert nach der abweichenden Meinung der Richter *Bindschedler-Robert/Raaso/Gersing* zu EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81 – Rees/Vereinigtes Königreich.

⁵⁶⁸ Vgl. *von Mutius*, Entwurf eines Transsexuellengesetzes, Jura 1980, S. 112.

⁵⁶⁹ Vom 10.09.1980 (BGBl. I S. 1654) FNA 211-6, zuletzt geändert durch BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011 – Az. 1 BvR 3295/07 (BGBl. I S. 224).

⁵⁷⁰ Zum Eingriff vgl. D. I. a. cc. (1) (b).

⁵⁷¹ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979.

Voraussetzung gemacht.⁵⁷² Hintergrund dieser Überlegungen war es, die Möglichkeit zu schaffen ein möglichst sozial angepasstes und unauffälliges Leben führen zu können, ohne die weitreichenden und ggf. unumkehrbaren Folgen einer Operation erleben zu müssen. Im Alltag könne so eine gewisse Unauffälligkeit erreicht werden, bis auf in Ausnahmesituationen, in denen der Widerspruch zwischen eingetragendem Geschlecht und Vornamen sowie gelebtem Geschlecht offenkundig wird, wie beispielsweise bei Behördengängen oder Arbeitssuche.

Diese Überlegungen vermochten es nicht den Bundesrat, in welchem zu dieser Zeit andere (konservativere) Mehrheitsverhältnisse herrschten als im Bundestag, von der „kleinen Lösung“ zu überzeugen. Vielmehr lehnte der Bundesrat die „kleine Lösung“ ab, da sie weder vom BVerfG gefordert worden sei, noch bestehe ein praktisches Bedürfnis für die „kleine Lösung“, da es gerade typisch für Transsexuelle sei die volle Angleichung an das andere Geschlecht zu erreichen.⁵⁷³ Wer keine Operation wünsche, könne auch nicht als transsexuell bezeichnet werden. Die weitere Möglichkeit, dass eine operative Angleichung vom Betroffenen zwar gewünscht wird, aber nicht durchgeführt werden kann, weil der Eingriff gesundheitliche Gefährdungen des Betroffenen befürchten ließe, sei bisher nicht belegt und wurde vom Bundesrat als irrelevant eingestuft.⁵⁷⁴ Weiterhin werde aufgrund der geringeren Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet, dass Nicht-Transsexuelle die „kleine Lösung“ ausnutzen und Menschen mit einer transsexuellen Neigung voreilig einen Umstieg versuchten.⁵⁷⁵ Weiterer Kritikpunkt war die im Entwurf für die „große Lösung“ vorgesehene automatische Auflösung der Ehe. Die Verfasser des Entwurfes hatten diesen Auflösungsstatbestand aufgenommen, um die Betroffenen vor den Kosten eines Scheidungsverfahrens zu bewahren. Nach Ansicht des Bundesrates sei dies nicht mit der Bedeutung der Ehe und ihrem Schutz in Art. 6 I GG vereinbar.⁵⁷⁶ Auch müsse eine Ehe mit einem Transsexuellen nicht notwendigerweise zerrüttet sein.⁵⁷⁷ Letzteres fungierte als weiteres Argument des Bundesrates, allerdings schlossen sie hieraus, dass es gegen Art. 6 I GG verstoßen würde, eine nicht zerrüttete Ehe aufzulösen.⁵⁷⁸ Schließlich forderte der Bundesrat die dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit, u.a. um es Kindern zu ermöglichen, ihre Abstammung feststellen zu lassen.⁵⁷⁹

Dennoch gab der Innenausschuss eine Beschlussempfehlung ab⁵⁸⁰, welcher der Deutsche Bundestag folgte und den Entwurf am 12.06.1980 annahm. Aufgrund

⁵⁷² Damit bestünde ein Verstoß gegen das Geschlechtsoffenkundigkeitsprinzip im Namensrecht, vgl. dazu D I 2 a.

⁵⁷³ Vgl. BT-Drs. 8/4345 v. 27.06.1980, S. 3.

⁵⁷⁴ BT-Drs. 8/4345 v. 27.06.1980, S. 3.

⁵⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 8/4345 v. 27.06.1980, S. 3.

⁵⁷⁶ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 21.

⁵⁷⁷ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 16.

⁵⁷⁸ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 21.

⁵⁷⁹ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 23.

⁵⁸⁰ BT-Drs. 8/4120 v. 23.05.1980.

seiner weiterhin bestehenden Bedenken gegen die „kleine Lösung“ rief der Bundesrat nach Art. 77 II GG den Vermittlungsausschuss an.⁵⁸¹ Dieser empfahl die Altersschränke für beide Lösungen auf 25 Jahre zu setzen und die „große Lösung“ von der Voraussetzung abhängig zu machen, dass die antragsstellende Person unverheiratet sei. Die Grundstruktur der zwei Lösungen wurde beibehalten.⁵⁸² Mit diesem Kompromiss wurde das Gesetz am 04.07.1980 verabschiedet. Im Nachhinein wurde die Einführung eines Mindestalters von 25 Jahren für beide Lösungen insbesondere dafür kritisiert, dass der „kleinen Lösung“ ihr Bedeutungsraum aberkannt wurde.⁵⁸³ Eine Analyse der Entscheidungen mit Bezug zur Transsexualität, welche im Zeitraum zwischen der Entscheidung des BVerfG und dem Inkrafttreten des TSG ergingen, ergab, dass die unter 25 Jährigen die größte Gruppe der Transsexuellen Menschen stellen, die eine Operation haben vornehmen lassen.⁵⁸⁴ Entsprechend bezeichnet *Augstein* die Altersgrenze auch als „eklatanten Missgriff“ der allen unter 25 Jährigen jegliche rechtliche Erleichterung unmöglich machte.

Zur gleichen Zeit existierte in Europa nur in Schweden eine gesetzliche Regelung. In Italien, Norwegen und der Schweiz stimmten ohne gesetzliche Regelung die Behörden bzw. Gerichte im Einzelfall der Berichtigung von Vornamen oder Geschlecht zu, während dies in Frankreich, Finnland, Großbritannien und den Niederlanden abgelehnt wurde.⁵⁸⁵

(2) Inhalt und Wandel des TSG

Als zweites europäisches Gesetz zum Thema Transsexualität wurde das deutsche TSG teils als modernstes Gesetz bezeichnet.⁵⁸⁶ Seit seiner Entstehung wurde es jedoch nie durch den Gesetzgeber reformiert⁵⁸⁷ und kann sich auf diesen Titel heutzutage nicht mehr berufen. Eine indirekte Reform erfolgte über die Jahre durch das

⁵⁸¹ BR-Drs. 329/80 v. 27.06.1980, S. 301 und BT-Drs. 8/4345 v. 27.06.1980.

⁵⁸² Vgl. Plenarprotokoll des Bundesrats, 490. Sitzung v. 04.07.1980, S. 332–333.

⁵⁸³ Zu den später vom BVerfG für verfassungswidrig erkannten Altersgrenzen, vgl. D II 2.

⁵⁸⁴ *Augstein*, Entscheidungen zur Transsexualität und Intersexualität bis zum 31.12.1980, StAZ 1982, S. 240 (240); Kritik an der Altersgrenze, die Transsexuelle zwingt trotz eines Lebens im anderen Geschlecht und vorgenommenen Operationen (also auch nach dem Abschluss ihrer transsexuellen Entwicklung) mehrere Jahre im Geburtsgeschlecht zu leben, auch schon in *Augstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (11). Ebenfalls kritisch *Hirschauer*, in: Pfäfflin/Junge, Geschlechtsumwandlung, 1992, S. 84.

⁵⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 10–11.

⁵⁸⁶ *Will*, Europarat und Transsexuelle – eine facettenreiche Wirkungsgeschichte, R & P 2011, S. 215–229 (217).

⁵⁸⁷ Marginale Veränderungen fanden statt: Art. 49 RentenreformG v. 18.12.1989, BGBl. I S. 2261 änderte § 12 I 2 TSG; Art. 7 § 8 BetreuungG v. 12.09.1990, BGBl. I S. 2002, änderte § 3 I 1 TSG; Art. 14 § 2 KindschaftsrechtsreformG v. 16.12.1997, BGBl. I S. 2942, ber. 1998 I S. 946, änderte § 7 I Nr. 1 und 2 TSG; Art. 13 EheschließungsrechtsG v. 04.05.1998, BGBl. I S. 833, änderte §§ 5, 7; Art. 2 V PersonenstandsrechtsreformG v. 19.02.2007, BGBl. I S. 122, änderte § 7 TSG; Art. 3a G zur Änd. des PassG und weiterer Vorschr. v. 20.07.2007, BGBl. I S. 1566, änderte § 1 I TSG; Art. 11 FGG-ReformG v. 17.12.2008, BGBl. I S. 2586, änderte §§ 3 I 2, 4 I TSG; Art. 1 TranssexuellenG-ÄndG v. 17.07.2009, BGBl. I S. 1978, änderte §§ 8, 9.

BVerfG, welches das Gesetz partiell und letztlich grundlegend veränderte. Insbesondere im Rahmen der Reform des Personenstandsrechts 2007 hätte der deutsche Gesetzgeber die Chancen nutzen und sich mit den Problemen von Trans- und Intersexuellen auseinandersetzen können. Nachdem der Deutsche Ethikrat eine Stellungnahme abgegeben hatte, trat am 01.11.2013 eine Änderung des PStG in Kraft, die es ermöglicht, dass Personen bei Geburt keinen Geschlechtseintrag erhalten.⁵⁸⁸ Damit wurde einer auch in der Wissenschaft bereits länger bestehenden Forderung nachgekommen.⁵⁸⁹ Diese wichtige Änderung war für intersexuelle Menschen von großer praktischer Bedeutung. Erneut wurde jedoch die Chance vertan, den zumindest verwandten Themenbereich der Transsexualität zu diskutieren und zu reformieren.

Wie bereits erwähnt liegt dem deutschen TSG eine zweiteilige Grundstruktur zu Grunde. Trotz einiger weitreichender Änderungen in der Praxis durch die Entscheidungen des BVerfG besteht die Untergliederung in die Vornamensänderung als „kleine Lösung“ (§§ 1 ff. TSG) und die personenstandsrechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität als „große Lösung“ (§§ 8 ff. TSG) weiter. Das Gesetz enthält neben diesen beiden Abschnitten, welche die materiellen Tatbestandsvoraussetzungen und die verfahrensrechtlichen Fragen regeln, zwei weitere Abschnitte. In §§ 13-18 TSG sind die notwendigen Gesetzesanpassungen und die Übergangs- bzw. Schlussbestimmungen enthalten. Die Verfahren nach dem TSG erfolgen im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 2, 4 TSG).

Die Voraussetzungen für die „kleine Lösung“ in § 1 I gelten auch für die „große Lösung“ und lassen sich folglich als Grundvoraussetzungen bezeichnen (vgl. Verweis in § 8 I TSG). Diese Grundvoraussetzungen umfassen das Zugehörigkeitsempfinden des Antragstellers zum anderen Geschlecht, als dem bei der Geburt notierten. Dieses Zugehörigkeitsempfinden muss sich aufgrund des Zwangs seit drei Jahren entsprechend zu leben manifestiert haben (§ 1 I Nr. 1 TSG). Weiterhin bedarf es der hohen Wahrscheinlichkeit, dass sich dieses Empfinden nicht mehr ändert (§ 1 I Nr. 2 TSG). Dieser Zustand ist durch zwei Gutachten von Sachverständigen zu verifizieren (§ 4 III 1 TSG). § 1 I Nr. 3 TSG enthält Einschränkungen bezüglich der Staatsangehörigkeit und wurde im Anschluss an eine BVerfG Entscheidung⁵⁹⁰ angepasst.⁵⁹¹

Für die „große Lösung“ waren als zusätzliche Voraussetzungen die Ledigkeit (§ 8 I Nr. 2 TSG) und die dauernde Fortpflanzungsunfähigkeit des Antragstellers (§ 8 I Nr. 3 TSG) vorgesehen. Außerdem musste der Antragsteller durch einen die äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff eine deutliche

⁵⁸⁸ Vgl. dazu bereits B II 2 bb.

⁵⁸⁹ Plett, Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität, in: Duttge/Engel/Zoll (Hrsg.), Sexuelle Identität und gesellschaftliche Normen, 2010, S. 53–67 (62); Büchler/Cottier, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger Frauenstudien, Queering Gender 2005, S. 115 (126).

⁵⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, BVerfGE 116, 243.

⁵⁹¹ Vgl. dazu später D II 1.

Annäherung an das Erscheinungsbild des der Geschlechtsidentität entsprechenden Geschlechts erreicht haben (§ 8 I Nr. 4 TSG). Damit stellte die „große Lösung“ wesentlich höhere Anforderungen an den Antragsteller als die „kleine Lösung“. Hintergrund dieser Einteilung in „kleine“ und „große Lösung“ war die Vorstellung der „kleinen Lösung“ als Vorstufe zur „großen Lösung“, welche nach Ansicht des Gesetzgebers von allen Transsexuellen, inklusive der Operation, anvisiert wurde. Durch die „kleine Lösung“ sollte die Integration des Transsexuellen in die Gesellschaft gefördert werden, indem erste Alltagsprobleme gelöst wurden. Im täglichen Leben ist der ein Geschlecht repräsentierende Vorname von großer Bedeutung. Den Transsexuellen sollte die Möglichkeit gegeben werden mit weniger potentiellen konfliktreichen Situationen die neue Rolle zu erproben. Über die Jahre sollte sich jedoch in der Praxis und Realität zeigen, dass diese ursprüngliche Intention des ausschließlichen Erprobungszwecks der „kleinen Lösung“ nicht den Bedürfnissen entsprach. Nicht wenige Menschen verblieben bewusst in der „kleinen Lösung“ und dies nicht nur wegen der geringeren Voraussetzungen. Auch das BVerfG hat schließlich die Wertigkeit der „kleinen Lösung“ anerkannt und mit seinen Entscheidungen vom 15.08.1996⁵⁹² und 06.12.2005⁵⁹³ eine Annäherung an die „große Lösung“ vorgenommen (wenn nicht sogar eine Gleichstellung). Der größte Fortschritt erfolgte 2011, als das BVerfG die „große Lösung“ auch für prä-operative Transsexuelle öffnete bzw. die Voraussetzung der geschlechtsangleichenden Operation für verfassungswidrig erklärte. Auch die Voraussetzung der Ehelosigkeit wurde 2008 als nicht mit dem Grundgesetz vereinbar eingestuft.⁵⁹⁴ Folglich sind in Deutschland momentan die „kleine“ und „große Lösung“ unter den gleichen Grundvoraussetzungen erreichbar: Zwei medizinische Sachverständigen Gutachten müssen das Zugehörigkeitsempfinden, also die Transsexualität des Antragstellers, bestätigen.

Weiterhin regelt § 5 TSG das Offenbarungsverbot: Mit Rechtskraft der Entscheidung dürfen ohne Zustimmung des Antragstellers alte Vornamen bzw. das Geschlecht (vgl. § 10 II TSG) von Dritten nicht offenbart und ausgeforscht werden. Ausnahmen bestehen bei besonderem öffentlichen oder rechtlichem Interesse (§ 5 I 2. HS TSG). Eine Abstammungsurkunde war und eine Geburtsurkunde ist ohne Vermerk der Geschlechtsänderung auszustellen.⁵⁹⁵ Im Vorfeld divers diskutiert wurde die Möglichkeit zum alten Vornamen bzw. Geburtsgeschlecht zurückzukehren – mit § 6 TSG besteht die Möglichkeit der Aufhebung des Antrags auf Vornamensänderung. § 9 TSG verweist für die Rückkehr zum Geburtsgeschlecht auf § 6 TSG und übernimmt die Voraussetzungen für die Rückkehr im Rahmen der „kleinen Lösung“, ohne weitere Voraussetzungen für die Situation nach erfolgter „großer Lösung“ zu statuieren. Während für den „Hinweg“ eine geschlechtsan-

⁵⁹² BVerfG, Beschl. v. 15.08.1996, NJW 1997, 1632.

⁵⁹³ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, BVerfGE 115, 1.

⁵⁹⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, BVerfGE 121, 175.

⁵⁹⁵ AG Nürnberg, Beschl. v. 08.02.2005 – Az. UR III 179/04, StAZ 2005, S. 233 (233); OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 19.05.2015 – Az. 20 W 15/15, StAZ 2016, S. 45 ff.

passende Operation verlangt wurde, wird für den „Rückweg“ keine weitere, den ursprünglichen Zustand (so weit möglich wiederherstellende) Operation vorausgesetzt. Dies ist möglicherweise auf die enormen praktischen Probleme bei der Umsetzung zurückzuführen. Befriedigende Ergebnisse sind insoweit kaum zu erwarten. Für den Bundesrat barg die grundsätzliche Möglichkeit der Rückumwandlung die Gefahr des Missbrauchs. Eine Notwendigkeit diese Möglichkeit vorzusehen ergab sich für den Bundesrat nicht, da ein echter Transsexueller diesen Wunsch nicht hegen würde.⁵⁹⁶

Eine automatische Rückkehr zum alten Vornamen wurde für die Fälle des § 7 I TSG vorgesehen. Hierzu gehört beispielweise die Geburt eines Kindes. Umfasst sind sowohl die Konstellationen, dass eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle ein Kind gezeugt hat, als auch, dass ein Frau-zu-Mann-Transsexueller ein Kind geboren hat (Nr. 1) sowie die Situation, dass die Abstammung eines Kindes anerkannt bzw. eine Vaterschaft nicht angefochten wurde (Nr. 2). Bis zum 06.12.2005 war eine nachträgliche Eheschließung des Antragstellers ebenfalls ein Grund, der zur (unfreiwilligen) Rückkehr zum alten Vornamen führte.⁵⁹⁷

Für die „große Lösung“ war in § 9 I TSG ferner die Möglichkeit eines Vorabentscheidungsverfahrens vorgesehen.⁵⁹⁸ Nachdem das BVerfG die zusätzlichen Voraussetzungen des § 8 I Nr. 2-4 TSG jedoch für unanwendbar erklärt hat, dürfte die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit kaum noch existent sein. Mit Rechtskraft der Entscheidung über die Personenstandsänderung richten sich alle Rechte und Pflichten entsprechend dem nun eingetragenen Geschlecht (vgl. § 10 I TSG). Von der Änderung unberührt bleiben jedoch das rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis (§ 11 TSG), die Anwartschaften für die Rente und andere vergleichbare wiederkehrende Leistungen (§ 12 TSG).

b. EMRK

Die mehrere Entscheidungen und Jahrzehnte umfassende Rechtsprechung des EGMR zur Geschlechtsidentität von Transsexuellen und die darin involvierte Frage, ob der Staat verpflichtet ist, diese Geschlechtsidentität im Rahmen des Rechtssystems anzuerkennen, ist eines der deutlichsten Beispiele für die Auswirkungen der oben erläuterten *margin of appreciation*.

In der Sache *X*⁵⁹⁹ kam es aufgrund einer friedlichen Einigung zwischen den Parteien zu keiner Entscheidung. Die Europäische Kommission nahm sich der Sache *Van Oosterwijck*⁶⁰⁰ an, zu einer Entscheidung des Gerichtshofs kam es jedoch ebenfalls nicht. In *Rees*⁶⁰¹ stellte das Gericht fest, dass zu diesem Zeitpunkt diesbezüglich

⁵⁹⁶ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 23.

⁵⁹⁷ Vgl. dazu D II 4 d und BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, BVerfGE 115, 1.

⁵⁹⁸ Vgl. dazu *Augstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (14).

⁵⁹⁹ EKMR, Ber. v. 11.10.1979 - 6699/74 - X/Deutschland.

⁶⁰⁰ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76 - Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566; EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76 - Van Oosterwijck/Belgien.

⁶⁰¹ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Series A 106, Rn. 37 - Rees/Vereinigtes Königreich.

nur wenige Gemeinsamkeiten unter den Vertragsstaaten feststellbar waren und dem Staat folglich eine weite *margin of appreciation* zuzugestehen war. Vier Jahre später in *Cossey* entschied der EGMR erneut, dass aufgrund nur geringer Änderungen weiterhin eine weite *margin of appreciation* gegeben war, behielt sich eine Änderung seiner Rechtsprechung jedoch ausdrücklich vor.⁶⁰² Auch acht Jahre später in *Sheffield und Horsham*⁶⁰³ fehlt es laut EGMR noch immer an einem gemeinsamen Ansatz darüber, welche Folgen die rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsänderung mit sich bringt. Während in *Rees* noch zwölf zu drei abgestimmt wurde, wurde *Sheffield und Horsham* nur mit einer Mehrheit von elf zu neun entschieden.⁶⁰⁴ Erst in *Goodwin*⁶⁰⁵ und in *I.*⁶⁰⁶ – 23 Jahre nach *X* und *Van Oostervijk* – gab der EGMR seine bisherige Rechtsprechung auf und entschied einstimmig zugunsten der Antragsteller. In den fast identischen Urteilen argumentiert der EGMR dahingehend, dass seit seinem letzten Urteil signifikante Veränderungen stattgefunden haben, welche es rechtfertigen, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.⁶⁰⁷

aa. Prüfungsmaßstab

Die vom deutschen BVerfG herangezogene Menschenwürde aus Art. 1 GG wird von der Konvention nicht ausdrücklich erwähnt. Das Gebot der Achtung der Menschenwürde liegt jedoch nach der Rechtsprechung des EGMR allen Garantien der Konvention zu Grunde.⁶⁰⁸ Eine besondere Bedeutung kommt der Menschenwürde bei der Auslegung von Art. 3 EMRK zu. Dort wird für die Definition der erniedrigenden Handlung auf die Menschenwürde abgestellt, indem man unter dieser eine entwürdigende Behandlung versteht.⁶⁰⁹ Anders als das BVerfG, welches in der

⁶⁰² EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 40, 42 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich.

⁶⁰³ EGMR (GK), Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 57–58 – *Sheffield und Horsham*/Vereinigtes Königreich.

⁶⁰⁴ Vgl. auch die abweichenden und zustimmenden Meinungen der Richter zu diesen Urteilen. Teilw. wird die Änderung in den Staaten als ausreichend für eine Anpassung der Rechtsprechung gehalten (bereits in *Cossey*: Gemeinsame teilweise abweichende Meinung der Richter *MacDonald/Spielmann* und abweichende Meinung des Richters *Martens*; in *Sheffield und Horsham*: Gemeinsame teilweise abweichende Meinung der Richter *Bernhardt/Thór/Vilbjálmsson/Spielmann/Palm/Wildhaber/Makarzyk/Voicin*). Teilw. wollen die Richter die *margin* und den europäischen Standard hier gänzlich unbeachtet lassen (in *Sheffield und Horsham*: Gemeinsame teilweise zustimmende Meinung der Richter *De Meyer/Valticos/Morenilla*). Vgl. außerdem für eine tabellarische Auflistung der Abstimmungsverhältnisse von *Van Oostervijk* bis *L.: Will*, Europarat und Transsexuelle, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (190 f. Fn. 27).

⁶⁰⁵ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95 – *Christine Goodwin*/Vereinigtes Königreich.

⁶⁰⁶ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94 – *I.*/Vereinigtes Königreich.

⁶⁰⁷ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 84 – *Christine Goodwin*/Vereinigtes Königreich.

⁶⁰⁸ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 90 – *Christine Goodwin*/Vereinigtes Königreich. Ebenfalls betont unter Verweis auf das BVerfG in der abweichenden Meinung des Richters *Martens* zu EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 39, 40 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich – Rn. 2.6.3 und 2.7.

⁶⁰⁹ EGMR, Urt. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 52 – *Pretty*/Vereinigtes Königreich

administrativen Behandlung von Transsexuellen die Menschenwürde betroffen sieht, verneinte die EKMR eine Berührung mit dem Schutzbereich des Art. 3 EMRK.⁶¹⁰ Der EGMR bzw. die EKMR ziehen Art. 8 EMRK und das Recht auf Privatleben heran. Es wird untersucht, ob eine positive Verpflichtung aus Art. 8 EMRK abzuleiten ist, eine Änderung des rechtlichen Geschlechts zu ermöglichen bzw. das Geschlecht anzuerkennen. Neben Art. 8 könnten auch Art. 14 und Art. 12 berührt sein, so dass zunächst diese Rechte abstrakt dargestellt werden, um so die Schutzbereichsbestimmung durch den EGMR im Zusammenhang mit Transsexualität nachvollziehbar zu machen.

(1) Art. 8 EMRK: Schutz des Privat- und Familienlebens

Insgesamt wird von Art. 8 EMRK der Schutz von vier verschiedenen Rechten gewährleistet: Privat- und Familienleben, Wohnung und Korrespondenz.⁶¹¹ Nur die ersten beiden Bereiche sind hier von Relevanz.

(a) Schutzbereich

Der Begriff des Privatlebens wird umfassend verstanden und ist keiner abschließenden Definition zugänglich. Geschützt wird das Recht des Einzelnen auf Identität und Entwicklung der Person und das Recht Beziehungen zu anderen Menschen und der Umwelt aufzubauen und zu entwickeln.⁶¹² Für zwischenmenschlicher Beziehungen wird vom Gerichtshof eine gewisse Nähe zur Verwirklichung der Persönlichkeit gefordert.⁶¹³ Ebenso gehört zum Privatleben die körperliche, psychische und soziale Integrität.⁶¹⁴ Diese Ausprägungen basieren auf der Autonomie des Menschen und daran anknüpfend auf dem Recht auf Selbstbestimmung.⁶¹⁵

Unter Familienleben versteht man die Beziehungen zwischen den Elternteilen untereinander, zwischen den Elternteilen und ihren Kindern, egal, ob es sich um eheliche oder nicht eheliche Familien handelt. Voraussetzung ist, dass *de facto* eine Familie besteht, die zusammenlebt und bei der eine enge persönliche Bindung besteht.⁶¹⁶ Ein Familienleben ist unter diesen Voraussetzungen auch bei gleich-

⁶¹⁰ Vgl. *Bank*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 11 Rn. 92. Der Beitrag ist nicht aktuell und berücksichtigt die Wende von 2002 mit den Entscheidungen *Goodwin* und *I.* nicht.

⁶¹¹ So auch Art. 17 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (ICCPR), der außerdem noch den Schutz der Ehre und des Rufs ausdrücklich mit aufnimmt.

⁶¹² Vgl. *EGMR*, Urt. v. 16.12.1992 - 13710/88, Rn. 29 – Niemitz/Deutschland; *EGMR*, Urt. v. 06.02.2001 - 44599/98, Rn. 47 – Bensaid/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Urt. v. 07.02.2002 - 53176/99, Rn. 53 – Mikulić/Kroatien.

⁶¹³ *EGMR*, Urt. v. 24.11.2009 - 16072/06 und 27809/08, Rn. 42–44 – Friend u.a./Vereinigtes Königreich.

⁶¹⁴ *EGMR*, Urt. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 61 – Pretty/Vereinigtes Königreich, NJW 2002, 2851; *EGMR*, Urt. v. 07.02.2002 - 53176/99, Rn. 53 – Mikulić/Kroatien.

⁶¹⁵ *EGMR*, Urt. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 61, 71 – Pretty/Vereinigtes Königreich, NJW 2002, 2851.

⁶¹⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 12.07.2001 - 25702/94, Rn. 150 – K und T/Finnland.

geschlechtlichen Partnern anerkannt.⁶¹⁷ Anders als Art. 12 EMRK, welcher ausdrücklich auf die innerstaatlichen Gesetze verweist, zielt Art. 8 EMRK nicht in erster Linie auf das Rechtsinstitut Familie ab, sondern auf das Zusammenleben als Familie.

(b) Eingriff

Der Wortlaut der Vorschrift spricht vom Recht des Einzelnen auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Dies bedeutet, dass der Staat nicht in diese Rechte eingreifen darf, es sei denn die in Abs. 2 genannten Ausnahmen liegen vor. Gleichzeitig kann eine Verletzung dieser Rechte auch durch ein Unterlassen erfolgen, da sich aus Art. 8 I EMRK auch positive Schutz- und Handlungspflichten für den Staat ergeben.⁶¹⁸ Er ist verpflichtet Maßnahmen zu treffen, um die Achtung des Privat- und Familienlebens zu gewährleisten. Zu den Maßnahmen, die sich aus der positiven Handlungspflicht ergeben, kann auch der Erlass von Gesetzen gehören.⁶¹⁹

(c) Rechtfertigung

Damit ein Eingriff in Art. 8 I EMRK gerechtfertigt sein kann, bedarf dieser einer gesetzlichen Grundlage. Trotz teilweise sprachlicher Unterschiede zwischen den Artikeln und dem Wortlaut der Übersetzungen handelt es sich um einen echten Gesetzesvorbehalt.⁶²⁰ Weiterhin muss dieser Eingriff einem der in Abs. 2 aufgezählten Ziele dienen: der nationalen oder öffentlichen Sicherheit, dem wirtschaftlichen Wohl des Landes, der Aufrechterhaltung der Ordnung, der Verhütung von Straftaten, dem Schutz der Gesundheit oder der Moral und dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Keiner dieser Eingriffszwecke wurde in der Rechtsprechung des EGMR präzise ausgelegt oder näher definiert. Nur in Ausnahmefällen ließ der EGMR eine Rechtfertigung eines Eingriffs bereits am mangelnden legitimen Ziel scheitern.⁶²¹ Weiterhin nimmt er ausgehend von der Voraussetzung „notwendig in einer demokratischen Gesellschaft“ eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor.

(2) Art. 14 EMRK: Diskriminierungsverbot

Der Anwendungsbereich von Art. 14 EMRK ist beschränkt auf die in der EMRK „festgelegten Rechte und Freiheiten“. Daraus folgt, dass der einer möglichen Diskriminierung zugrunde liegende Sachverhalt in den Regelungsbereich eines anderen

⁶¹⁷ *EGMR*, Urt. v. 22.07.2010 - 18984/02, Rn. 30 – P.B. und J.S./Österreich; *EGMR (GK)*, Urt. v. 24.06.2010 - 30141/04, Rn. 94 – Schalk und Kopf/Österreich; *EGMR*, Urt. v. 19.12.2013 - 19010/07, Rn. 93–97 – X u.a./Österreich, *NJW* 2013, 2173.

⁶¹⁸ Vgl. bereits *EGMR*, Urt. v. 13.06.1979 - 6833/74, Rn. 31 – Marecx/Belgien.

⁶¹⁹ Vgl. bspw. *EGMR*, Urt. v. 09.10.1979 - 6289/73, Rn. 32 ff. – Airey/Irland.

⁶²⁰ *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 81.

⁶²¹ *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 89.

Konventionsrechts fallen muss (Akzessorietät des Diskriminierungsverbots).⁶²² Um die Prüfung des Art. 14 EMRK zu eröffnen, bedarf es nur einer thematischen Einschlägigkeit, nicht einer Verletzung oder eines Eingriffs in das Konventionsrecht.⁶²³ Eine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK setzt, ähnlich wie Art. 3 GG,⁶²⁴ weiter voraus, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden. Es muss folglich zunächst festgestellt werden, dass zwei Sachverhalte im Vergleich zueinander in Bezug auf die relevanten Faktoren sachlich gleich sind oder sich im Wesentlichen ähnlich sind.⁶²⁵ Auch bei Art. 14 EMRK stellt nicht jede Differenzierung anhand eines der Merkmale eine Verletzung des Diskriminierungsverbots dar. Nur dann, wenn keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung von sachlich Gleichem besteht, liegt ein Verstoß gegen die Konventionsnorm vor.⁶²⁶ Mittlerweile hat der EGMR anerkannt, dass Transsexuelle, unabhängig davon, ob sie sich einer operativen Geschlechtsanpassung unterzogen haben oder nicht, von Art. 14 EMRK vor Diskriminierungen aufgrund ihrer Geschlechtsidentität geschützt sind.⁶²⁷

(3) Art. 12 EMRK: Recht auf Eheschließung und Familiengründung

Art. 12 EMRK gewährt jedem heiratsfähigem Mann und jeder heiratsfähigen Frau die Freiheit zur Eheschließung und Familiengründung. Hinsichtlich der Definition der Ehe stellt der EGMR auf das konventionelle Verständnis einer Partnerschaft zwischen Personen unterschiedlichen Geschlechts ab, die eine dauerhafte, unter bestimmten formellen Voraussetzungen geschlossene Verbindung eingegangen sind. Damit gesteht der EGMR bisher gleichgeschlechtlichen Paaren kein Recht auf Anerkennung ihrer Lebensgemeinschaft als Ehe zu. Dem Wortlaut des Art. 12 EMRK

⁶²² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 4; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 31 f.; *EGMR*, Urt. v. 23.07.1968 - 1474/62, 1677/62, 1691/62 u.a., B. Interpretation adopted by the Court Rn. 9 – Belgischer Sprachenfall/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 13.06.1979 - 6833/74, Rn. 32 – Marckx/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 23.11.1983 - 8919/80, Rn. 43 – Van der Mussele/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 16.09.1996 - 17371/90, Rn. 36 – Gaygusuz/Österreich.

⁶²³ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 5; *EGMR (GK)*, Urt. v. 12.02.2008 - 21906/04, Rn. 159 – Kafkaris/Zypern.

⁶²⁴ Vgl. zu Unterschieden und Gemeinsamkeiten von Art. 14 EMRK und Art. 3 GG *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21.

⁶²⁵ *EGMR*, Urt. v. 13.06.1979 - 6833/74, Rn. 32 – Marckx/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 23.11.1983 - 8919/80, Rn. 46 – Van der Mussele/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 18.02.1991 - 12033/86, Rn. 60 – Fredin/Schweden (No. 1).

⁶²⁶ St. Rspr. seit *EGMR*, Urt. v. 23.07.1968 - 1474/62, 1677/62, 1691/62 u.a., Rn. 10 – Belgischer Sprachenfall/Belgien, EuGRZ 198, 289, I 4; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 24.

⁶²⁷ *EGMR*, Urt. v. 12.05.2015 - 73235/12, Rn. 96 – Identoba u.a./Georgien. In der Hauptsache hatte das Gericht den polizeilichen Schutz einer friedlichen Kundgebung zum International Day against Homo- and Transphobia (IDAHOT) gegen gewalttätige homo- und transphobe Gegendemonstranten zu beurteilen. Nach *EGMR*, Urt. v. 30.11.2010 - 35159/09 – P.V./Spanien herrschte noch Unsicherheit, ob sich der Diskriminierungsschutz nur auf post-operative Transgender bezog.

lässt sich außerdem ein Zusammenhang zwischen Familie und Ehe entnehmen.⁶²⁸ Im Detail wird auf Art. 12 EMRK im Abschnitt D II 4 eingegangen. Darüberhinaus hat der Europarat die eigenständige Gleichheit von Eheleuten in Bezug auf die Eheschließung, während der Ehe, bei der Auflösung der Ehe sowie in ihren Beziehungen zu ihren Kindern im 7. Zusatzprotokoll in Art. 5 von 1966 verankert.⁶²⁹

bb. Rechtswicklung und Rechtsprechungshistorie

Der Schutz von Transsexuellen und der Umfang des Schutzbereichs sind durch die Rechtsprechung geprägt. Aber auch die weiteren Instrumente der EMRK haben ihren Einfluss genommen. Teilweise erfolgte die rechtliche Entwicklung progressiv, teils verlief sie im Vergleich zu den anderen Wissenschaften verzögert. Diese Entwicklung wird im folgenden Abschnitt untersucht.

(1) Der erste Schritt: *Van Oostervijk*

Der erste Transsexuellen-Sachverhalt, mit dem der EGMR sich beschäftigte, sollte nicht zur Entscheidung in der Hauptsache gelangen. Im Gegensatz zur Kommission sah der Gerichtshof die Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtswegs als nicht gegeben an und erklärte die Beschwerde für unzulässig.⁶³⁰ Auch wenn keine Entscheidung des EGMR in der Sache gefällt wurde, geben die Ausführungen der EKMR, des Beschwerdeführers und des EGMR in der Rechtssache *Van Oostervijk*⁶³¹ erste Aufschlüsse hinsichtlich der juristischen Herangehensweise an die Problematik und der einst vorherrschenden Rechtsauffassung.

(a) Sachverhalt und Rechtslage in Belgien

Entsprechend seinen physiologischen und biologischen Merkmalen wurde der Beschwerdeführer nach seiner Geburt als Kind weiblichen Geschlechts in das Geburtenregister eingetragen. Nachdem bei ihm im späteren Leben irreversibler Transsexualismus festgestellt wurde, unterzog er sich einer medizinischen (hormonalen und operativen) Behandlung, durch die er das seiner Geschlechtsidentität entsprechende Erscheinungsbild eines Mannes erwarb. Eine besondere Erwähnung im Urteil findet die Tatsache, dass die Chromosomen trotz dieser medizinischen Geschlechts-

⁶²⁸ Insbesondere der englische und französische Wortlaut weist darauf hin, „this right“ und „ce droit“.

⁶²⁹ Von Deutschland bislang am 19.03.1985 mit einer Erklärung unterzeichnet, aber nicht ratifiziert.

⁶³⁰ Interessant ist im Vergleich die Entscheidung *EGMR*, Urt. v. 25.03.1992, Rn. 39 - 13343/87 – B./Frankreich. Auch *B* hatte sich nicht bereits vor den ersten Instanzen auf die Konvention gestützt. Nach Ansicht des EGMR war der entscheidende Unterschied zu *Van Oostervijk* aber, dass es zahlreiche Entscheidungen der Untergerichte gab, die ausschließlich auf Vorschriften des französischen Rechts gegründet waren und die der Beschwerdeführerin Hoffnung gestatteten, dass sie ihren Fall gewinnen könnte.

⁶³¹ *EGMR*, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 11 – *Van Oostervijk/Belgien*, EuGRZ 1981, 275, NJW 1982, 497.

anpassung solche des weiblichen Geschlechts bleiben.⁶³² Anschließend an seine Operationen stellte der Beschwerdeführer den Antrag, die Geschlechtsangabe im Geburtenbuch zu berichtigen und dabei den Vornamen entsprechend zu ändern. Dieser Antrag wurde sowohl in erster als auch in zweiter Instanz mit der Begründung abgelehnt, eine Berichtigung von Eintragungen komme nur in Betracht, wenn die Eintragung bereits im Zeitpunkt ihrer Vornahme unrichtig gewesen sei.⁶³³ Das geltende Recht Belgiens enthalte keine Bestimmung, die es gestatte, künstlichen Veränderungen des äußeren Erscheinungsbildes Rechnung zu tragen, selbst wenn diese einer tiefempfundenen psychischen Neigung entsprächen. Der Beschwerdeführer unterließ es gegen diese Entscheidung des Berufungsgerichts Kassationsbeschwerde zu erheben.

Zum damaligen Zeitpunkt enthielt das belgische Recht keine ausdrückliche Regelung bezüglich Transsexualität und ihrer Behandlung im Personenstandsrecht. Die Zulässigkeit einer Berichtigung der Geschlechtsangabe in Personenstandsbüchern, nachdem medizinische Schritte eingeleitet wurden, wurde von den Instanzgerichten unterschiedlich beurteilt. Zur Klärung von Personenstandsfragen gab es zwei Möglichkeiten: Zum einen konnte durch gerichtliche Entscheidung die Berichtigung von Eintragungen in Personenstandsbüchern herbeigeführt werden. Zum anderen bestand die Möglichkeit einer Statusklage, die darauf abzielte, die Übereinstimmung zwischen dem amtlich festgestellten und dem tatsächlichen Personenstand für die Zukunft herzustellen. Von dieser Möglichkeit war zum damaligen Zeitpunkt zum Zweck der Anerkennung einer neuen geschlechtlichen Identität noch nie Gebrauch gemacht worden. Ein Gesetz vom 02.07.1974 ermächtigte die belgische Regierung, auf begründeten Antrag eine Änderung der Vornamen zu genehmigen. Diese Änderung wurde auf Antrag des Betroffenen in den Personenstandsbüchern eingetragen und im Geburtenbuch am Rande vermerkt. Auszüge aus dem Geburtenbuch durften anschließend nur die neuen Vornamen enthalten. Von dieser Möglichkeit der Namensänderung hatten bereits mehrere Transsexuelle Gebrauch gemacht. Der Beschwerdeführer hingegen hatte keinen entsprechenden Antrag gestellt.⁶³⁴

In der am 01.09.1976 eingelegten Beschwerde machte der Beschwerdeführer die Verletzung der Art. 3 (unmenschliche Behandlung), Art. 8 (Eingriff in das Privatleben) und Art. 12 (Verletzung des Rechts auf Eheschließung) EMRK geltend. Selbige Beschwerde wurde von der Kommission am 08.05.1978 für zulässig erklärt.

⁶³² EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 11 – Van Oosterwijck/Belgien.

⁶³³ Vgl. dazu die gleichlautende Argumentation der deutschen Instanzgerichte; D I 1 a aa und bb.

⁶³⁴ EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 7–21 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1981, 275 (275), NJW 1982, 497 (497).

(b) Die Kommission: Eine erste Einschätzung auf europäischer Ebene

Die EKMR hielt die Beschwerde nicht nur für zulässig, sondern hinsichtlich Art. 8 und Art. 12 EMRK auch für begründet. Vom Anwendungsbereich des Art. 8 sei auch die Verbreitung oder die unerwünschte Kenntnisnahme durch Dritte von Tatsachen, die sich auf den körperlichen Zustand, die Gesundheit oder die Persönlichkeit beziehen, erfasst. Zweifellos könnten so Intimbereich und Privatleben beeinträchtigt werden.⁶³⁵

Art. 8 EMRK sei allerdings in erster Linie negativ zu verstehen. Sein Ziel sei es den Einzelnen vor willkürlichen Eingriffen der öffentlichen Gewalt in das Privat- und Familienleben zu schützen.⁶³⁶ Zwar sei die Verpflichtung der Staaten aus dieser Bestimmung vor allem eine zum Unterlassen, im vorliegenden Fall würde die Möglichkeit von Eingriffen in das Privatleben jedoch erst durch die Existenz von Urkunden über den Personenstand ermöglicht. Von einer Person, die auf Anraten eines Arztes durch eine erlaubte Therapie ihr äußeres Erscheinungsbild, sowie die Geschlechtsmerkmale des anderen Geschlechts angenommen hat, zu verlangen, Ausweispapiere zu tragen, die in einem offenkundigen Widerspruch zu diesem Erscheinungsbild stehen, war für die Kommission mit Art. 8 nicht vereinbar.⁶³⁷ Auf Basis dieser Regelung sei diese Person in bestimmten Situationen gezwungen, beliebigen Dritten Informationen über ihre Intimsphäre preisgeben zu müssen, was wiederum ggf. zum Ausschluss von bestimmten beruflichen oder sonstigen Tätigkeiten und Beziehungen führen könne. Die Kommission geht in ihrem Bericht sogar noch weiter. Die Säumnis des belgischen Staates gesetzliche Regelungen zu treffen, die es ermöglichen den Personenstand den neuen Gegebenheiten anzupassen, verletze nicht nur die Intimsphäre, wenn es zu Beeinträchtigungen dieser kommt, sondern verletze schon als solche das Recht auf Achtung des Privatlebens.⁶³⁸ Die Achtung der Privatsphäre umfasse für die Kommission mehr als die im angelsächsischen und französischen Recht häufig genannte Definition als Recht vor den Blicken Dritter geschützt zu leben, soweit man dies wünscht. Für die Kommission bedeutet das Recht auf Privatsphäre „das Recht, zur Entfaltung und Erfüllung der eigenen Persönlichkeit, Beziehungen zu anderen Menschen anzuknüpfen und zu unterhalten, insbesondere auch im Bereich des Gefühlslebens“.⁶³⁹ Denn der Staat habe sich zwar nicht in das Verhalten des Beschwerdeführers eingemischt, sich aber

⁶³⁵ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 43 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (566).

⁶³⁶ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 45 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (566).

⁶³⁷ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 46 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (566).

⁶³⁸ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 50 f. – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (567).

⁶³⁹ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 51 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (567).

geweigert ein wesentliches Element der Persönlichkeit des Beschwerdeführers anzuerkennen: Seine geschlechtliche Identität.⁶⁴⁰

Neben Art. 8 EMRK hatte der Beschwerdeführer sich auch auf Art. 12 EMRK berufen. Das belgische Recht erlaubte keine gleichgeschlechtliche Ehe. Dem Beschwerdeführer als eingetragene Frau stand somit nicht die Möglichkeit zu eine Frau zu heiraten. Andererseits konnte nach Ansicht der Kommission auch keine Heirat mit einem Mann in Frage kommen.⁶⁴¹ Nach geltendem Recht bestand für den Beschwerdeführer keine Möglichkeit zu heiraten. Zwar verweist Art. 12 EMRK für das Recht auf Eheschließung weitgehend auf die innerstaatliche Gesetzgebung, dies beinhaltet nach Ansicht der Kommission jedoch nicht das Recht eine Person oder eine Gruppe von Personen vom Recht auf Eheschließung absolut auszuschließen.⁶⁴² Dass Belgien nur verschiedengeschlechtlichen Paaren die Ehe ermöglichen wollte, wurde von der Kommission nicht kritisiert. Eine Verletzung des Art. 12 EMRK ergebe sich jedoch daraus, dass Belgien sich für die Bestimmung des Geschlechts ausschließlich an den körperlichen Merkmalen bei der Geburt orientiere und keine Änderungsmöglichkeiten vorsieht. Dass dieses Kriterium absolut zuverlässig ist, wurde von der Kommission, basierend auf medizinischen Kenntnissen, angezweifelt.⁶⁴³ Dieses indirekte Verbot jeden Wunsches einer Eheschließung ohne weitere Prüfung, kurz „die Nichtanerkennung der Geschlechtsidentität“ stelle eine Verletzung des Art.12 EMRK dar.

In ihrem Bericht bejahte die Kommission einstimmig eine Verletzung von Art. 8 der Konvention und mit 7 gegen 3 Stimmen eine Verletzung von Art. 12. Eine Verletzung von Art. 3 EMRK wurde durch die Kommission von vornherein ausgeschlossen.⁶⁴⁴ Die Beschwerde erreiche nicht die für eine Verletzung des Artikels notwendige Schwere.⁶⁴⁵

(c) Der Gerichtshof

Die belgische Regierung und die Kommission brachten den Fall vor den Gerichtshof, der gem. Art. 48 seiner Verfahrensordnung in Plenarsitzung entschied. In der mündlichen Verhandlung am 24.04.1980 beantragte die belgische Regierung die Beschwerde wegen Nichterschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel für unzulässig, hilfsweise für unbegründet zu erklären. Die Kommission beantragte für den Fall,

⁶⁴⁰ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 52 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (567).

⁶⁴¹ „[A]us psychologischen, physischen und sozialen Gründen unvorstellbar.“, EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 54 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (567).

⁶⁴² EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 56 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (567).

⁶⁴³ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 57–61 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (567 f.).

⁶⁴⁴ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 62 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (568).

⁶⁴⁵ EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 23 – Van Oosterwijck/Belgien.

dass der Gerichtshof es für erforderlich erachte, die Voraussetzungen des Art. 26 EMRK noch einmal zu prüfen, die Einrede der Regierung in diesem Punkt für unbegründet zu erklären. Das Büro der belgischen Staatsanwaltschaft ließ die Befürchtung verlauten, dass weitere Anträge folgen könnten. Ähnlich wie in Deutschland befürchtete man in Belgien, dass so indirekt die vermehrte Wahrnehmung von medizinischen Maßnahmen unterstützt würde. Dies war unerwünscht, weil man davon ausging, dass einige der Patienten dies später bereuen könnten und die *ordre public* gefährdet wäre.⁶⁴⁶

Der Gerichtshof ließ die Klage an der mangelnden Ausschöpfung des nationalen Rechtswegs scheitern. Dem Beschwerdeführer wurde insofern vorgeworfen, sich auf nationaler Ebene nie auf die in der Konvention enthaltenen Rechte berufen zu haben, obwohl diese Teil der belgischen Rechtsordnung sind. Er habe sich nicht ein Mal auf der Sache nach gleiche oder ähnliche Gründe berufen.⁶⁴⁷

Die Regierung hatte dem Beschwerdeführer darüber hinaus vorgeworfen, keinen Antrag auf Vornamensänderung gestellt zu haben. Bemerkenswert ist diesbezüglich die Feststellung des EGMR, dass eine erfolgreiche Anpassung des Vornamens zwar zu einer Verbesserung der Lebensumstände führen würde, da Dritte weniger Anlässe hätten auf die Diskrepanz zwischen Erscheinungsbild und Personenstand aufmerksam zu werden. Die eigentlichen Probleme des Antragstellers würden so jedoch nicht vollständig gelöst.⁶⁴⁸ Eine Vornamensänderung führe letztlich zur Beseitigung von einem Teil der Folgen, die die angeklagte Verletzung seiner Rechte mit sich bringe – nicht jedoch ihrer Ursache.⁶⁴⁹ Namentlich die staatliche Nicht-Anerkennung seiner geschlechtlichen Identität und die daraus folgenden sozialen Konsequenzen.

Dass der EGMR entgegen der Rechtsauffassung der Kommission die Zulässigkeit verneinte, sich nur hierauf konzentrierte und es nicht zur ersten Anerkennung der Geschlechtsidentität kam, wurde kritisiert.⁶⁵⁰ Die Beurteilung der Frage, ob nach innerstaatlichem Recht noch Rechtsmittel zulässig gewesen wären, ist eine diffizile Aufgabe für Kommission und Gerichtshof, die nach Ansicht von *Seibert* nicht zu Lasten des Beschwerdeführers gehen dürfe.⁶⁵¹ Insbesondere ist der Kritik zuzustimmen, dass es schwer nachvollziehbar ist, dass der EGMR entgegen der Rechtsauffassung des belgischen Richters entschied, dessen Wissen über die nationale Rechts-

⁶⁴⁶ EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 13 – Van Oosterwijck/Belgien.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, Rn. 33–34.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, Rn. 29; so auch die Kommission: EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 49 – Van Oosterwijck/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (566 f.).

⁶⁴⁹ *Ibid.*

⁶⁵⁰ *Will*, Legal Conditions of Sex Reassignment By Medical Interventions (Situation in Comparative Law), in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 75–101 (78).

⁶⁵¹ *Seibert*, Anmerkung zu EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, EuGRZ 1981, S. 281.

lage Teil von Sinn und Zweck der multinationalen Zusammensetzung des Gerichtshofs ist (Art. 24 II e VerfO).⁶⁵²

(2) *Rees* und *Cossey*

Sechs Jahre später erging die nächste Entscheidung des EGMR zur Frage der Änderung des Geschlechtseintrags von Transsexuellen (*Rees*) und weitere vier Jahre später folgte eine fast identische Entscheidung (*Cossey*). Beide Entscheidungen ergingen in Verfahren gegen das Vereinigte Königreich und zwei weitere Entscheidungen ergingen gegen das Königreich (*X, Y und Z; Sheffield und Horsham*), bis sich etwas am Ergebnis ändern sollte (*I, Goodwin*). Aufgrund der hohen Anzahl an Beschwerden gegen das Vereinigte Königreich und weil eine Entscheidung gegen Frankreich (*B*) zwischenzeitlich eine Wende erhoffen ließ, erscheint es lohnenswert zu Beginn einen Blick auf die nationale Rechtslage zu werfen, um so etwaige Unterschiede in der Urteilsfindung nachvollziehen zu können.

(a) Rechtslage in England bis 2004

Im Vereinigten Königreich war bei faktischen Fehlern eine Berichtigung der Geburtsurkunde im Rahmen des *Births and Deaths Registration Act 1953* (Gesetz von 1953 über die Eintragung von Geburten und Sterbefällen) nur möglich, wenn sich der Fehler bereits zum Zeitpunkt der Registrierung der Geburt ereignete.⁶⁵³ 1971 erging ein Urteil, das die nächsten Jahrzehnte die Ausgangs- und Grundsatzentscheidung zur Transsexualität sein sollte.⁶⁵⁴ Da kein formales Gesetz vorlag, basierte im *common law* bis 2004 die rechtliche Behandlung von Transsexuellen auf dem Urteil *Corbett v. Corbett*⁶⁵⁵. Laut Urteilsbegründung ist das Geschlecht unveränderlich, weil es auf die Funktionsfähigkeit zum Geschlechtsverkehr bzw. zur Reproduktion ankomme. Die chirurgische Geschlechtsumwandlung sei für das Eherecht nicht relevant, da eine Neovagina nicht ausreiche, um heterosexuellen Geschlechtsverkehr zu haben. Diese Argumentation ähnelt der des deutschen Bundesjustizministers zur Zeit der ersten Entscheidung des BVerfG. Dieser verneinte einen Eingriff, weil keine vollständige Geschlechtsumwandlung vorläge, da man anhand der Chromosomen jederzeit die Zugehörigkeit zum Geschlecht feststellen könne.⁶⁵⁶ In *Corbett v. Corbett* wurde entschieden, dass bei der für die Ehe relevanten Geschlechtsbestimmung die Kongruenz zwischen den drei biologischen Kriterien (Chromosomen,

⁶⁵² *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 76.

⁶⁵³ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 22, 23 – *Rees/Vereinigtes Königreich*.

⁶⁵⁴ Auch im englischen Zivilverfahrensrecht gibt es einen dreistufigen Instanzenzug. An erster Stelle steht der *High Court*, Berufungsinstanz ist der *Court of Appeal* und über ihm steht das *House of Lords*, ein vom Parlament unabhängiger Gerichtshof. Die Verfassungsreform von 2005 schuf im Jahr 2005 den *Supreme Court of the United Kingdom*, welcher als neu geschaffener Oberster Gerichtshof die höchstrichterliche Rechtsprechung übernimmt.

⁶⁵⁵ *Corbett v. Corbett* 1970, - 2 All E. R. 33, [1971] Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division (P.) 83–119.

⁶⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (295–297).

Geschlechtsdrüsen, äußerliche Geschlechtsorgane) heranzuziehen sei. Dieser biologischen Definition von Geschlecht wurde in diversen anderen gerichtlichen Entscheidungen im *common law* gefolgt⁶⁵⁷, insbesondere (aber nicht ausschließlich) im Eherecht. Hierauf basierend verweigerten die Gerichte eine Änderung der Personenstandbücher und der Geburtsurkunde, sodass die Betroffenen eine Ehe nicht einzugehen vermochten.⁶⁵⁸

Geschlechtsangleichende Operationen sowie Hormonbehandlungen waren in England ohne weitere Formalitäten möglich und auch ein Alltagstest war gesetzlich nicht vorgesehen.⁶⁵⁹ Vielmehr oblag es den Ärzten autonom eine Entscheidung über die vorzunehmende Behandlung zu treffen, dabei waren sie nur an standesamtliche Bestimmungen gebunden. Die Kosten für die medizinische Behandlung wurden vom staatlichen Gesundheitssystem (*National Health Service*) übernommen.⁶⁶⁰

Die Änderung des Vornamens ist im englischen Recht unproblematisch für jeden möglich, sodass Transsexuelle schnell und ohne viel Aufwand eine erste Erleichterung im Alltag erreichen konnten. Basierend auf Verwaltungsanweisungen wurden im Anschluss an die Vornamensänderung Ausweispapiere, Führerschein, Pass und ähnliche Dokumente mit den neuen Vornamen in den Behörden ausgestellt.⁶⁶¹ Auch im Schriftverkehr mit den Sozial- und Steuerbehörden konnte der neue Name verwendet werden. Allerdings traf weder die Behörden noch Dritte die Pflicht über den Vornamenswechsel hinaus die Geschlechtsidentität anzuerkennen.⁶⁶² Damit war zwar eine partielle Änderung des Geschlechts möglich – nämlich eine faktische – die personenstandsrechtliche Änderung hingegen nicht.

⁶⁵⁷ Vgl. für Beispiele *Sharpe*, A Critique of the Gender Recognition Act 2004, *Bioethical Inquiry* 2007, S. 33–42 (34); *Cowan*, Gender is no substitute for sex, *Feminist Legal Studies* 2005, S. 67–96 (74). Anders hingegen die amerikanischen und australischen Gerichte, die für die Eheschließung vielmehr die Geschlechtsidentität als bestimmend ansahen, vgl. *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 92–147. Für den *Superior Court* in New York kam es auf ein Zusammenwirken der physischen Fähigkeit, der psychologischen und emotionalen Orientierung um Geschlechtsverkehr ausüben zu können, an. Vgl. *Superior Court of New Jersey*, Appellate division, v. 22.03.1976, M.T. v. J. T. (1976), 355 A.2d 204.

⁶⁵⁸ Zur Kritik an der *Corbett*-Entscheidung, vgl. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 70 und die Fn. 5 der abweichenden Meinung des Richters *Martens* zu *EGMR*, Urte. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 39, 40 – Cossey/Vereinigtes Königreich – Rn. 2.5.

⁶⁵⁹ Vgl. *Bradley*, Transsexualism – Ideology, Legal Policy and Political Culture, in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 59–74 (66); *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 67.

⁶⁶⁰ *Bradley*, Transsexualism – Ideology, Legal Policy and Political Culture, in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 59–74 (66).

⁶⁶¹ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 68.

⁶⁶² *Bradley*, Transsexualism – Ideology, Legal Policy and Political Culture, in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 59–74 (65).

(b) *Rees*

Auch der Entscheidung in der Sache *Rees* gegen das Vereinigte Königreich lag der Sachverhalt zugrunde, dass ein postoperativer Transsexueller erfolglos versuchte den Geschlechtseintrag in seiner Geburtsurkunde von weiblich in männlich ändern zu lassen. Anders als in der BVerfG Entscheidung von 1978 und dem *Van Oosterwijck* zugrunde liegenden Sachverhalt lauteten bis auf die Geburtsurkunde alle Dokumente auf seinen neuen Vornamen und verwendeten den Präfix „Mr.“.⁶⁶³ Der Beschwerdeführer machte geltend, dass das innerstaatliche Recht und seine Anwendung ihn in seinem Recht auf Achtung seines Privatlebens verletze, wie es in Art. 8 EMRK niedergelegt ist sowie in seinen Rechten aus Art. 12 und 3 EMRK. Die damals noch existierende Kommission erklärte die Beschwerde hinsichtlich der ersten beiden Rechte für zulässig und stellte einstimmig fest, dass ihrer Ansicht nach Art. 8 EMRK verletzt sei, nicht aber Art. 12 EMRK.⁶⁶⁴

Der Gerichtshof beginnt seine Entscheidungsbegründung zur gerügten Verletzung von Art. 8 EMRK mit der Erläuterung, dass trotz dessen zentralen Zieles den Einzelnen vor willkürlichen Eingriffen durch die öffentliche Gewalt zu schützen, sich grundsätzlich auch positive Pflichten aus dem Artikel begründen lassen.⁶⁶⁵ Nach Ansicht der Kommission und des Beschwerdeführers bedeutete dies im vorliegenden Fall eine Pflicht der englischen Regierung, die volle rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität zu ermöglichen. Nur im Hinblick auf die Auswahl der notwendigen Maßnahmen bestehe ein Beurteilungsspielraum. Der EGMR hingegen wertete die alleinige Weigerung das Geburtenregister zu ändern oder solche Geburtsurkunden auszustellen, deren Inhalt nicht mit dem des Geburtenregisters übereinstimmen, nicht als Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens.⁶⁶⁶ Ausschlaggebend war insbesondere, dass diesbezüglich keine übereinstimmende Regelung in den Vertragsstaaten vorlag und dem Vereinigten Königreich entsprechend eine weite *margin of appreciation* zuzugestehen sei. Das britische System zielt darauf, historische Fakten zu protokollieren, im Gegensatz zu einer Dokumentation des gegenwärtigen Personenstands. Von Großbritannien könne aber nicht verlangt werden ihr komplettes System umzustellen bzw. dem System anderer Länder zu entsprechen.⁶⁶⁷ Die Korrektur, die einen Vermerk im Geburtenregister ermöglicht, hielt der EGMR ebenfalls nicht für zwingend. Ein solcher Vermerk würde nur eine künftige Änderung des Geschlechts bewirken, nicht aber dem Erwerb aller biologischen Merkmale zur Bestimmung des Geschlechts gleichstehen. Da über diesen Weg der vorgenommene Wechsel des Geschlechts deutlich werden würde, wäre dem Betroffenen ohnehin nicht geholfen, da so kein Schutz der Integrität des

⁶⁶³ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 17 – Rees/Vereinigtes Königreich.

⁶⁶⁴ *Ibid.*, Rn. 30.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, Rn. 35. Vgl. D I 1 b aa (1).

⁶⁶⁶ *Ibid.*, Rn. 35.

⁶⁶⁷ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 42 – Rees/Vereinigtes Königreich.

Privatlebens erreicht würde.⁶⁶⁸ Dies könnte wiederum nur durch Geheimhaltung des Wechsels erreicht werden. Doch erneut könne die damit einhergehende notwendige fundamentale Änderung des Systems nicht verlangt werden. Eine derartige Geheimhaltung würde unerwünschte Auswirkungen mit sich bringen, Sinn und Zweck des Registers beeinträchtigen, faktische Probleme im Bereich des Familien- und Erbrechts noch komplizierter machen und das legitime Interesse Dritter an den Informationen ignorieren.⁶⁶⁹ Folglich gelangte der EGMR zur Schlussfolgerung, dass zu diesem Zeitpunkt kein Verstoß gegen Art. 8 EMRK vorlag. Tatsächlich betonte der Gerichtshof aber bereits damals, dass seine Entscheidung sich auf diese Zeit und die damals vorliegenden Umstände bezog, eine Änderung der Anforderungen an die Staaten aber durchaus möglich wäre und die Notwendigkeit von rechtlichen Maßnahmen unter Berücksichtigung von wissenschaftlichen und sozialen Entwicklungen zu prüfen sei.⁶⁷⁰

Das divergierende Ergebnis, im Vergleich zu den Darlegungen der Kommission siebeneinhalb Jahre zuvor in der Sache *Van Oostervijk*, kam unerwartet und wurde u.a. in den abweichenden Meinungen kritisiert. Insbesondere die in-sich widersprüchliche Argumentation stellte einen Zirkelschluss dar: Der gewünschte Schutz kann nicht vollständig erreicht werden, folglich soll es gar keinen Schutz geben. Eine ähnliche Argumentation lässt sich auch der abweichenden Meinung der Richter *Bindschedler-Robert*, *Russo* und *Gersing* entnehmen, für die die Weigerung die Geburtsurkunde anzupassen einen Eingriff in das Privatleben und eine Verletzung von Art. 8 EMRK darstellt.⁶⁷¹ Dem Empfinden des Beschwerdeführers als Mann sollte so weit wie möglich auch rechtlich Ausdruck verliehen werden, beispielsweise durch eine Anmerkung im Geburtenregister. Ermessenspielraum stehe den Staaten nur hinsichtlich Mittel und Methode zu, das Ziel hingegen sei vorgegeben. Auch das widersprüchliche Verhalten des Vereinigten Königreichs, indem es einerseits die medizinische Behandlung unterstütze, aber andererseits ihre Folgen nicht anerkennt, hatte für den Gerichtshof keine Auswirkungen auf die Entscheidung.⁶⁷²

⁶⁶⁸ *Ibid.*, Rn. 42.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, Rn. 43.

⁶⁷⁰ *Ibid.*, Rn. 47.

⁶⁷¹ Noch deutlicher die Wortwahl in der gemeinsamen teilweise abweichenden Meinung der Richter *Bindschedler-Robert/Russo* in *EGMR*, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84 – *Cossey/Vereinigtes Königreich*.

⁶⁷² *EGMR*, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 45 – *Rees/Vereinigtes Königreich*; anders der Beschwerdeführer, die Kommission und die abweichende Meinung der Richter *Bindschedler/Russo/Gersing*, die allerdings die Geheimhaltung ablehnen.

(c) Entwicklung im *soft law*

Am 12.09.1989 gab es eine Entschließung des Europäischen Parlaments gegen die Diskriminierung von Transsexuellen, welche auf ein Ersuchen Italiens zurück geht.⁶⁷³ Sie fordert in Nr. 3 den Europarat dazu auf, eine Konvention zum Schutz von Transsexuellen zu schaffen.

Bevor der EGMR sich ein weiteres Mal mit den Rechten von Transsexuellen befasste, gab die Parlamentarische Versammlung des Europarats 1989 eine Empfehlung zur Situation von Transsexuellen ab.⁶⁷⁴ Diese empfahl dem Ministerkomitee eine Empfehlung an die Mitgliedstaaten zu erlassen, mit der Aufforderung bei unumkehrbarer Transsexualität eine Änderung des Geschlechtseintrags im Geburtenregister und den Ausweispapieren sowie eine Änderung des Vornamens gesetzlich zu ermöglichen. Weiterhin sollen das Privatleben geschützt und Diskriminierungen hinsichtlich fundamentaler Rechte und Freiheiten verboten werden. Mangels Bindungswirkung lag die Entscheidung, ob diese Empfehlungen berücksichtigt werden, beim Ministerkomitee.⁶⁷⁵ Allerdings sind die Antworten des Ministerkomitees öffentlich und regen so ggf. das Mitgliedstaatliche Interesse und eine weitere Diskussion an.⁶⁷⁶ In diesem Fall erreichte das Ministerkomitee bereits am 28.01.1985 ein erster Empfehlungsentwurf der Vollversammlung, das Dokument Nr. 5336 vom 17.01.1985. Es wurde jedoch der zweite Entwurf am 29.09.1989 angenommen, aus dem letztlich die Empfehlung Nr. 1117 vom 29.09.1989 wurde.⁶⁷⁷ Beide Dokumente fordern einen besseren Schutz des Privatlebens Transsexueller und gehen vom Selbstverständnis des Einzelnen als maßgeblich für die Geschlechtsbestimmung aus. Sie haben auch gemein, dass ihre Auswirkungen als schwach bezeichnet werden müssen. Zwar rief das Ministerkomitee eine Expertengruppe für Familienrecht zusammen⁶⁷⁸, welche einige Vorschläge erarbeitete, die dem Komitee vorgelegt wurden, allerdings konnten die Mitgliedstaaten sich nicht einigen und die Vorschläge wurden nicht angenommen. Letztlich fand 1993 ein Kolloquium des Generalsekretärs des Europarates zum Thema „*Transsexualism*,

⁶⁷³ *European Parliament*, Resolution zur Diskriminierung von Transsexuellen, Dok. A 3-16/89, Amtsbl. EU, Nr. C 256 v. 09.10.1989, S. 33–35. Zitiert nach *Will*, Legal Conditions of Sex Reassignment By Medical Interventions (Situation in Comparative Law), in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 75–101 (77 Fn. 5); *Eicher*, Transsexualismus, 1984, S. 170.

⁶⁷⁴ *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Recommendation Doc. 1117 (1989): Condition of transsexuals, 29.09.1989.

⁶⁷⁵ *Wittinger*, Der Europarat, 2005, S. 141. Vgl. C II 4 d.

⁶⁷⁶ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 86.

⁶⁷⁷ Zitiert nach *Will*, Legal Conditions of Sex Reassignment By Medical Interventions (Situation in Comparative Law), in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 75–101 (77 Fn. 5).

⁶⁷⁸ *Killerby*, Speech, in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 13–16 (15 Nr. 14).

*medicine and law*⁶⁷⁹ statt, deren Debatten in einem Tagungsband veröffentlicht wurden,⁶⁷⁹ jedoch zu keiner erneuten Initiative des Ministerkomitees führte.

(d) *Cossey*

Der dem EGMR vier Jahre später vorliegende Sachverhalt *Cossey* ähnelt der Sache *Rees* stark. Die postoperative Mann-zu-Frau-Transsexuelle Caroline Cossey hatte versucht eine Ehe mit einem Mann einzugehen, was ihr die Standesbeamten aufgrund ihres rechtlichen männlichen Geschlechts verweigerten. Die Ausstellung einer Geburtsurkunde mit dem weiblichen Geschlecht wurde ihr unter der Argumentation verweigert, derartige Urkunden würden ausschließlich auf den Zeitpunkt der Geburt abstellen.⁶⁸⁰ In ihrer Beschwerde berief sie sich auf Art. 8 und Art. 12 EMRK. Die Beschwerdeführerin vertrat die Auffassung, dass ihre Rechte zum einen dadurch verletzt wurden, dass Großbritannien sich weigerte ihre Geburtsurkunde zu ändern und zum anderen durch ihr Unvermögen eine gültige Ehe mit einem Mann einzugehen.⁶⁸¹

Der Gerichtshof befasst sich am Anfang seiner Prüfung damit, ob sich *Rees* und *Cossey* im Sachverhalt unterscheiden, um anschließend zu erörtern, ob es einer Abweichung zum *Rees*-Urteil bedarf. Für den Gerichtshof macht es keinen Unterschied, dass Frau Cossey bei Beschwerdestellung einen festen heiratswilligen Partner hatte. Er ging des Weiteren davon aus, dass sowohl Herr Rees als auch Frau Cossey sozial im anderen Geschlecht akzeptiert wurden.⁶⁸² So kommt der EGMR zum Schluss, dass sich die Sachverhalte nicht wesentlich unterscheiden. Zu großen Teilen verweist der Gerichtshof in seiner Entscheidung *Cossey* auf seine Ausführungen bei *Rees*. Da auch Frau Cossey eine britische Staatsangehörige ist und sich im nationalen Recht keine großen Änderungen ereignet hatten, wird hierauf nicht weiter eingegangen.

Hinsichtlich der Frage, ob vorliegend Art. 8 verletzt wurde, verbleibt der Gerichtshof bei der Auffassung, die er im *Rees*-Urteil zum Ausdruck gebracht hat. Die Weigerung eine Eintragung im Geburtenregister zu ändern oder Geburtsurkunden auszustellen, deren Inhalt und Natur von der ursprünglichen Eintragung abweichen, könne nicht als Eingriff in das Recht auf Achtung der Privatsphäre angesehen werden. Die Situation wurde nicht als möglicher negativer Eingriff geprüft, der einer Rechtfertigung bedarf, sondern es wurde untersucht, ob sich eine positive Handlungspflicht ergibt. Das Erfordernis, ein faires Gleichgewicht zwischen dem Allgemeininteresse der Gemeinschaft und den Interessen des Einzelnen zu schaffen, bringe jedoch nach Ansicht des EGMR keine direkte Verpflichtung des Staates mit sich, die wesentlichen Grundlagen eines Systems der Registrierung von Gebur-

⁶⁷⁹ Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995.

⁶⁸⁰ EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 9–13 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich.

⁶⁸¹ *Ibid.*, Rn. 30.

⁶⁸² *Ibid.*, Rn. 32 ff.

ten zu ändern.⁶⁸³ Ausschlaggebend für diese Wertung war, dass dem Gerichtshof keine signifikanten wissenschaftlichen Entwicklungen zur Kenntnis gebracht wurden. Besonders betont wurde weiterhin, dass eine Operation zur Geschlechtsumwandlung nicht zum Erwerb aller biologischen Charakteristika des anderen Geschlechts führe.⁶⁸⁴

Anders sah das Richter *Martens* in seiner abweichenden Meinung. Für ihn war Wesenskern der Beschwerde nicht die Weigerung die angepassten Geburtsurkunden zu erstellen oder das Geburtenregister zu ändern, sondern dass das in England geltende Rechtssystem mit Art. 8 EMRK unvereinbar sei.⁶⁸⁵ Auch die Richter *Palm*, *Foighel* und *Pekkanen* sahen zum einen eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Privatlebens, wenn Transsexuelle in alltäglichen Situationen gezwungen sind entweder ihre sexuelle Identität zu verbergen oder offen legen müssen, dass sie ein anderes Geschlecht angenommen haben. Zum anderen werteten sie das damalige britische System der Geburtsurkunden als ständigen und direkten Eingriff in das Privatleben.⁶⁸⁶

Nach Beurteilung des Gerichtshofs bestanden zwischen den Vertragsstaaten immer noch nur wenige Gemeinsamkeiten hinsichtlich des Umgangs mit Transsexualität, entsprechend stände dem Vereinigten Königreich ein weiter Ermessensspielraum zu (*margin of appreciation*). Dem wird, wie auch in der Sache *Rees*, teilweise in den abweichenden Meinungen der Richter widersprochen. Nach Richter *Martens* resultiert der in *Rees* und *Cossey* zugrunde gelegte Ermessensspielraum aus *judicial self restraint* und nicht aus dem Recht selbst.⁶⁸⁷ Nach seiner Ansicht sollte dieser Spielraum nur hinsichtlich der Erfordernisse und der Form einer Anerkennung zu tragen kommen, wenn sich ein Staat dazu entschließt, die neue sexuelle Identität postoperativer Transsexueller anzuerkennen.⁶⁸⁸ Des Weiteren weist er darauf hin, dass durchaus eine wachsende Gemeinsamkeit beim rechtlichen Umgang mit Transsexualität bestände. Insofern könne es nicht darauf ankommen, dass die Staaten die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität auf unterschiedliche Weise ermöglichen, sondern nur darauf, dass sie sie ermöglichen.⁶⁸⁹ Auf den Wandel der öffentlichen Meinung und die vermehrte rechtliche Anerkennung von Transsex-

⁶⁸³ EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 37 f. – *Cossey/Vereinigtes Königreich*.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, Rn. 39, 40.

⁶⁸⁵ Abweichende Meinung des Richters *Martens* zu EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 39, 40 – *Cossey/Vereinigtes Königreich* – Rn. 3.4.

⁶⁸⁶ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Palm/Foighel/Pekkanen* zu EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84 – *Cossey/Vereinigtes Königreich* – Rn. 4.

⁶⁸⁷ Abweichende Meinung des Richters *Martens* zu EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 39, 40 – *Cossey/Vereinigtes Königreich* – Rn. 3.6.3.

⁶⁸⁸ Abweichende Meinung des Richters *Martens* zu EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 39, 40 – *Cossey/Vereinigtes Königreich* – Rn. 3.6.5.

⁶⁸⁹ Abweichende Meinung des Richters *Martens* zu EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 39, 40 – *Cossey/Vereinigtes Königreich* – Rn. 5.6.2.

ualität weisen auch die Richter *Palm*, *Foighel* und *Pekkaner*⁶⁹⁰ und die Richter *Macdonald* und *Spielmann*⁶⁹¹ hin.

(e) Zwischenstand

Zwar änderte sich die Rechtslage in England durch die beiden für die Beschwerdeführer negativ beschiedenen Entscheidungen nicht, obwohl teilweise englische Rechtswissenschaftler der Ansicht waren, eine Änderung der Rechtslage sei eingeläutet worden.⁶⁹² Trotz der Tatsache, dass man nicht von einem Schritt vorwärts sprechen konnte, ist es als positiv zu werten, dass der EGMR die Rechte von Transsexuellen grundsätzlich unter Art. 8 EMRK verortete. Weiterhin ließen der Hinweis auf die dynamische Auslegung der Konvention (abhängig von wissenschaftlichen und sozialen Entwicklungen) und darauf, dass es dem Staat „*for the time being*“ überlassen sei, inwieweit er den Forderungen von Transsexuellen gerecht werde,⁶⁹³ für die Zukunft auf eine Änderung der Rechtsprechung hoffen.

(3) B

Erneut legte eine post-operative Mann-zu-Frau-Transsexuelle Beschwerde beim EGMR ein, weil der Staat ihr die Personenstandsänderung verweigerte und rügte die nationale Rechtsprechung und Rechtslage hinsichtlich Art. 3, 8 und 12 EMRK. In diesem Fall war der angeklagte Staat jedoch nicht das Vereinigte Königreich sondern Frankreich und gefordert wurde zusätzlich ein neuer weiblicher Vorname. Die noch vor der Kommission behauptete Verletzung von Art. 3 EMRK wurde von B vor dem Gerichtshof nicht wiederholt und eine eigenständige Untersuchung vom Gerichtshof nicht als notwendig erachtet.⁶⁹⁴ Die folgenden Ausführungen beziehen sich nur auf Art. 8 EMRK.

(a) Neuerungen in der Wissenschaft

Auch im Urteil B blieb eine Bezugnahme auf die früheren Entscheidungen *Rees* und *Cossey* nicht aus. Nur ungefähr anderthalb Jahre nach *Cossey* nahm der EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK an. Dies erscheint insofern nicht völlig überraschend, als dass der EGMR in den beiden vorhergegangenen Entscheidungen auf die Möglichkeit wissenschaftlicher, rechtlicher und gesellschaftlicher Entwicklungen hingewiesen hatte. So wies die Beschwerdeführerin B im vorliegenden Verfahren auf zwei neue Elemente der Diskussion in der Wissenschaft über den Gegensatz zwischen

⁶⁹⁰ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Palm*/*Foighel*/*Pekkaner* zu *EGMR*, Urte. v. 27.09.1990 - 10843/84 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich – Rn. 3, 5.

⁶⁹¹ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Macdonald*/*Spielmann* zu *EGMR*, Urte. v. 27.09.1990 - 10843/84 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich – Rn. 2.

⁶⁹² Vgl. *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 78.

⁶⁹³ Beides in *EGMR*, Urte. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 47 – *Rees*/Vereinigtes Königreich und *EGMR*, Urte. v. 27.09.1990 - 10843/84 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich – Rn. 42.

⁶⁹⁴ *EGMR*, Urte. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 64 – B./Frankreich.

äußerer Erscheinung und der Wirklichkeit hin.⁶⁹⁵ Zunächst sei das auf die Chromosomen abstellende Kriterium nicht unfehlbar. Es waren Fälle von Personen mit intra-abdominalen Geschlechtsorganen, sog. testikuläre Feminisierung, oder Personen mit XY Chromosomen trotz einer femininen Erscheinungsform bekannt geworden. Zweitens lasse die jüngste Forschung erkennen, dass die Einnahme von bestimmten Substanzen in einem bestimmten Stadium der Schwangerschaft oder während der ersten Lebensstage ein transsexuelles Verhalten bestimme und dass Transsexualität aus einer Anomalität der Chromosomen entstehen könne. Dies wäre eine physische und nicht nur psychologische Erklärung des Phänomens, was wiederum bedeuten würde, dass es für eine rechtliche Nichtbeachtung keine Entschuldigung gäbe. Der Gerichtshof erkannte diese Fortschritte der Wissenschaft an, allerdings wog für ihn gleichsam schwer, dass hinsichtlich des Wesens der Transsexualität nach wie vor eine gewisse Unsicherheit bestand und dass die Berechtigung von chirurgischen Eingriffen bisweilen in Frage gestellt werde.⁶⁹⁶

(b) Hinweis auf die Folgen

Des Weiteren wies der EGMR auf die seiner Ansicht nach extrem komplexen rechtlichen Situationen hin, die durch einen Geschlechterwechsel berührt würden: Anatomische, biologische, psychologische und moralische Probleme im Zusammenhang mit der Transsexualität und ihrer Definition; Zustimmung und andere Erfordernisse, die vor einer Operation einzuhalten sind; Voraussetzungen, unter denen eine Umwandlung der geschlechtlichen Identität bewilligt werden kann (Gültigkeit, wissenschaftliche Voraussetzungen und rechtliche Wirkungen einer Entscheidung für einen chirurgischen Eingriff, Fähigkeit mit der neuen geschlechtlichen Identität zu leben); rechtliche Konsequenzen hinsichtlich der Rückwirkung und dergleichen, einer derartigen Umwandlung (Berichtigung der Personenstandurkunde); die Möglichkeit einen anderen Vornamen zu wählen; die Vertraulichkeit der Dokumente und Informationen, die auf die Umwandlung Bezug nehmen; Auswirkungen familiärer Natur (Recht zu heiraten, Schicksal einer bestehenden Ehe, Verwandtschaft), usw.⁶⁹⁷

Die vom Gerichtshof angesprochenen Probleme bei der rechtlichen Behandlung von Transsexualität wurden später Gegenstand verschiedenster Gerichtsverfahren in den Vertragsstaaten und vorm EGMR selbst. Für alle ist es möglich, national angemessene Regelungen zu finden. Dass ein rechtlicher Wechsel des Geschlechts (weitreichende) Folgen mit sich bringt und gesetzlich zu regeln ist, ist nicht zu bezweifeln. Dies kann jedoch nie als Argument dienen, fundamentale Rechte abzuerkennen. In den Worten des deutschen BVerfG:

⁶⁹⁵ EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 46 – B./Frankreich.

⁶⁹⁶ *Ibid.*, Rn. 48.

⁶⁹⁷ *Ibid.*, Rn. 48.

„[D]ie [...] sich ergebende Verpflichtung der Gerichte, grundrechtsgemäß zu verfahren, [kann] nicht deshalb verneint werden, weil eine gesetzliche Regelung fehlt.“⁶⁹⁸

(c) Rechtslage in Frankreich

Der nächste wichtige Punkt für den Gerichtshof waren drei Unterschiede zwischen dem französischen und dem englischen System.⁶⁹⁹ Dass der EGMR nur 16 Monate nach seiner letzten Entscheidung zu einem anderen Ergebnis kam, ohne dass er einen Konsens innerhalb der Mitgliedstaaten anerkannte, lässt sich auf die größeren tatsächlichen Unterschiede zwischen den Sachverhalten in England und Frankreich zurückführen. Zum einen können nach französischem Recht Geburtsurkunden aktualisiert werden, um der tatsächlichen Identität zu entsprechen.⁷⁰⁰ Entsprechend sprach also grundsätzlich nichts dagegen, einen Vermerk über die neue sexuelle Identität zuzulassen. Des Weiteren weigerten sich die französischen Behörden bei post-operativen Transsexuellen eine Änderung des Vornamens vorzunehmen. Insbesondere durch diesen Umstand ist es der Beschwerdeführerin *B* im Alltag nicht möglich gewesen, ihre geschlechtsanpassende Operation zu verbergen. Daran ändere der von den französischen Behörden vorgeschlagene Weg geschlechtsneutrale Vornamen zu wählen auch nichts, da zu wenige davon zur Verfügung ständen und die diesbezügliche Rechtsprechung noch nicht als gefestigt gesehen werden könne.⁷⁰¹ Dazu komme, dass in Frankreich das Geburtsgeschlecht auch aus solchen Dokumenten ersichtlich wird, die das Personenkennzeichen (Identifikationsnummer) enthalten.⁷⁰² Dieses Kennzeichen ist auch Bestandteil des Systems von Einkommen zwischen Sozialversicherungsträgern, Arbeitgebern und Versicherten. Schließlich machte die Beschwerdeführerin geltend, für sie bestehe keine Möglichkeit ihre Transsexualität vor potentiellen Arbeitgebern und ihrem Personal zu verbergen. Die Erwidierungen der Regierung vermochten den Gerichtshof nicht davon überzeugen, dass die Unannehmlichkeiten kein ausreichendes Maß an Schwere erreichen. Aufgrund der französischen innerstaatlichen Vorschriften und den damit verbundenen Unannehmlichkeiten im täglichen Leben sehen sich nach übereinstimmender Ansicht von Gerichtshof und Kommission Transsexuelle mit einer Situation konfrontiert, die insgesamt nicht mit der Achtung ihres Privatlebens vereinbar ist.⁷⁰³

⁶⁹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, *BVerfGE* 49, 286 (301).

⁶⁹⁹ *EGMR*, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 51 ff. – B./Frankreich.

⁷⁰⁰ *Ibid.*, Rn. 52.

⁷⁰¹ *Ibid.*, Rn. 58.

⁷⁰² Dabei wird der Ziffer 1 das männliche und der Ziffer 2 das weibliche Geschlecht entnommen. So der Fall im Personalausweis und der Sozialversicherungsnummer.

⁷⁰³ *EGMR*, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 62 f. – B./Frankreich.

(d) Keine Lösungsvorschläge durch den Gerichtshof

Hinsichtlich der Möglichkeiten, wie dieser Zustand zu korrigieren sei, hielt der Gerichtshof sich, unter Hinweis auf den Gestaltungsspielraum, zurück. Zudem wurde argumentiert, dass der belangte Staat verschiedene Mittel besitze, unter denen er wählen könne, um eine konforme Regelung zu schaffen. Aufzuzeigen, welches das geeignetste sei, sei gerade nicht seine Aufgabe.⁷⁰⁴ Ein vollständiger Wechsel des Personenstands wurde ausdrücklich nicht gefordert. Dies stellt einen Unterschied zur Rechtsprechung des BVerfG dar, welcher in seinen Entscheidungen mehrfach die verschiedenen Möglichkeiten aufzählt, die dem Gesetzgeber zur Verfügung stünden.

(e) Sondervoten

Die Entscheidung über eine Verletzung von Art. 8 EMRK erging fünfzehn zu sechs und enthielt wie auch schon die Urteile zuvor ein umfassendes Sondervotum. Abweichender Auffassung waren die Richter *Matscher*, *Pinheiro Farinha*, *Pettiti*, *Valticos*, *Loizidou* und *Morenilla*. Sie waren sich darin einig, dass den Staaten im Bereich der Transsexualität ein weiter Ermessensspielraum zustehe, der es ihnen erlaube die Rechtsstellung von echten Transsexuellen anhand der Rechtsprechung zu regeln.⁷⁰⁵ Hauptansatzpunkt war die Annahme dieser Richter, dass es sich bei *B* nicht um eine „echte“ Transsexuelle handle. Nach *Pinheiro Farina* handelte es sich bei *B* zum einen um keine echte Transsexuelle, weil der Grund für ihre Hormontherapie die unterdurchschnittliche Entwicklung der männlichen Genitalien war. Zum anderen sei sie zum Zeitpunkt der Behandlung erkennbar homosexuell gewesen. Außerdem sei eine medizinische Notwendigkeit der Operation nicht aufgezeigt worden. Vielmehr seien die Eingriffe auf eigenen Wunsch ausgeführt worden. Letztlich würde *B* nach wie vor Merkmale einer Person des männlichen Geschlechts aufweisen.⁷⁰⁶ *Pinheiro Farina* ging sogar soweit, dass er sich weigerte von *B* in der weiblichen Form zu sprechen, weil er das Konzept eines sozialen Geschlechts nicht kenne und außerdem das Recht eines Menschen nicht anerkenne das Geschlecht nach seinem Willen zu ändern.⁷⁰⁷ Außerdem warnt er vor der Bagatellisierung von irreversiblen chirurgischen Operationen, wobei diese seiner Ansicht nach niemals das wahre Geschlecht

⁷⁰⁴ EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 63 – B./Frankreich.

⁷⁰⁵ Gemeinsame Einleitung der abweichenden Meinungen der Richter *Matscher/Pinheiro Farinha/Pettiti/Valticos/Loizidou* und *Morenilla* zu EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87 – B./Frankreich.

⁷⁰⁶ Abweichende Meinung des Richters *Pinheiro Farinha*, Rn. 5 f.; abweichende Meinung des Richters *Morenilla*, Rn. 1.6 zu EGMR, Urt. v. 25.03.1992- 13343/87 – B./Frankreich.

⁷⁰⁷ Abweichende Meinung des Richters *Pinheiro Farinha*, Rn. 5 zu EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87 – B./Frankreich.; ähnl. abweichende Meinung des Richters *Pettiti*: „Die Theorie, dass jeder Person, die den ununterdrückbaren Willen hat, unter einem anderen als ihrem ursprünglichen Geschlecht zu leben, in der Lage sein muss, eine Berichtigung ihres Personenstandes zu erlangen, ist in höchstem Maße bestreitbar [...]“

einer Person ändern können.⁷⁰⁸ *Pettiti* kritisiert wiederum, dass die geschlechtsanpassende Operation nicht in einem öffentlichen Spital unter medizinischer Aufsicht und entsprechender Dokumentation vollzogen wurde. Weiterhin sei ein Vergleich zwischen Frankreich und England verfehlt, da in Frankreich neben dem zivilrechtlichen auch der verwaltungsrechtliche Rechtsweg eröffnet sei, um eine Anpassung des rechtlichen Geschlechts zu erreichen. Insgesamt scheint es *B* mangels „Eindeutigkeit“ auch an der „Echtheit“ zu fehlen.⁷⁰⁹

Weiterhin stellten die abweichenden Meinungen ein Zusammenbrechen des Rechtssystems und des sozialen Lebens in Aussicht.⁷¹⁰ Im Rahmen von Vaterschaftsanerkennungen könnten Frauen zu Vätern werden und die gleichgeschlechtliche Ehe bzw. die Ehe zwischen Menschen mit nicht eindeutigen Geschlechtern würde eröffnet. Richter *Valticos* kreierte mangels passender Begrifflichkeiten das Bild eines (teilweise) feminisierten Mannes.⁷¹¹

(f) Reaktionen und Folgen der Verurteilung

Zu einer Entscheidung des EGMR gegen Deutschland war es in den 1970ern nicht gekommen, das TSG kann aber als Reaktion auf das Urteil des BVerfG verstanden werden und zu dieser Zeit auch als fortschrittliche. Mit Spannung wurde daher die Reaktion Frankreichs auf die Verurteilung erwartet, teilweise wurde eine Kehrtwende gefordert, um eine erneute Verurteilung zu verhindern.⁷¹² Andere kritisierten das Urteil stark und beriefen sich auf den Beurteilungsspielraum der Nationalstaaten, insbesondere hinsichtlich einer umfassenden Anerkennung des anderen Geschlechts und etwaiger Folgen auf das Eherecht.⁷¹³

Anders als in Deutschland agierte nicht der Gesetzgeber, sondern es kam knapp neun Monate später am 11.12.1992 zu einer Änderung der Rechtsprechung des Kassationshofs.⁷¹⁴ Bis heute regelt diese Leitentscheidung⁷¹⁵ die Voraussetzungen der rechtlichen Anerkennung eines Geschlechterwechsels in der französischen Rechtsordnung.⁷¹⁶ Der Weg des Richterrechts statt eines Gesetzes wurde mit mehr

⁷⁰⁸ Abweichende Meinung des Richters *Pinheiro Farinha*, Rn. 4 zu EGMR, UrT. v. 25.03.1992 - 13343/87 – B./Frankreich.

⁷⁰⁹ *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 86.

⁷¹⁰ *Ibid.*, S. 87.

⁷¹¹ *Ibid.*, S. 87 zur abweichenden Meinung des Richters *Valticos*, der sich Richter *Loizou* anschloss, zu EGMR, UrT. v. 25.03.1992 - 13343/87 – B./Frankreich.

⁷¹² *Garé*, JCP 1992, S. 417–419 (419), zitiert nach *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 88.

⁷¹³ *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 89 mit umfassender Darstellung der Reaktionen auf die Verurteilung Frankreichs.

⁷¹⁴ *Cour de Cassation*, Assemblée plénière, 11.12.1992, Bulletin civil Nr. 13 S. 27; *Gazette du Palais*, 1993, 180 conl. *Jeol*, *Juris-Classeur Périodique (JCP)* 1993II.21991 S. 46 f. concl. *Jeol*, note *Méméteaur*, *Defrénois* 1993, 431 note *Massip*; *Revue trimestrielle de droit civil (RTDciv)* 1993, 598 obs. *Hausser*.

⁷¹⁵ Die Anträge von zwei post-operativen Mann-zu-Frau-Transsexuellen auf Änderung ihrer Vornamen und ihres Geschlechts waren zuvor abgelehnt worden.

⁷¹⁶ *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 88.

als einem Argument begründet.⁷¹⁷ Zwar müsse ein Gesetz eine umfassende Regelung aller Rechtsprobleme schaffen, man sei sich aber gleichzeitig über die Lösung häufig gar nicht klar. Auch gäbe es insgesamt nur wenige Fälle von Transsexuellen, sodass ein Gesetz zum einen übertrieben wäre und zum anderen möglicherweise zu mehr (versuchten) Anträgen auf Änderung des Geschlechtseintrags führen könnte. Im Übrigen könnten Gerichte anders als ein Gesetz angemessen flexibler auf Änderungen in der Medizin reagieren. Das Verfahren findet vor den Landgerichten statt und ist ebenfalls Richterrecht.⁷¹⁸

Da der EGMR Frankreich keine Vorgaben für die Umsetzung des Urteils genannt hatte, gab es verschiedene Möglichkeiten, um dem Recht auf Achtung der Privatsphäre gerecht zu werden. Der Kassationshof wählte einen Mittelweg zwischen einer umfassenden und vollständigen rechtlichen Anerkennung, einer Änderung des Geschlechts für alle weiteren Bereiche und einer weit dahinter zurück bleibenden simplen Änderung der Personalpapiere. Das Gericht entsprach in seinem Urteil dem gestellten Antrag, ohne einen besonders rück- oder fortschrittlichen Prozess einzuläuten und gewährte die Änderung des Geschlechtseintrags im Personenstandsregister. Ausgangspunkt für die rechtliche Geschlechtsanpassung waren seit dem Urteil nicht die Geschlechtsidentität und damit das psychische Geschlecht, sondern die physischen Merkmale des „neuen“ Geschlechts, die durch operative Eingriffe erreicht werden mussten und das Auftreten im entsprechenden Geschlecht.⁷¹⁹ Um die Anerkennung zu erreichen, mussten vier Voraussetzungen von den Antragstellern erfüllt werden. Zum einen musste die Transsexualität durch medizinische bzw. psychiatrische Experten festgestellt werden. Des Weiteren musste der antragsstellende Transsexuelle eine geschlechtsanpassende Operation vornehmen lassen haben, die sein physisches Erscheinen dem anderen Geschlecht annäherte und dies durch ein medizinisches Gutachten vor Gericht nachweisen. Als viertes mussten auch Psyche und Verhalten, dem anderen Geschlecht entsprechend, an den Tag gelegt werden.

Die Anforderungen der Instanzengerichte, beispielsweise an die Gutachten, zeugen nicht von Einheitlichkeit und teilweise wurde eine Regelung durch den Gesetzgeber gefordert.⁷²⁰ Im Oktober 2016 kam man dieser Forderung nach. Das angenommene Gesetz sieht ein Anerkennungsverfahren vor, das immerhin ohne die Voraussetzungen einer Sterilisation und einer medizinischen Behandlung aus-

⁷¹⁷ *Puttfarcken/Schnier*, Frankreich, in: Basedow/Scherpe (Hrsg.), *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht*, 2004, S. 36–40 (36).

⁷¹⁸ *Puttfarcken/Schnier*, Frankreich, in: Basedow/Scherpe (Hrsg.), *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht*, 2004, S. 36–40 (39).

⁷¹⁹ *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 89, 91.

⁷²⁰ *Will*, *Europarat und Transsexuelle*, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (189).

kommt.⁷²¹ Mit der Änderung des Personenstands richten sich in Frankreich alle Rechte und Pflichten nach dem nun eingetragenen Geschlecht

(4) *X, Y und Z*

Nunmehr hatte der EGMR nicht nur das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität anerkannt, sondern diesem auch den Vorrang in der Abwägung gegenüber staatlichen und gesellschaftlichen Interessen gewährt. In Frankreich sollte es nun für Transsexuelle ein Recht, bzw. einen Anspruch auf Änderung des Geschlechtseintrags geben. Das Urteil von 1992 weckte bei vielen europäischen transidenten Bürgern, deren Herkunftsländer weder gesetzlich, noch durch die Rechtsprechung ein Recht auf Änderung ihrer Einträge und Urkunden anerkannt hatten, Hoffnung mit ihren Belangen gehört zu werden. Die besondere Betonung der Unterschiede zwischen England und Frankreich war jedoch bekannt. Tatsächlich dauerte es noch weitere 10 Jahre bis auch für England eine derartige Aussage getroffen wurde. Einen kleinen Erfolg stellte das insgesamt zurückhaltende Urteil in der Sache *X, Y und Z* dar. Anders als in den bisherigen Urteilen ging es hier nicht an erster Stelle um die Änderung des Geschlechts eines Transsexuellen, sondern um die Änderung der Geburtsurkunde eines Kindes hinsichtlich seiner Eltern. Es wandten sich drei Antragsteller an den EGMR: X, ein Frau-zu-Mann-Transsexueller; Y, seine Partnerin des weiblichen Geschlechts und ihre Tochter Z, die durch künstliche Befruchtung mit dem Sperma eines anonymen Spenders gezeugt wurde. Der Antragsteller X wandte sich gegen die Weigerung der englischen Regierung, ihn als Vater von Z einzutragen. Nach seiner Ansicht verstieß die nicht vorhandene rechtliche Anerkennung seiner Beziehung zu Z gegen Art. 8 EMRK.⁷²² Möglich wäre es ihm gewesen, eine *joint residence order* zu beantragen (gemeinsame Fürsorge), welche zur Folge hätte, dass ihm die Erziehungsberechtigung zugesprochen würde.

(a) Familienleben

Der EGMR entschied sich dafür, den Rechtsfall nicht anhand des Rechts auf Privatleben zu untersuchen, sondern anhand des Familienlebens. Die Antragsteller brachten an, dass sie ein Familienleben führten und teilten, welches in den Anwendungsbereich des Art. 8 EMRK fällt.⁷²³ Die britische Regierung hingegen wollte die Beziehung zwischen X und Y bzw. X und Z nicht unter diesen Begriff subsumieren, da es sich um zwei zusammenlebende Frauen handele. Dies begründete die Regierung unter anderem damit, dass eine vollständige Geschlechtsumwandlung medizinisch nicht möglich sei.⁷²⁴ Die Rechtsprechung der Kommission spreche dagegen, zwei Personen des gleichen Geschlechts, die nicht miteinander verwandt sind, unter

⁷²¹ <http://tgeu.org/france-adopts-1st-gender-recognition-law-trans-people-continue-being-judged/> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

⁷²² *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 32 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷²³ *Ibid.*, Rn. 33.

⁷²⁴ *Ibid.*, Rn. 34.

den Begriff der „Familie“ zu fassen. Außerdem sei ein „Familienleben“ zwischen X und Z nicht möglich, da X mit Z weder durch Blut, Heirat noch Adoption verwandt sei. Ein weiteres Mal liegt eine Zirkelschluss-Argumentation vor. Ziel der Beschwerde war es, die Verwandtschaft rechtlich feststellen zu lassen, sodass für die Untersuchung der Frage, ob eine Verpflichtung zur Anerkennung der Verwandtschaft besteht, der Schutzbereich zumindest probeweise eröffnet werden müsste. Die Kommission differenzierte zwischen der Beziehung des Antragstellers und einer Beziehung von einem lesbischen Paar, da X in seinem täglichen Leben als Mann auftrat und sich einer geschlechtsanpassenden Operation unterzogen hatte.⁷²⁵ Das Gericht wiederum erinnerte daran, dass sich das Bild des Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK nicht nur auf Familien beziehe, die auf einer Ehe basieren, sondern auch andere *de facto* Beziehungen umfasse. Verschiedene Faktoren seien relevant, wenn es gelte zu bestimmen, ob eine Beziehung zwischen Menschen sich auf ein Familienleben belaufe: Ob das Paar zusammen lebt, der Zeitraum der Beziehung, ob die gegenseitige Beistandspflicht manifestiert wurde – z.B. durch gemeinsame Kinder. Vorliegend lebte X, ein Transsexueller, der sich einer geschlechtsanpassenden Operation unterzogen hatte, bereits seit 1979 mit Y als ihr männlicher Partner. Sie hatten gemeinsam die künstliche Befruchtung von Y beantragt, was auch genehmigt wurde. Während des folgenden Prozesses war X stets involviert und gab sich seitdem in allen Situationen als Z's Vater. Aus diesen Umständen ergaben sich für das Gericht *de facto* familiäre Beziehungen zwischen den Beschwerdeführern, welche den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK eröffnen.⁷²⁶

(b) Ansatz und Interessen im Vergleich zu den vergangenen Entscheidungen

Die Forderung der Beschwerdeführer entspricht nur auf den ersten Blick denen, die von *Rees*, *Cossey* und *B* gestellt wurden. Tatsächlich differenzieren nicht nur der Gerichtshof, sondern auch die Beschwerdeführer hinsichtlich dieser Sachverhalte. Es ginge gerade nicht um die Änderung von X's Geburtsurkunde, sondern um die Nennung von X in Z's Geburtsurkunde.⁷²⁷ Der Gerichtshof berief sich auf die Unterscheidbarkeit zu den vorherigen Urteilen. Die Beschwerde richte sich nicht dagegen, dass das nationale Recht keine Vorschriften für die Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen vorsah, sondern dagegen, dass es nicht möglich sei als post-operativer Frau-zu-Mann-Transsexueller als Vater eines Kindes eingetragen zu werden.⁷²⁸ Aus eben diesem Grund hatte der Gerichtshof beschlossen den Fall hinsichtlich des Familien- und nicht des Privatlebens zu untersuchen. Die elterlichen Rechte eines Transsexuellen bezüglich eines durch künstliche Befruchtung gezeugten

⁷²⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 35 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich; *EKMR*, Ber. v. 27.06.1995 - 21830/93, Rn. 55–59 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷²⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 36 f. – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷²⁷ *Ibid.*, Rn. 38, 42.

⁷²⁸ *Ibid.*, Rn. 42.

Kindes würden insofern eine Konstellation darstellen, die gleich zwei Sonderfälle beinhalte und für die es keinen gemeinsamen europäischen Standard gäbe.⁷²⁹ Daraus ergab sich nach Ansicht des EGMR für die Staaten eine weite *margin of appreciation*.

Ob wirklich ein Unterschied besteht, ist fraglich. Die Beschwerdeführer dürften den Unterschied zu den vorherigen Sachverhalten besonders betont haben, um mit ihrem Anliegen nicht direkt – unter Hinweis auf die vergangene Rechtsprechung – abgewiesen zu werden. Letztlich geht es um das Grundproblem: Die vollständige rechtliche Anerkennung des Transsexuellen in seinem neuen Geschlecht.⁷³⁰ Im Rahmen einer solchen Anerkennung wäre es die sinnvolle Folge X als Mann und auch als Vater einzutragen. Dies sollte auf Grundlage des nationalen Rechts erfolgen, ohne dass weitere Änderungen notwendig wären.

(c) Genügend Anlass für eine neue dynamische Auslegung?

Auch in diesem Verfahren versuchten die Beschwerdeführer dem Ansatz des Gerichts zu nutzen, dass neue Entwicklungen in der Medizin, Gesellschaft oder im Recht zu berücksichtigen seien und zu einer Änderung der Rechtsprechung führen könnten. Sie verwiesen auf das Europäische Parlament und die Parlamentarische Versammlung des Europarats, welche zu einer umfassenden Anerkennung der Identitäten von Transsexuellen aufgerufen hatten.⁷³¹ Außerdem führten sie die Entscheidung des EuGH *P. v. S. and Cornwall City Council* an, nach der die Ablehnung eines Transsexuellen aufgrund einer geschlechtsanpassenden Operation eine Diskriminierung darstellt.⁷³²

Die Kommission berief sich auf einen klaren Trend in den Vertragsstaaten dahingehend Geschlechtsumwandlungen rechtlich anzuerkennen.⁷³³ Im wissenschaftlichen Bereich habe es Veröffentlichungen gegeben, die darauf hinwiesen, dass Transsexualität nicht nur eine psychische Krankheit sei, sondern die Struktur des Gehirns eine physische Basis darstellen könnte. Die wissenschaftlichen Fortschritte wurden von der Regierung geleugnet, indem argumentiert wurde, dass es weiterhin Unsicherheit hinsichtlich des Ursprungs von Transsexualität gebe und kein ausreichender umfassender Konsens innerhalb der Vertragsstaaten bestünde.⁷³⁴ Auch *P. v. S. and Cornwall City Council* unterstütze den Vortrag der Beschwerdeführer nicht,

⁷²⁹ Die rechtlichen Beziehungen von Adoptivkindern bei gleichgeschlechtlichen Paaren sollte erst im März 2013 vom EGMR und BVerfG entschieden werden.

⁷³⁰ In diesem Sinne auch abweichende Meinung des Richters *Foigbel*, Rn. 4, zu *EGMR (GK)*, Urte. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷³¹ Vgl. dazu D I 1 b bb (c).

⁷³² *EGMR (GK)*, Urte. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 38 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich. Vgl. dazu D I 1 c.

⁷³³ *EGMR (GK)*, Urte. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 40 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich; so auch die teilweise abweichende Meinung des Richters *Casadevall*, welcher die Richter *Russo/Makarzyk* zustimmten, Rn. 2 zu *EGMR (GK)*, Urte. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷³⁴ *EGMR (GK)*, Urte. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 39 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

da das Urteil bezüglich des Umfangs, in dem ein Staat verpflichtet ist eine Änderung des Geschlechts rechtlich anzuerkennen, schweige.⁷³⁵ Die Kommission folgerte hieraus nicht nur die Notwendigkeit die Entscheidungen *Rees* und *Cassey* zu überdenken, sondern zu beschließen, dass das Verständnis von Respekt für das Familien- und Privatleben vom Staat fordern, für rechtliche Zwecke die derzeitige geschlechtliche Identität von post-operativen Transsexuellen anzuerkennen, inklusive der elterlichen Rechte.⁷³⁶

(d) Abwägung

Der EGMR nahm diese Argumentation nicht selbständig wieder auf. Hinsichtlich der Frage, ob ein fairer Ausgleich geschaffen wurde, wies er darauf hin, dass die Gemeinschaft als Ganzes ein Interesse daran habe ein kohärentes Familienrechtssystem zu haben, welches die Interessen des Kindes in den Vordergrund stelle. Welche Folgen eine Änderung des Rechts für Kinder wie Z hätte, sei laut Gerichtshof allerdings weder im Positiven noch im Negativen vorhersehbar.⁷³⁷ Die Nachteile für das Kind, welche von den Beschwerdeführern angebracht wurden, wies der Gerichtshof ab – unter anderem mit dem Hinweis man könne insoweit Vorsorge treffen, beispielsweise durch ein Testament.⁷³⁸ Letztlich sah der EGMR sich dazu angehalten, Zurückhaltung zu üben und wiederholte seine zuvor in den anderen Urteilen getätigte Aussage, dass Transsexualität komplexe wissenschaftliche, rechtliche, moralische und soziale Probleme aufbringe, für die es keinen allgemeinen geteilten Ansatz gäbe. Art. 8 EMRK impliziere keine Verpflichtung der Staaten formell jemanden als Vater eines Kindes zu akzeptieren, der nicht der biologische Vater ist.⁷³⁹ Hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 sah der Gerichtshof keinen Unterschied zur Beschwerde bezüglich Art. 8.⁷⁴⁰

(e) Sondervoten

Richter *Pettiti* stimmte zwar mit dem Ergebnis des Urteils überein, wünschte sich aber eine andere Begründung und eine andere Wortwahl, um so die Wirkung zu verstärken. Für ihn wurde zu viel auf die persönlichen Bedürfnisse von X und Y eingegangen und zu wenig auf die Beurteilung von Familienleben im Sinne von Art. 8 EMRK, sowie den Interessenkonflikt zwischen Kindern und Eltern.⁷⁴¹ Insbesondere würden die Interessen des Kindes nicht genügend geschützt, notwendig wäre z.B. ein eigener Anwalt für das jeweils betroffene Kind.

⁷³⁵ EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 39 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷³⁶ EKMR, Ber. v. 27.06.1995 - 21830/93, Rn. 67–70 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷³⁷ EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 47 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷³⁸ *Ibid.*, Rn. 48 ff.

⁷³⁹ *Ibid.*, Rn. 52.

⁷⁴⁰ *Ibid.*, Rn. 56.

⁷⁴¹ Übereinstimmende Meinung des Richters *Pettiti* zu EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

Richter *De Meyer* schloss sich im Ergebnis der Entscheidung an, stellte sich aber gegen die Gewährung einer *margin of appreciation* und die damit verbundene Argumentation („no common ground“, „generally shared approach“, „transitional stage“). Diese sei für ihn vor allem deshalb irrelevant, weil seiner Ansicht nach offensichtlich ist, dass jemand, der nicht der Vater eines Kindes ist, auch kein Recht habe als Vater anerkannt zu werden.⁷⁴²

Der teilweise abweichenden Meinung von Richter *Casadevall* hatten sich die Richter *Russo* und *Makarzyk* angeschlossen.⁷⁴³ *Casadevall* erkannte zwar an, dass auch hier, wie bei *Cossey* und *Rees*, das grundlegende Problem die sexuelle Dysphorie und Geschlechtsumwandlung sei. Aufgrund der besonders kennzeichnenden Merkmale des Sachverhalts könne aber eine Verletzung von Art. 8 EMRK vorliegen. Die Meinung basiert auf zwei essentiellen Aspekten⁷⁴⁴: Erstens dem Konzept von „Familienleben“, welches X, Y und Z erfüllen. Zweitens ergebe sich im Zusammenhang mit den Fakten des Falles und dem Grundsatz der Rechtssicherheit und -vorhersehbarkeit eine Pflicht des Staates alle notwendigen Maßnahmen zu unternehmen, um den Beschwerdeführern ein normales Leben unter ihrer neuen Identität, ohne Diskriminierung, zu ermöglichen. Das Vereinigte Königreich gestatte die Hormontherapie⁷⁴⁵, finanziere sogar teilweise die geschlechtsanpassende Operation, stelle teilweise Dokumente mit dem neuen Geschlecht aus und genehmige die künstliche Befruchtung, welche zur Geburt von Z führte.

Auch Richter *Thór Vilhjálmsson* wies auf die Gesamteinstellung des Vereinigten Königreichs hin. Aus dem *1990 Act* ergebe sich, dass der männliche Partner einer Frau, die ein Kind durch künstliche Befruchtung zur Welt bringt, rechtlich als Vater des Kindes zu behandeln sei. Daraus ergebe sich, dass in England die familiären Verbindungen zwischen allen Betroffenen als wichtig erachtet werden. Warum dies anders sein sollte bei einem Frau-zu-Mann-Transsexuellen verschloss sich *Thór Vilhjálmsson*.⁷⁴⁶ So kam er sowohl zu einer Verletzung von Art. 8 alleine, als auch in Verbindung mit Art. 14 EMRK.

Laut Richter *Foighel* war das Hauptproblem nicht das Wohlergehen des Kindes, sondern, dass das Recht vollständig die Geschlechtsanpassung berücksichtigen

⁷⁴² Übereinstimmende Meinung des Richters *De Meyer* zu *EGMR (GK)*, UrT. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷⁴³ Teilweise abweichende Meinung des Richters *Casadevall*, welcher sich die Richter *Russo/Makarzyk* angeschlossen haben zu *EGMR (GK)*, UrT. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷⁴⁴ Teilweise abweichende Meinung des Richters *Casadevall*, welcher sich die Richter *Russo/Makarzyk* angeschlossen haben, Rn. 6, zu *EGMR (GK)*, UrT. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷⁴⁵ So auch die abweichende Meinung des Richters *Foighel*, Rn. 6 zu *EGMR (GK)*, UrT. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷⁴⁶ Ähnl. die abweichende Meinung des Richters *Foighel*, Rn. 7 zu *EGMR (GK)*, UrT. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

sollte.⁷⁴⁷ Unklar blieb für ihn, warum die rechtliche Anerkennung von X' Geschlecht jemand anderem Nachteile bringen würde.⁷⁴⁸ Folglich kam auch er sowohl zu einer Verletzung von Art. 8 alleine als auch in Verbindung mit Art. 14.

Richter *Gotchev* betonte, dass für ihn das Wohlergehen des Kindes wichtig sei. Dies beinhalte die Festigung der Verbindungen innerhalb von *de-facto* Familien. Diese Festigung von Verbindungen ist jedoch unabhängig von der Transsexualität des *social father*.⁷⁴⁹

(5) *Sheffield und Horsham*

Die Entscheidung *X, Y und Z* hatte die Neuerung gebracht, dass im Zusammenhang mit Transsexualität nicht das Privat-, sondern das Familienleben untersucht wurde. In der Tatsache, dass der EGMR den Schutzbereich eröffnet sah, kann durchaus ein kleiner Erfolg gesehen werden, der teilweise auch als Anlass gewertet wurde über ein baldiges Ermöglichen der rechtlichen Personenstandsänderung zu spekulieren.⁷⁵⁰ Diese Erwartung wurde (wie zuvor) nicht erfüllt. Am 30.07.1998 wies der EGMR die Beschwerden von zwei post-operativen Mann-zu-Frau-Transsexuellen gegen das Vereinigte Königreich ab. Gerügt wurde von beiden die Verletzung von Art. 8, 12, 14 und 13 EMRK. Die Beschwerdeführerinnen trugen zum einen vor, dass ihre Dokumente nach erfolgter geschlechtsanpassender Operation ihr Geburtsgeschlecht aufwiesen, sodass sie in verschiedenen Situationen ihre Transsexualität offenlegen mussten und zum anderen, dass ihre Transsexualität weitere diskriminierende Folgen mit sich brächte. So verlor Kristina Sheffield das Besuchsrecht für ihre Tochter, nachdem sie sich, um die Operation vornehmen lassen zu können, hatte scheiden lassen müssen.⁷⁵¹ Außerdem war es ihr seit der OP nicht mehr möglich Arbeit zu finden. Rachel Horsham erhielt zwar einen angepassten Reisepass, fühlte sich aber gezwungen im niederländischen Exil zu leben und antizipierte die Nichtanerkennung einer geplanten Hochzeit mit ihrem niederländischen Partner.⁷⁵²

(a) Die Entscheidung

Auch in diesem Fall prüfte der Gerichtshof, ob das Vereinigte Königreich einer positiven Verpflichtung zur Respektierung des Privatlebens nicht nachgekommen war. Dass die Weigerung die Geschlechtsidentität anzuerkennen, einen Eingriff dar-

⁷⁴⁷ Abweichende Meinung des Richters *Foighel*, Rn. 4 zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷⁴⁸ Abweichende Meinung des Richters *Foighel*, Rn. 7 zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷⁴⁹ Abweichende Meinung des Richters *Gotchev* zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

⁷⁵⁰ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 79.

⁷⁵¹ *EGMR (GK)*, Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 12–20 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

⁷⁵² *Ibid.*, Rn. 21–25.

stelle, sei nicht behauptet worden.⁷⁵³ Die Deutung der Achtung des Familien- bzw. Privatlebens als Verpflichtung von Vertragsstaaten sei jedoch nicht eindeutig (*clear cut*), sondern die Anforderungen an den Begriff würden variieren. Das Erfordernis eines fairen Gleichgewichts sei jedoch in der gesamten Konvention immanent, sodass eine Verletzung nur in Frage komme, wenn kein faires Gleichgewicht zwischen den Interessen der Allgemeinheit und denen des Individuums als Menschenrechtsträger geschaffen wurde.⁷⁵⁴

Zwar sei die Beschwerde *Sheffield und Horsham* weiter gefasst als *Rees* und *Cossey*, aber Wesenskern des Beschwerdevorbringens sei, dass die englischen Behörden für die Geschlechtsbestimmung einzig die biologischen Kriterien heranziehen würden und diese für unveränderlich hielten.⁷⁵⁵ Nach Ansicht des Gerichtshofs hatten die Beschwerdeführer keine wesentlichen neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse aufgezeigt.⁷⁵⁶ Der vorgelegte wissenschaftliche Beitrag eines Professor *Gooren* über die Bedeutung des Gehirns für Transsexualität sei zwar sicherlich wichtig, aber es sei noch nicht feststellbar, ob zu diesem Zeitpunkt diese Erkenntnisse allgemeine Unterstützung erfahren. Weiterhin sei es trotz des Fortschritts in den medizinischen Disziplinen nicht möglich, alle biologischen Charakteristika eines Geschlechts zu ändern. Auch könne noch kein Konsens in den Mitgliedstaaten festgestellt werden, insbesondere sei keine gemeinsame Vorgehensweise hinsichtlich der Lösung der Probleme, die die rechtliche Anerkennung in anderen Rechtsgebieten mit sich bringe, nachgewiesen worden.⁷⁵⁷ Letztlich sei im Vergleich zur Rechtsache *B* nicht der gleiche Schweregrad hinsichtlich Unannehmlichkeiten, als Folge der Nichtanerkennung, erreicht, da es in England möglich war, zumindest einige Dokumente anzupassen und von den Beschwerdeführern verlangt werden könne in bestimmten Situationen ihr Geschlecht offenzulegen.⁷⁵⁸ Basierend auf diesen Gründen verneinte der Gerichtshof eine positive Verpflichtung Englands post-operative Transsexuelle rechtlich anzuerkennen. Zuvor wies er jedoch darauf hin, dass eine gewisse wissenschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung gegeben sei und Transsexualität vermehrt Akzeptanz erfahre. Deswegen gelte es, etwaige Entwicklungen und ihre Umsetzung durch die Staaten zu beobachten.⁷⁵⁹

Die Entscheidung zu Art. 8 EMRK erging elf zu neun und damit sehr knapp. Das zustimmende Sondervotum der Richter *De Meyer*, *Valticos* und *Morenilla* wiederholte im Wesentlichen nur die Argumentation des Gerichtshofs im Urteil und betonte die im Zusammenhang mit Transsexualität entstehenden schwierigen rechtlichen und ethischen Fragen, welche der EGMR nicht beantworten und lösen

⁷⁵³ *Ibid.*, Rn. 51.

⁷⁵⁴ *Ibid.*, Rn. 52.

⁷⁵⁵ *Ibid.*, Rn. 53.

⁷⁵⁶ *Ibid.*, Rn. 48, 56.

⁷⁵⁷ *Ibid.*, Rn. 57.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, Rn. 59.

⁷⁵⁹ *Ibid.*, Rn. 60.

könne.⁷⁶⁰ Wichtig war es ihnen außerdem zu betonen, dass niemandem ein vollständiger Geschlechtswechsel möglich sei, sondern nur ein Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht werde. Die zustimmende Meinung des Richters *Sir John Freeland* hingegen verdeutlicht, wie knapp das Urteil tatsächlich gefällt wurde. Zwar stimmte er im Ergebnis der Mehrheit zu, doch betont er ausdrücklich die schwierige Abwägungsfrage, allgemein und auch im Vergleich zur Sache *B gegen Frankreich* gegenüber der Rechtslage in England. Für die Zukunft kündigt er an, dass seines Erachtens eine Verpflichtung Englands denkbar sei, wenn andere Staaten vorlegten.⁷⁶¹

(b) Die abweichenden Meinungen

Die gemeinsame teilweise abweichende Meinung der Richter *Bernhardt, Thór Vilhjálmsson, Spielmann, Palm, Wildhaber, Makarzyk* und *Voicu* erläuterte die innerhalb der großen Kammer bestehenden Meinungsdivergenzen.⁷⁶² Kern der Beschwerde sei der Zwang der Beschwerdeführer in bestimmten Situationen ihr Geschlecht offenlegen zu müssen. Anders als die Mehrheit waren sie der Ansicht, dass in den zwölf Jahren seit *Rzes* neue Erkenntnisse in der Wissenschaft erlangt wurden. Zwar bestehe insofern kein Konsens in den Mitgliedstaaten, als dass ihre Mehrheit auf gleiche rechtliche Art und Weise eine Anerkennung ermögliche, aber 23 von 37 Staaten gestatteten eine Änderung bzw. Anpassung der Geburtsurkunde und nur vier Staaten verboten dies ausdrücklich. Für die abweichenden Richter ergab sich daraus ein klarer allgemeiner Trend in Europa, der ausreiche, um als Abwägungsergebnis die umfassende Anerkennung der Geschlechtsidentität von Transsexuellen zu fordern. Ihres Erachtens könne es nicht angehen, eine positive Verpflichtung aus Art. 8 EMRK erst dann zu schlussfolgern, wenn jeder einzelne Mitgliedstaat die Anerkennung bereits ermögliche. Bereits jetzt lege Art. 8 EMRK dem belangten Staat eine positive Verpflichtung auf, sein Recht in einer solchen Weise zu ändern, dass postoperative Transsexuelle nicht länger Gefahr liefen, öffentlich Peinlichkeiten und Erniedrigungen ausgesetzt zu werden, indem sie eine Geburtsurkunde vorlegen müssten, welche ihr ursprüngliches Geschlecht angibt.

Richter *Casadevall*, der bereits in *X, Y und Z* zu einem anderen Ergebnis als die Mehrheit kam, betonte, dass *gender dysphoria* als Krankheit anerkannt sei, verwies auf die Empfehlung der Parlamentarischen Versammlung und den großen Anteil der Staaten, die rechtlich eine Anerkennung ermöglichten. Zudem betonte er, dass wie

⁷⁶⁰ Gemeinsame zustimmende Meinung der Richter *De Meyer/Valticos/Morenilla* zu *EGMR (GK)*, Urte. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

⁷⁶¹ Zustimmende Meinung des Richters *Sir John Freeland* Rn. 3 zu *EGMR (GK)*, Urte. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

⁷⁶² Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Bernhardt/Thór Vilhjálmsson/Spielmann/Palm/Wildhaber/Makarzyk/Voicu* zu *EGMR (GK)*, Urte. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

in *B gegen Frankreich* ein faires Gleichgewicht zugunsten des Rechts Transsexueller auf Achtung ihrer Privatsphäre geschaffen werden müsse.⁷⁶³

Letztlich sprach sich Richter *Van Dijk*, dem sich Richter *Wildhaber* anschloss, dafür aus den rechtlichen Status von Transsexuellen nicht als ein Problem von Minderheiten zu behandeln, sondern als ein Problem der Privatsphäre und diese würde durch das bestehende englische System berührt.⁷⁶⁴ Am wichtigsten war für ihn jedoch, dass das fundamentale Recht auf Selbstbestimmung betroffen sei, welches einer transsexuellen Person, die alle medizinisch möglichen Schritte in Anspruch genommen hat, das Recht gibt auch rechtlich eine Anerkennung ihres Geschlechts zu erreichen. Das Recht auf Selbstbestimmung sei zwar nicht explizit in die Konvention aufgenommen bilde aber die Grundlage verschiedener in ihr festgelegter Rechte, insbesondere des Rechts auf Freiheit in Art. 5 EMRK und des Rechts auf Achtung des Privatlebens in Art. 8 EMRK. Außerdem sei es wesentliches Element der „angeborenen Würde“, welche gemäß der Präambel die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden bilde.

(6) *Christine Goodwin* und *I.*: Die Wende in der Rechtsprechung

Zur endgültigen Wende in der Frage der Privatsphäre (und Eheschließung⁷⁶⁵) kam es im Jahr 2002, in den am gleichen Tag entschiedenen Urteilen *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich* und *I. gegen das Vereinigte Königreich*. Die Urteile sind weitestgehend wortgleich und werden aus diesem Grund gemeinsam besprochen. In beiden Fällen handelte es sich um post-operative Mann-zu-Frau-Transsexuelle, deren Operationen vom Staat ermöglicht und finanziert worden waren, die aber dennoch keine umfassende Anerkennung erhielten.⁷⁶⁶ *I.* betonte, dass durch eine etwaige Änderung des Geburtenregisters weder Rechte Dritter noch der Gesellschaft beeinträchtigt würden.⁷⁶⁷ Die Beschwerdeführerinnen hingegen waren im Alltag regelmäßig gezwungen ihre Geschlechtszugehörigkeit offenzulegen, dies betraf insbesondere auch ihr Berufsleben. Weiterhin war es ihnen nur möglich Sozial- und Rentenrechte in ihrem Geburtsgeschlecht in Anspruch zu nehmen. Sie stützten sich in ihrer Argumentation auf die Sondervoten der Richter zu den vergangenen EGMR Entscheidungen sowie darauf, dass die englische Regierung die Notwendigkeit rechtlicher Reformen nicht erkannt habe.⁷⁶⁸

⁷⁶³ Abweichende Meinung des Richters *Casadevall* zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

⁷⁶⁴ Abweichende Meinung des Richters *Van Dijk* Rn. 5 zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

⁷⁶⁵ Vgl. dazu D II 4.

⁷⁶⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 12 ff. – *Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*; *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 12 ff. – *I./Vereinigtes Königreich*.

⁷⁶⁷ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 43 a.E. – *I./Vereinigtes Königreich*.

⁷⁶⁸ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 60 – *Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*; *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 43 – *I./Vereinigtes Königreich*.

Die Regierung beharrte weiterhin darauf, die Anpassung des Vornamens und einiger wichtiger Ausweisdokumente müsse ausreichen und mangels Konsens in den Mitgliedstaaten bleibe ihr weiter Ermessensspielraum bestehen.⁷⁶⁹

(a) Praktische und effektive Wirkung der Menschenrechte

Wie zuvor untersuchte der Gerichtshof, ob das Vereinigte Königreich eine positive Pflicht missachtet hatte, die geschlechtsanpassende Operation rechtlich umfassend anzuerkennen und wie zuvor erfolgte eine Erinnerung an die nicht scharfe Abgrenzbarkeit des Begriffs der Achtung als positive Pflicht.⁷⁷⁰ Insofern sei es fraglich, ob ein faires Gleichgewicht zwischen den Interessen der Gemeinschaft und denen des Individuums erreicht würden. Bisher war dieses faire Gleichgewicht durch den Gerichtshof für das Vereinigte Königreich immer bejaht worden; zwar bestehe keine Pflicht für den Gerichtshof seine Rechtsprechung entsprechend beizubehalten, aber aus Interesse an Rechtssicherheit, Vorhersehbarkeit und Gleichheit vorm Gesetz bedürfe es guter Gründe für eine Abkehr.⁷⁷¹ Ein solcher guter Grund sei die Pflicht den in der Konvention enthaltenen Menschenrechten eine möglichst effektive Wirkung zu ermöglichen. Damit sie praktisch und effektiv anstatt theoretisch und illusorisch wirken, sei eine dynamische und evolutive Auslegung notwendig, welche die sich ändernden Umstände berücksichtige, was wiederum zu einer Änderung der Rechtsprechung führen könne.⁷⁷² Bereits seit 1986 habe der Gerichtshof mehrfach erkannt, dass Transsexuelle sehr schwierigen Situationen ausgesetzt sind und stets betont, es sei notwendig diesen Bereich weiter zu beobachten und ggf. weitere rechtliche Maßnahmen vorzunehmen.

(b) Bei der Abwägung zu berücksichtigende Faktoren

(aa) Das Leben als Transsexuelle

Im folgenden Abschnitt warf der Gerichtshof einen Blick auf die rechtliche und alltägliche (Lebens-)Situation von Transsexuellen und stellte fest, der tatsächliche soziale Zustand (das Leben von post-operativen Transsexuellen entsprechend ihrer Geschlechtsidentität) stimme mit dem gesetzlichen Personenstand nicht überein, was zu Gefühlen der Verletzlichkeit, Erniedrigung und Angst führen könne.⁷⁷³ Wenn der Zustand des innerstaatlichen Rechts im Widerspruch zu einem wichtigen Gesichtspunkt des persönlichen Selbstverständnisses stehe, könne dies einen ersten Eingriff in das Privatleben darstellen. Unlogisch sei insofern auch das englische System, die entsprechenden Operationen zu erlauben und zu finanzieren, jedoch die rechtliche Anerkennung zu verweigern, welche als der endgültige und entschei-

⁷⁶⁹ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 64 ff.; I. Rn. 64 ff.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 71 f.; I. Rn. 51 f.

⁷⁷¹ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 74; I. Rn. 54.

⁷⁷² *Ibid.*, Goodwin, Rn. 74; I. Rn. 54. Vgl. zu dieser Auslegungsmethode C II 4 b.

⁷⁷³ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 77; I. Rn. 57.

dende Schritt in einem langen und schwierigen Prozess der Umwandlung angesehen werden könne.⁷⁷⁴ Ein Paradoxon, welches neben England nur noch in Irland vorzufinden war. Die Kohärenz der administrativen und der gesetzlichen Vorgehensweise innerhalb eines innerstaatlichen Systems sei von großer Bedeutung bei der Prüfung von Art. 8 EMRK.

(bb) Medizinische und wissenschaftliche Faktoren

Der Gerichtshof stellte beobachtend fest, dass noch immer keine eindeutige medizinische Erklärung für Transsexualität gefunden worden sei, stufte es aber als wichtiger ein, dass Transsexualität international als Krankheit anerkannt wurde und verweist auf das DSM-IV und das ICD-10.⁷⁷⁵ Angesichts der mit einer geschlechtsanpassenden Operation verbundenen zahlreichen und schmerzhaften Eingriffe sowie des Ausmaßes an Entschlossenheit und Überzeugung, wie sie für einen Wechsel der Geschlechterrolle in der Gesellschaft erforderlich seien, könne nicht angenommen werden, dass die Entscheidung einer Person für eine Geschlechtsanpassung in irgendeiner Weise willkürlich oder unbesonnen wäre.⁷⁷⁶ Im Übrigen sei es zwar weiterhin nicht möglich alle biologischen Charakteristika eines Geschlechts künstlich zu erwerben, in Anbetracht der immer weiter voranschreitenden medizinischen Möglichkeiten sei es jedoch nicht ersichtlich, warum ausschließlich das chromosomale Geschlecht entscheidend sein sollte.⁷⁷⁷ Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass es auch neben der Transsexualität Anomalien gibt, wie z.B. im Falle der Intersexualität.

(cc) Konsens: Innerhalb und außerhalb von Europa

Von großer Bedeutung für die Bestimmung des Ermessensspielraums ist die Existenz eines Konsenses hinsichtlich des rechtlichen Umgangs mit Transsexuellen. Hatte für die Mehrheit der Richter in den vorigen Urteilen der vorhandene Konsens noch nicht ausgereicht, weist der Gerichtshof nun auf einen andauernden (internationalen) Trend zur Anerkennung und Akzeptanz von Transsexuellen hin und verweist erstmals auf Australien und Neuseeland, die unbestreitbar weder Mitgliedstaaten der EMRK sind, noch zum europäischen Kontinent gehören.⁷⁷⁸ Außerdem ging der EGMR auf die von *Liberty* vorgelegte Studie⁷⁷⁹ ein und gab zu, dass es in Europa statistisch keine Veränderungen gab. Laut der Studie erlaubten zum damaligen Zeitpunkt 57% eine rechtliche Anerkennung, 14% gestatteten sie nicht und in 32% der Staaten war die Rechtslage unklar. Dass es keinen gemeinsamen europäischen Ansatz zum Umgang mit den „Folgeproblemen“ der rechtlichen Anerkennung einer

⁷⁷⁴ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 78; I. Rn. 58.

⁷⁷⁵ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 81; I. Rn. 61. Zum DSM und ICD vgl. B I 1 a aa, bb und cc.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 81; I. Rn. 61.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 82; I. Rn. 62.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 84 f.; I. Rn. 64 f.

⁷⁷⁹ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 55 f.; I. Rn. 38 f.

Geschlechtsanpassung gäbe, sei in Anbetracht der unterschiedlichen Rechtssysteme kaum überraschend. Ausschlaggebend sei vielmehr die anhaltende internationale Entwicklungsrichtung zugunsten einer steigenden sozialen Akzeptanz von Transsexuellen, aber auch der rechtlichen Anerkennung der neuen sexuellen Identität. Dem EGMR reichte ein klarer Trend aus, um auf eine enge *margin of appreciation* zu schließen.⁷⁸⁰ Im hinteren Teil des Urteils betonte das Gericht außerdem, dass diese Probleme im Übrigen bei weitem nicht unüberwindbar seien.

(dd) Respekt vor nationalen Systemen

In der Entscheidung *Rees* wurde die Bedeutung des nationalen Geburtenregisters anhand seiner historischen Natur hervorgehoben und in *B.* wurde der Unterschied zum französischen System herausgestellt. In *I.* und *Goodwin* erkannte der Gerichtshof zwar an, dass die Konzeption des Geburtenbuchs als unveränderlich und von historischer Kontinuität wichtig und von großer Bedeutung sei, etwaige bereits bestehende innerstaatliche Ausnahmen diese Beurteilung jedoch stark beeinflussen würden.⁷⁸¹ So sah das englische Rechtssystem im Fall von Legitimationen und Adoptionen vor, dass aktualisierte Geburtsurkunden ausgestellt werden konnten. Da Ausnahmen dem System nicht völlig fremd seien, könne auch nicht davon ausgegangen werden, dass eine weitere Ausnahme für Transsexuelle das ganze System aufheben würde.

(ee) Abwägung

Im Vergleich zur Situation von Transsexuellen in Frankreich zur Zeit der Entscheidung *B.*, erreiche die Beeinträchtigung der Lebenssituation von Transsexuellen in England nicht die gleiche Schwere.⁷⁸² Nichtsdestotrotz sei Kernpunkt der Konvention der Respekt der menschlichen Würde und Freiheit. Bei Art. 8 EMRK wirke sich dies insbesondere bei der persönlichen Autonomie aus, welche als wichtiges Prinzip der Interpretation der Garantien zugrunde läge. Die persönliche Sphäre jedes Individuums müsse Schutz erfahren und dies beinhalte das Recht Einzelheiten der Identität, die einen Menschen ausmachen, auch auszuleben. Zuvor hieß es, dem Einzelnen könne zugemutet werden gelegentlich seine Geschlechtsidentität offenzulegen. In diesem Urteil kommt der Gerichtshof zum Schluss, der Gesellschaft könne zugemutet werden, gewisse Unannehmlichkeiten zu tolerieren, wenn es darum gehe Menschen ein würdevolles Leben zu ermöglichen.⁷⁸³ Des Weiteren habe es das Vereinigte Königreich versäumt Reformen vorzunehmen, obwohl der

⁷⁸⁰ Der sich entwickelnde Trend reichte nicht aus in: *EGMR (GK)*, Urtr. v. 03.11.2011 - 57813/00, Rn. 96 – S.H. u.a./Österreich. Vgl. auch die gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Tulkens/Hirvelä/Lazarova/Trajkowska/Tsotsori*.

⁷⁸¹ *EGMR (GK)*, Urtr. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 86 ff. – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Urtr. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 66 ff. – I./Vereinigtes Königreich.

⁷⁸² *Ibid.*, Goodwin, Rn. 89 ff.; I. Rn. 69 ff.

⁷⁸³ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 91; I. Rn. 71.

Gerichtshof stets betont hatte, dass der Bedarf an geeigneten rechtlichen Maßnahmen, unter Berücksichtigung von wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen im Auge behalten werden müsse (ausgenommen eine Anpassung des Diskriminierungsrechts im Anschluss an eine Entscheidung des EuGHs).⁷⁸⁴ Es gäbe keine signifikanten Faktoren des öffentlichen Interesses, die gegen das Interesse der individuellen Beschwerdeführer an der Erlangung ihrer rechtlichen Geschlechtsanpassung abzuwägen seien.⁷⁸⁵ Dem Königreich stehe es nicht mehr zu, unter Berufung auf die *margin of appreciation*, gesetzgeberisches Vorgehen zu verweigern. Es verbleibe nur hinsichtlich des „wie“, also der geeigneten Maßnahmen, ein Ermessensspielraum. Damit neige das dem EMRK-System inhärente faire Gleichgewicht zugunsten der Beschwerdeführer und das Vereinigte Königreich hatte nach Ansicht des EGMR Art. 8 EMRK durch sein Unterlassen das Recht auf Privatleben zu achten verletzt.

Auf die Verletzung von Art. 12 EMRK wird im Verlauf der Arbeit noch eingegangen werden.⁷⁸⁶ Art. 14 EMRK wurde vom Gerichtshof mangels einer über Art. 8 und 12 hinausgehenden Beschwerde als subsidiär nicht weiter untersucht. Die Beschwerdeführer sollten ihre Kosten und Auslagen erstattet bekommen, eine Entschädigung wurde ihnen hingegen nicht zugesprochen; insofern solle die Feststellung einer Verletzung mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen als gerechte Entschädigung gesehen werden.⁷⁸⁷

(c) Keine Minderheit

Bezüglich der vorangegangenen Urteile wurde in dieser Arbeit mehrfach die Bedeutung der Sondervoten betont. Die Urteile *I.* und *Goodwin* wurden letztlich einstimmig gefällt. Die drei abweichenden Meinungen der Richter *Fischbach*, *Türmen* und *Greve* beziehen sich nur auf den fixen Zinssatz für Verzugszinsen.

(d) Bewertung: Die Bedeutung der *margin of appreciation*

Der evolutive Interpretationsansatz des Gerichtshofs findet im Zusammenhang mit der *margin of appreciation* eine Ausformung in der vergleichenden Methode des Gerichtshofs.⁷⁸⁸ Im Zusammenhang mit Art. 8 EMRK war es fraglich, ob das Vereinigte Königreich eine positive Pflicht trifft, die neue geschlechtliche Identität eines Transsexuellen nach einer Operation anzuerkennen und staatliche Urkunden anzupassen. In *Rees*⁷⁸⁹ stellte das Gericht fest, dass zu diesem Zeitpunkt diesbezüglich wenige Gemeinsamkeiten unter den Vertragsstaaten feststellbar waren und den

⁷⁸⁴ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 92; I. Rn. 72.

⁷⁸⁵ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 93; I. Rn. 73.

⁷⁸⁶ D II 4 b (3).

⁷⁸⁷ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 119 ff.; I. Rn. 90 ff.

⁷⁸⁸ Ähnl. *Arai-Takahashi*, der die rechtsvergleichende Methode als Brücke zwischen evolutiver Auslegung und *margin of appreciation* versteht: *Arai-Takahashi*, Margin of Appreciation and Principle of Proportionality, 2002, S. 203.

⁷⁸⁹ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Series A 106, Rn. 37 – Rees/Vereinigtes Königreich.

Staaten folglich eine weite *margin of appreciation* zuzugestehen war. Vier Jahre später in *Cossey* entschied der EGMR erneut, dass aufgrund nur geringer Änderungen weiterhin eine weite *margin of appreciation* gegeben war, behielt sich eine Änderung seiner Rechtsprechung jedoch ausdrücklich vor.⁷⁹⁰ Auch acht Jahre später in *Sheffield und Horsham*⁷⁹¹ fehlt es laut EGMR noch immer an einem gemeinsamen Ansatz darüber, welche Folgen eine rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsänderung hat. Während in *Rees* noch zwölf zu drei abgestimmt wurde, wurde *Sheffield und Horsham* nur mit einer Mehrheit von elf zu neun entschieden.⁷⁹² Erst in *Goodwin*⁷⁹³ und in *I.*⁷⁹⁴ hebt der EGMR seine bisherige Rechtsprechung auf und entscheidet einstimmig zugunsten der Antragsteller. In den fast identischen Urteilen argumentiert der EGMR dahingehend, dass seit seinem letzten Urteil signifikante Veränderungen stattgefunden haben, welche es rechtfertigen, von der bisherigen Rechtsprechung abzuweichen.⁷⁹⁵ Hieß es früher noch, dass mangels eines gemeinsamen europäischen Ansatzes zum Umgang mit den „Folgeproblemen“ der rechtlichen Anerkennung einer Geschlechtsanpassung diese nicht vom Vereinigten Königreich verlangt werden könne, war für den Gerichtshof nun „the lack of such a common approach among forty-three Contracting States with widely diverse legal systems and traditions [...] hardly surprising“. Wichtiger sei vielmehr die anhaltende internationale Entwicklungsrichtung zugunsten einer steigenden sozialen Akzeptanz von Transsexuellen, aber auch die rechtliche Anerkennung der neuen sexuellen Identität. Dieser Wandel der Rechtsprechung geht mit einer Veränderung der Zusammensetzung des Gerichts einher. Dabei scheinen drei Faktoren von Bedeutung: Erstens war seit der Entscheidung in der Sache *Rees* das Durchschnittsalter der Richter um sechs Jahre gesunken.⁷⁹⁶ Zweitens gab es seitdem vier weibliche Richterinnen mehr⁷⁹⁷ und drittens urteilten nur noch vier der Richter aus *Sheffield und Horsham* in *I.* und *Goodwin*⁷⁹⁸.

⁷⁹⁰ EGMR, Ur. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 40, 42 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich.

⁷⁹¹ EGMR (GK), Ur. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 57–58 – *Sheffield und Horsham*/Vereinigtes Königreich.

⁷⁹² Vgl. die abweichenden, aber auch die zustimmenden Meinungen der Richter zu diesen Urteilen. Teilw. wird die Änderung in den Staaten als ausreichend für eine Anpassung der Rechtsprechung gehalten (bereits in *Cossey*: Gemeinsame teilweise abweichende Meinung der Richter *MacDonald*/*Spielmann* und abweichende Meinung des Richters *Martens*; in *Sheffield und Horsham*: Gemeinsame teilweise abweichende Meinung der Richter *Bernhardt*/*Thór*/*Vilbjálmsson*/*Spielmann*/*Palm*/*Wildhaber*/*Makarzyk*/*Voicu*). Teilw. wollen die Richter die *margin* und den europäischen Standard hier gänzlich unbeachtet lassen (in *Sheffield und Horsham*: Gemeinsame zustimmende Meinung der Richter *De Meyer*/*Vaticos*/*Morenilla*).

⁷⁹³ EGMR (GK), Ur. v. 11.07.2002 - 28957/95 – *Christine Goodwin*/Vereinigtes Königreich.

⁷⁹⁴ EGMR (GK), Ur. v. 11.07.2002 - 25680/94 – *I.*/Vereinigtes Königreich.

⁷⁹⁵ EGMR (GK), Ur. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 84–84 – *Christine Goodwin*/Vereinigtes Königreich.

⁷⁹⁶ *Will*, *Europarat und Transsexuelle*, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (192).

⁷⁹⁷ *Ibid.*

⁷⁹⁸ *Wildhaber* (inzwischen als Präsident), *Palm*, *Jungwiert* und *Butkewych*.

Von diesen vier hatten zwei bereits in *Sheffield und Horsham* deutlich ihre abweichende Meinung zum Ausdruck gebracht⁷⁹⁹.

Dem EGMR reichte ein klarer Trend aus, um auf eine enge *margin of appreciation* zu schließen.⁸⁰⁰ Letztlich betreibt der EGMR eine von den Entwicklungen in den Vertragsstaaten fast unabhängige Rechtsbildung. Diese führt zu autonomen Konventionsstandards, die wiederum zu einer informellen Pflicht der Vertragsstaaten zur Anpassung ihrer Rechtsordnungen an diese Standards und so zu einer Harmonisierung der Rechtsordnungen führen.⁸⁰¹ Die Entwicklung ist jedoch nur fast unabhängig und vom Aufgabenprofil des EGMR gedeckt, solange er sich bei der Auslegung innerhalb der Grenzen von zweien der klassischen Methoden (Wortlaut, Sinn und Zweck) hält. Der Wortlaut des Art. 8 EMRK ist eindeutig und bewusst offen gestaltet und einer Vielzahl von Interpretationen zugänglich.⁸⁰² Hinsichtlich Sinn und Zweck ist Ausgangspunkt der entstehungsgeschichtliche Regelungsgehalt,⁸⁰³ was im Widerspruch zur Wiener Vertragsrechtskonvention stehen dürfte, die sich für eine subsidiäre Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte entschieden hat – vgl. Art. 31, 32 WVK. Als die EMRK am 03.09.1953 in Kraft trat, waren die rechtlichen Probleme der Anerkennung von Transsexualität kaum in den nationalen Rechtsordnungen berücksichtigt worden und nur marginal antizipiert worden. Dieser Umstand ändert jedoch nichts an ihrer Notwendigkeit.

(e) *Bellinger v. Bellinger*, Gender Recognition Act und *Grant*

Bereits im Anschluss an *Sheffield und Horsham* wurde im April 1999 eine interministerielle Arbeitsgruppe eingesetzt, welche ein Jahr später einen Bericht zur Reformbedürftigkeit der englischen Rechtslage bezüglich Transsexualität vorlegte. An diesem Bereich hatten neben Fachleuten und Interessengruppen auch Betroffene und ihre Familien mitgewirkt.⁸⁰⁴ In ihrem Reformentwurf waren drei mögliche Szenarien festgehalten: Das Beibehalten des bisherigen Systems, das Ausstellen neuer Geburtsurkunden im Falle des Geschlechtswechsels sowie eine erschöpfende Reformierung des Systems mit umfassender rechtlicher Anerkennung des neuen Geschlechts für Transsexuelle.⁸⁰⁵ Diese Vorschläge wurden jedoch zunächst nicht aufgenommen, stattdessen kam es zu Urteilen des *High Court* (02.11.2000) und des

⁷⁹⁹ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Bernhardt/Tbór Vilhjálmsson/Spielmann/Palm/Wildhaber/Makarczyke/Voicu* zu EGMR (GK), UrT. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94 – *Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich*.

⁸⁰⁰ Der sich entwickelnde Trend reichte nicht aus in: EGMR (GK), UrT. v. 03.11.2011 - 57813/00, Rn. 96 – S.H. u.a./Österreich. Vgl., aber auch die gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Tulkens/Hirvelä/Lazarova/Trajkowska/Tsotsori*.

⁸⁰¹ *Rubel*, Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des EGMR und EuGH, 2005, S. 112.

⁸⁰² Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 6.

⁸⁰³ *Grabemüller/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 5 Rn. 7.

⁸⁰⁴ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 96; *Will*, Europarat und Transsexuelle, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (192).

⁸⁰⁵ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 96.

Court of Appeal (17.07.2001) in der Sache *Bellinger v. Bellinger*. Inhaltlich ging es um die Ehe zwischen einem Mann und einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen, die geschlossen worden war, ohne die Geschlechtszugehörigkeit zu erfragen und welche die Transsexuelle zwanzig Jahre später als rechtsgültig erklärt haben wollte. Die Instanzengerichte konnten dem Verlangen nicht stattgeben und beriefen sich auf die Entscheidung *Corbett*. Bereits in diesen beiden Urteilen wurde auf die Rechtsprechung des EGMR Bezug genommen, insbesondere wurde auf die abweichende Meinung des Richters *Martens* eingegangen und ein weiteres Verfahren vor dem Gerichtshof prophezeit („*sooner rather than later*“).⁸⁰⁶ Dieser Warnung kam der Gerichtshof in *Goodwin* und *I.* zwar nach, doch selbst im Anschluss hieran sah sich das oberste englische Gericht (*House of Lords*) in seinem Urteil vom 10.04.2003 nicht dazu in der Lage, die Ehe für wirksam zu erklären.⁸⁰⁷ Wie auch in den unteren Instanzen charakterisierte man die Situation von Transsexuellen als unbefriedigend und zeigte großes Verständnis. Das *House of Lords* erklärte gar Art. 11 (c) des *Matrimonial Causes Act 1973* für mit dem *Human Rights Act 1998* unvereinbar. Die Richter fühlten sich trotz der eindeutigen EGMR Entscheidungen an *Corbett* gebunden, ein anderslautendes Urteil würde eine so bedeutsame Änderung des Rechts bedeuten, dass diese nicht mehr als vom richterlichen Auftrag umfasst angesehen werden könne. Diese zurückhaltende Argumentation und Verweisung an den Gesetzgeber erinnert stark an die des BGH und der unteren Instanzen vor Inkrafttreten des deutschen TSG.⁸⁰⁸ Das BVerfG hingegen erkannte zwar das Interesse an einem Gesetz an, die fehlende gesetzliche Regelung könne den Staat aber nicht entpflichten.⁸⁰⁹ Auch das englische Gericht wurde für seine Entscheidung kritisiert, insbesondere vor dem Hintergrund, dass der *Human Rights Act 1998* ihm die Möglichkeit zur konventionskonformen Auslegung eingeräumt hatte.⁸¹⁰ Der Richter *Thorpe* attestierte dem englischen Familienrecht in seiner abweichenden Meinung genügend Flexibilität, um nicht einzig das chromosomale Geschlecht als ausschlaggebend zu berücksichtigen.

Nach *Bellinger v. Bellinger* dauerte es im Vergleich zu der vorangegangenen Rechtsprechungshistorie nicht mehr lange bis der Gesetzgeber in Aktion trat. Am 04.04.2005 trat der *Gender Recognition Act 2004* (GRA) als einfaches Gesetzesrecht in Kraft und stellte das siebte Gesetz seiner Art in Europa dar. Er ist in drei Abschnitte unterteilt (materielle Voraussetzungen und Verfahren, Folgen der Anerkennung, ergänzende Bestimmungen), 29 *sections* und 6 *schedules* und geht, wie im Folgenden noch erläutert wird, über das vom EGMR Geforderte hinaus. Anders als in Deutsch-

⁸⁰⁶ *Will*, Europarat und Transsexuelle, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (192).

⁸⁰⁷ *House of Lords*, Urt. v. 10.04.2003, 2 A.C. 467, UKHL 21 ff., All ER 593 [2003] – *Bellinger v. Bellinger*.

⁸⁰⁸ Vgl. dazu D I 1 a aa und bb.

⁸⁰⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (301).

⁸¹⁰ *Yune*, *The Role of the Courts in the Protection of Transsexuals' Human Rights*, in: Helms/Zeppernick (Hrsg.), *Lebendiges Familienrecht: Festschrift für Rainer Frank*, 2008, S. 409–422 (417).

land im TSG vorgesehen, entscheidet nicht die freiwillige Gerichtsbarkeit über die Änderung der rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit, sondern *Gender Recognition Panels*, welche mit Spezialisten im Sinne des GRA besetzt sind. Die Entscheidungen des Panels können einer richterlichen Überprüfung unterzogen werden.

Sofern die vom GRA geforderten Voraussetzungen nachgewiesen wurden, erhält ein Transsexueller eine volle Geschlechtsanerkennungsbescheinigung (*full gender recognition certificate*). Mit Aushändigung dieser Urkunde richten sich Rechte und Pflichten nach dem anerkannten Geschlecht. Der Geburtseintrag bleibt zwar bestehen, aber es wird eine neue Geburtsurkunde ausgestellt. Zu den Voraussetzungen gehören – anders als bspw. im TSG vorgesehen – keine geschlechtsanpassenden Operationen und kein Nachweis der Fortpflanzungsunfähigkeit. Vergleichbar ist die Voraussetzung Beweis über die dauerhafte Transsexualität führen zu müssen und zwei Jahre in der neuen Rolle gelebt zu haben (Art. 2 (1) (b) GRA für ersteres i.V.m. Art. 3 (4) GRA). Es müssen zwei ärztliche oder ein ärztlicher und ein psychologischer Bericht vorgelegt werden, die die Diagnose Geschlechtsidentitätstörung enthalten. Weiterhin wird für das *full gender recognition certificate* die Ehelosigkeit des Transsexuellen gefordert. Verheiratete transidente Menschen können nur ein *interim gender recognition certificate* erhalten. Wenn innerhalb von sechs Monaten die Ehe aufgelöst oder annulliert wird, kann die volle Anerkennungsurkunde beantragt werden.

Keine Neuerung, aber eine Bestätigung brachte das Urteil *Grant gegen das Vereinigte Königreich*.⁸¹¹ Die Beschwerdeführerin, eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle, klagte eine Verletzung aufgrund der mangelnden Anerkennung ihres Geschlechts an, weil für sie nicht das Alter von Frauen als Renteneintrittsalter gelten sollte. Ihr Antrag wurde von den englischen Behörden mit der Begründung abgelehnt, sie habe lediglich Anspruch auf eine Staatspension ab dem 65. Lebensjahr, da dies das Pensionseintrittsalter für Männer sei. Daraufhin legte sie erfolglos Widerspruch gegen diesen Bescheid ein und beantragte 2002 ihr Fall möge im Hinblick auf die Entscheidung des EGMR in Sachen *Christine Goodwin gegen das Vereinigte Königreich* wiedereröffnet werden. Am 05.09.2002 verweigerte ihr das Ministerium für Arbeit und Pensionen eine Staatspension vor dem Hintergrund der Christine Goodwin-Entscheidung. Im Dezember 2002, als die Beschwerdeführerin das 65. Lebensjahr erreicht hatte, begann die Pensionszahlung. Der EGMR stellte eine Verletzung von Art. 8 EMRK fest, aber nur für den Zeitraum zwischen der Entscheidung *Goodwin* (05.09.2002) und dem Inkrafttreten des *Gender Recognition Act* 2004.⁸¹²

⁸¹¹ EGMR, Urt. v. 23.05.2006 - 32570/03 – Grant/Vereinigtes Königreich.

⁸¹² EGMR, Urt. v. 23.05.2006 - 32570/03, Rn. 41 ff. – Grant/Vereinigtes Königreich.

(7) Weitere Entscheidungen

In den Jahren seit *I.* und *Goodwin* folgten weitere Urteile des EGMR. Insoweit sie sich auf die Voraussetzungen oder Folgen einer Anerkennung der Geschlechtsidentität beziehen, werden sie im Verlauf der Arbeit untersucht werden.⁸¹³ An dieser Stelle sollen zunächst noch die Rechtssachen *Van Kück gegen Deutschland* und *L. gegen Litauen* dargestellt werden.

(a) Beweislast für den Nachweis von Transsexualität: Formelles und Materielles Recht

Die bis dato einzige Entscheidung des Gerichtshofs gegen Deutschland mit Bezug zu Transsexualität erging nicht lange nach der Rechtsprechungswende in Bezug zu England. Grundlage der Beschwerde war der Antrag einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen, die Klage gegen ihre private Krankenversicherung erhoben hatte. Mit dieser Klage forderte die Antragstellerin die Kostenerstattung für ihre Hormontherapie und Feststellung einer Pflicht der Krankenversicherung 50% der Kosten einer geschlechtsanpassenden Operation und der weiterhin stattfindenden Hormontherapie zu übernehmen.⁸¹⁴ Das LG und das Berufungsgericht KG Berlin⁸¹⁵ wiesen beide ihre Klage ab, da die Klägerin (basierend auf medizinischen Gutachten) nicht ihrer Pflicht nachgekommen sei, die Notwendigkeit ihrer Behandlung nachzuweisen. Angesichts der unterschiedlichen Meinungen und Erfahrungen in der Wissenschaft könne man eine Operation nicht als einzig mögliche und zwingend nötige Behandlung einstufen. Außerdem wurde ihr vorgeworfen, ihre Krankheit vorsätzlich herbeigeführt zu haben. Dieser Vorwurf ergab sich für die Gerichte aus der Vergangenheit der Klägerin: Zum einen war sie eine Ehe als Mann eingegangen. Zum anderen habe sie erst (und nur) eine Frau sein wollen, seitdem ihre Zeugungsunfähigkeit festgestellt worden war. Die Beschwerdeführerin hatte sich indes der Operation unterzogen und sowohl die „kleine“ als auch die „große Lösung“ nach dem TSG erfolgreich beantragt. Nachdem das BVerfG 1996 die Beschwerde nicht annahm, wandte sich die Beschwerdeführerin 1997 an die EKMR. In ihrer 1998 an den EGMR übergebenen Beschwerde berief sie sich auf Art. 6, 8, 13 und 14 EMRK.

Das Gericht begann mit einer Prüfung von Art. 6 EMRK. Die Beschwerdeführerin hatte vorgetragen, dass die deutschen Gerichte den Begriff der „medizinisch notwendigen Heilbehandlung“ aus § 178 b VVG willkürlich eng auslegt hätten. Ein Sachverständiger Arzt hatte ihre Behandlung eindeutig empfohlen, aber das KG setze voraus, dass die geschlechtsanpassende Operation die einzig mögliche Behandlungsform darstelle. „Die Feststellung der medizinischen Notwendigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen wegen ihrer Heilwirkungen bei Transsexuellen

⁸¹³ Vgl. D II.

⁸¹⁴ EGMR (GK), Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 8–28 – Van Kück/Deutschland.

⁸¹⁵ KG Berlin, Urt. v. 27.01.1995 – Az. 6 U 6696/93, r+s 1995, 393, VersR 1996 832.

[sei] jedoch keine Rechtsfrage.⁸¹⁶ Die Bewertung der Gutachten durch die nationalen Gerichte und die Einschätzung der Gerichte, eine psychologische Behandlung würde zu einer solchen Verbesserung der Lage der Beschwerdeführerin führen, dass es für die Operationen an Notwendigkeit mangeln würde, stimme mit den Einschätzungen des Gerichtshofs nicht überein.⁸¹⁷ Diesbezüglich verweist der EGMR auf seine Rechtsprechung in *I.* und *Goodwin*, in welcher er erläuterte, dass die Geschlechtsidentität zum intimsten Teil des Privatlebens eines Menschen gehöre und es nicht denkbar sei, dass Transsexuelle ihren Lebensweg willkürlich oder unbesonnen beschritten.⁸¹⁸ Letztlich sei das Verfahren des KG unangemessen, da es keine endgültigen wissenschaftlichen Erkenntnisse über die Ursachen von Transsexualität gäbe und auch nicht darüber, ob diese psychischer oder physischer Natur seien.⁸¹⁹ Das KG selbst habe nicht davon ausgehen dürfen, genügend Auskünfte und medizinische Sachkenntnis zu haben, um diese schwierige Frage zu beantworten.⁸²⁰ Die Beschwerdeführerin trug weiterhin vor, das KG habe ihre Geschlechtsidentität nicht geachtet, als es ein Bild ihrer Persönlichkeit entwarf, das auf verfälschten Tatsachen beruhe. Das Vortragen der Beschwerdeführerin bezog sich im Wesentlichen auf die Beweisaufnahme und -würdigung der Gerichte hinsichtlich ihrer Transsexualität. Diese lasse sich nach Ansicht des Gerichtshofs unter der Verfahrensgarantie des Art. 6 EMRK überprüfen. Die weiterführende Frage, ob ein angemessener Schutz der Privatsphäre vorläge, galt es aber ebenso zu prüfen.⁸²¹ In Hinblick auf Art. 8 EMRK erfolgte eine umfassende Darstellung des Schutzbereichs.⁸²² Er sei einer umfassenden abschließenden Definition nicht zugänglich, umfasse aber die körperliche und geistige Integrität, mitunter auch die soziale und körperliche Identität. Geschützt von Art. 8 EMRK als Teil der Privatsphäre seien daher beispielsweise die Geschlechtsidentität, der Name, die sexuelle Orientierung und das Sexualleben. Art. 8 schütze auch das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit sowie das Recht Beziehungen zu anderen Personen und zur Außenwelt herzustellen und zu entwickeln. Ebenso stellte der Gerichtshof fest, dass die Vorstellung von der Autonomie einer Person ein wichtiger Grundsatz sei, welcher der Auslegung der Garantien in Art. 8 EMRK zu Grunde liege, wengleich er bisher aus Art. 8 ein Recht auf Selbstbestimmung nicht abgeleitet habe. Da das Wesen der Konvention die Achtung der Würde und der Freiheit des Menschen fokussiere, würde das Recht der Transsexuellen auf persönliche Entwicklung sowie auf physische und moralische Sicherheit geschützt.⁸²³ Sich selbst als Frau zu definieren, sei eines der grundlegendsten Wesensmerkmale der Selbstbestimmung. Genau in diese Freiheit greife

⁸¹⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 54 – Van Kück/Deutschland.

⁸¹⁷ *Ibid.*, Rn. 55.

⁸¹⁸ *Ibid.*, Rn. 56, 59.

⁸¹⁹ *Ibid.*, Rn. 63.

⁸²⁰ *Ibid.*, Rn. 62.

⁸²¹ *Ibid.*, Rn. 74.

⁸²² *Ibid.*, Rn. 69.

⁸²³ *Ibid.*, Rn. 69.

das Verfahren der deutschen Zivilgerichte ein.⁸²⁴ Das KG hatte die Vergangenheit der Beschwerdeführerin untersucht, ihr früheres Verhalten als männlich eingestuft und daraus den Schluss gezogen, sie sei in Wirklichkeit auch männlich ausgerichtet.⁸²⁵ Grundlage dieser Bewertung waren allgemeine Annahmen über weibliches und männliches Verhalten. Darauf basierend wurde die eigene Auffassung des KGs über die der Beschwerdeführerin gestellt. Das KG hatte eine Echtheit verlangt und die eigene Bewertung der intimsten Vorstellungen und Erfahrungen über die der Beschwerdeführerin gestellt – ohne über medizinische Sachkenntnis zu verfügen. Zusammenfassend sei das Verfahren hinsichtlich der Beweislast unverhältnismäßig gewesen und kein gerechter Ausgleich zwischen den Interessen der privaten Krankenversicherung und denen der Beschwerdeführerin hergestellt worden.

(b) Pflicht anderer Staaten bzw. des Gesetzgebers aktiv zu werden

Dem Fall *L. gegen Litauen* liegt eine komplizierte, einmalige rechtliche Konstellation zugrunde. Trotz dieser Einmaligkeit des Sachverhalts ist der Fall von nicht zu unterschätzender Bedeutung für die Frage der Wirkung der EGMR-Urteile zur Geschlechtsidentität, denen eigentlich nur eine *inter-partes* Wirkung zu kommt.⁸²⁶

Der Beschwerdeführer, ein Frau-zu-Mann-Transsexueller, war im Personenstandsregister seit der Geburt als Frau eingetragen und trug einen eindeutig weiblichen Vornamen. Er hatte mittlerweile eine Hormontherapie begonnen und sich die Brüste amputieren lassen.⁸²⁷ Ein Antrag von 1999 auf Änderung des Vornamens in allen Dokumenten wurde abgelehnt.⁸²⁸ Mithilfe eines Mitglieds des Parlaments erreichte er 2000 eine Änderung der Geburtsurkunde und seines Passes auf einen slawischen Vornamen, der auf kein Geschlecht schließen ließ. Sein Personalcode blieb jedoch unverändert und traf eine Aussage über sein Geschlecht.⁸²⁹ Grundsätzlich bestand die Möglichkeit, Personenstandsdokumente anzupassen, sofern eine geschlechtsanpassende Operation vorgenommen wurde.⁸³⁰ Das Zivilgesetzbuch Litauens enthielt außerdem in Art. 2.27 das Recht auf einen medizinischen Geschlechtswechsel, wenn ein Antrag von einer ledigen volljährigen Person gestellt würde und die Operation medizinisch möglich sei (Abs. 1).⁸³¹ Die Bedingungen und das restliche Verfahren waren aber erst noch festzulegen (Abs. 2). Diesem Auftrag kam das litauische Parlament jedoch nicht nach. Zwar hatte die Regierung 2003 einen Gesetzesentwurf präsentiert, dieser wurde jedoch nicht verabschiedet. In einem vorgelegten Artikel wurde der Ministerpräsident zitiert. Es sei zu früh für Litauen ein Gesetz zur Geschlechtsanpassung zu erlassen und es bestehe keine Eile

⁸²⁴ *Ibid.*, Rn. 73.

⁸²⁵ *Ibid.*, Rn. 81.

⁸²⁶ Zur Wirkung der Urteile des EGMR vgl. C II 3 b.

⁸²⁷ EGMR, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 5–24 – L./Litauen.

⁸²⁸ *Ibid.*, Rn. 17.

⁸²⁹ *Ibid.*, Rn. 20.

⁸³⁰ *Ibid.*, Rn. 27, 29.

⁸³¹ *Ibid.*, Rn. 25.

die Regeln anderer Länder zu übernehmen.⁸³² Dieser Meinungswechsel wurde mit einer Einflussnahme der katholischen Kirche erklärt. Unabhängig ihres Ursprungs⁸³³ führte die so entstandene Gesetzeslücke zu Unsicherheit bei den Ärzten und sie wagten es nicht, weitere operative Maßnahmen vorzunehmen. Die rechtlichen Voraussetzungen bzw. die Möglichkeit für eine Operation lagen damit nicht vor und der Beschwerdeführer befand sich in einem Zwischenzustand. Er hatte bereits erste operative Schritte unternommen, diese aber zumindest im Inland nicht fortführen können und ohne weitere Operationen keine rechtliche Anpassung des Geschlechts erreichen können.⁸³⁴ Vom Beschwerdeführer wurde aus diesem Grund eine Verletzung von Art. 3, 8, 12 und 14 i.V.m. 3 und 8 EMRK behauptet.

(aa) Rechtliche Beurteilung einer Verletzung

Die hohen Anforderungen an eine Verletzung des Art. 3 EMRK sah der EGMR trotz der nachvollziehbaren Frustration und Verzweiflung des Beschwerdeführers als nicht gegeben an.⁸³⁵ Eine Beschwerde wegen Art. 12 EMRK sah der EGMR als verfrüht an, da der Beschwerdeführer, sofern er seine Geschlechtsumwandlung abschließe, auch seinen rechtlichen Status ändern könne und ihm anschließend die Möglichkeit offen stünde als Mann eine Ehe einzugehen.⁸³⁶ Das Vorbringen unter Art. 14 wiederum entspreche dem unter Art. 8 und 3 EMRK.⁸³⁷ Damit erfolgten die wesentlichen Erörterungen unter Art. 8 EMRK. Der Gerichtshof fasste sich dieses Mal kurz. Zwar sei den Staaten im Bereich der Transsexualität ein gewisser Beurteilungsspielraum einzuräumen, er verwies aber auf seine vorangegangene Rechtsprechung (*Goodwin*⁸³⁸ und *Grant*⁸³⁹). Diese umfasste u.a. die festgestellte Verpflichtung von Staaten einen Geschlechterwechsel von post-operativen Transsexuellen rechtlich anzuerkennen und den Personenstand und die diesbezüglichen Daten entsprechend anzupassen.⁸⁴⁰ Im vorliegenden Fall war zwar diese Möglichkeit vorgesehen, aber praktisch unmöglich, solange es keine rechtliche Regelung von vollständigen operativen Geschlechtsumwandlungen gibt. Dieser „Schwebezustand“ als prä-operativer Transsexueller, der bereits erste Operationen hat durchführen lassen und bei dem erste Dokumente angepasst wurden, der aber keine umfassende rechtliche Anpassung seines Identitätscodes erwirken kann, sei unverhältnismäßig und stelle eine Verletzung der Rechte aus Art. 8 EMRK dar.⁸⁴¹ Die

⁸³² *Ibid.*, Rn. 23.

⁸³³ Laut *Theile* wurde das Gesetz aus Budgetgründen von der Agenda genommen: *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 98; vgl. auch Rn. 30 des Urteils.

⁸³⁴ EGMR, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 50 – L./Litauen.

⁸³⁵ *Ibid.*, Rn. 47. So auch schon in EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 64 – B./Frankreich.

⁸³⁶ EGMR, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 64 – L./Litauen.

⁸³⁷ *Ibid.*, Rn. 68.

⁸³⁸ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 71–93 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

⁸³⁹ EGMR, Urt. v. 23.05.2006 - 32570/03, Rn. 39–44 – Grant/Vereinigtes Königreich.

⁸⁴⁰ EGMR, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 56 – L./Litauen.

⁸⁴¹ EGMR, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 57, 59 – L./Litauen.

budgetären Engpässe in der öffentlichen Gesundheitsvorsorge könnten zwar anfänglich Verzögerungen rechtfertigen, inzwischen seien aber über vier Jahre vergangen und nur eine geringe Zahl von Personen betroffen (teilweise wurde die Anzahl auf 50 in ganz Litauen geschätzt).

(bb) Art. 41 EMRK

Die Kammer des Gerichtshofs verurteilte den litauischen Staat zur Zahlung eines Schmerzensgeldes in Höhe von 5.000 €. ⁸⁴² Weiterhin forderte sie ihn auf, innerhalb von drei Monaten die Rechtslücke zu füllen und die in Art. 2.27 geforderten Ausführungsbestimmungen zu erlassen, andernfalls sei dem Beschwerdeführer ein materieller Schadensersatz in Höhe von 40.000 € zu zahlen. ⁸⁴³ Trotz dieser Forderung gibt es bis dato keine einschlägige gesetzliche Regelung in Litauen. *Will* berichtet von einem Urteil des obersten Verwaltungsgericht, welches zwar ausführlich die Rechtsprechung des EGMR diskutierte, aber die vorangegangenen Urteile bestätigte und keinen materiellen Schadensersatz gewähre, nur ca. 9.000 € Schmerzensgeld. ⁸⁴⁴ Stattdessen würden zwei Abgeordnete die Abschaffung des Art. 2.27 planen. ⁸⁴⁵ Dass der litauische Staat in dieser Angelegenheit in nächster Zeit aktiv wird erscheint mehr als unwahrscheinlich. ⁸⁴⁶

Eine 2009 anhängig gewordene Beschwerde gegen Portugal wurde entsprechend Art. 37 I b EMRK am 06.09.2011 aus dem Register gestrichen. ⁸⁴⁷ Die Beschwerdeführerin war bei ihrer Geburt als männlich registriert worden, mit Erreichen des Erwachsenenalters unterzog sie sich einer Geschlechtsumwandlung. Sie rügte die fehlende rechtliche Anerkennung ihrer Situation, da es in Portugal keine entsprechende Gesetzgebung gebe. Noch vor Inkrafttreten des portugiesischen Transsexuellengesetzes am 20.03.2011 war die Forderung der Beschwerdeführerin nach rechtlicher Anerkennung vor den nationalen Gerichten erfolgreich gewesen.

(8) Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität in der EMRK: Ein Ergebnis der Rechtsprechung

Mit den Entscheidungen *I.* und *Goodwin* (spätestens mit *L. gegen Litauen*) war das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität als Teil des Rechts auf Achtung der Privatsphäre aus Art. 8 EMRK gefestigt. Zu diesem Zeitpunkt beinhaltete das Recht den Anspruch auf Anerkennung der individuellen Geschlechtszugehörigkeit durch den Nationalstaat. Wie genau diese Anerkennung auszusehen hat, gab der EGMR nicht vor. Es folgte ein neues Verständnis der *margin of appreciation*, welche

⁸⁴² *Ibid.*, Rn. 75.

⁸⁴³ *Ibid.*, Rn. 74.

⁸⁴⁴ *Will*, Europarat und Transsexuelle, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (194).

⁸⁴⁵ *Ibid.*, S. 179 (195).

⁸⁴⁶ *Ibid.*, S. 179 (195); *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 99.

⁸⁴⁷ EGMR, Gestrichen am 06.09.2011 - 56027/09 – P./Portugal.

ursprünglich das „ob“ freistellte und fortan nur noch das „wie“. Dieses umfasst nach der bis hierhin untersuchten Rechtsprechung mindestens eine Anpassung der Personalurkunden und des Personenstands. Die Rechtsprechung des EGMR kann als gefestigt bezeichnet werden und für Länder der EMRK, die bisher keine gesetzliche Regelung zur Anerkennung kennen, besteht eine Pflicht, diesen Zustand zu ändern.⁸⁴⁸ Bemerkenswert muss, dass das Recht auf Anerkennung anfangs nur für post-operative Transsexuelle galt, also Menschen, die geschlechtsanpassende Operationen haben vornehmen lassen. Die Beschwerden ergingen nur gegen post-operative Transsexuelle und dieser Zustand fand stets eine Betonung in den Urteilen. In seinem Urteil *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich* entschied der EGMR 2017, dass es gegen Art. 8 EMRK verstößt sterilisierende Eingriffe zur Voraussetzung für die Anerkennung der Geschlechtsidentität zu machen.⁸⁴⁹ Ein ausdrückliches Urteil des EGMR zur Frage der Zulässigkeit von allgemein geschlechtsangleichenden Operationen (unabhängig von der sterilisierenden Wirkung) als Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität steht noch aus. Eine Entscheidung in nächster Zeit ist jedoch zu erwarten, da bereits mehrere Verfahren zu dieser Frage anhängig sind.⁸⁵⁰

c. EU

„Wenn es unser Wunsch ist, dass das Gemeinschaftsrecht nicht nur eine starre Wirtschaftsregelung sei, sondern eine Rechtsordnung, die der Gesellschaft angepasst ist, die sie lenken soll, und wenn wir möchten, dass ein Recht existiere, das mit dem Gedanken der sozialen Gerechtigkeit und den Erfordernissen der europäischen Integration nicht nur der Wirtschaft, sondern auch der Völker in Einklang steht, dürfen wir die in uns gesetzten Erwartungen nicht enttäuschen.“⁸⁵¹

Auch der EuGH bekam die Gelegenheit, sich zur rechtlichen Behandlung von Transsexualität zu äußern. Ein weiteres Mal tat sich ein Land besonders hervor: Alle vier Male waren es englische Gerichte, die das Vorlageverfahren in Anspruch nahmen. Mit vier Urteilen zwar nicht so oft wie das BVerfG (9-mal) und der EGMR (16-mal mit Entscheidung zur Begründetheit) und nur innerhalb eines kürzeren Zeitraums (die ersten drei Urteile ergingen in knapp zehn Jahren). In Anbetracht

⁸⁴⁸ *Mankowski*, in: Staudinger, 2010, Art. 13 EGBGB Rn. 187.

⁸⁴⁹ *EGMR*, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich. Vgl. dazu unten D II 3 b bb.

⁸⁵⁰ *EGMR*, kommuniziert 19.10.2017 - 36253/13; 52516/13 – R.L.; P.O./Russland; *EGMR*, kommuniziert 10.03.2017 - 29683/16 – X/Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien.

⁸⁵¹ *EuGH*, Urt. v. 17.06.1975, Rs. 7/75 – Eheleute F./Belgischer Staat, Slg. 1975, 679, Schlussanträge v. 10.06.1975, S. 697. Zitiert von den Generalanwälten: *EuGH*, Urt. v. 30.04.1996, Rs. C-13/94 – P/S und Cornwell County Council, Slg. 1996, I-2143, Schlussanträge v. 14.12.1995, Rn. 24; *EuGH*, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-13/94 – K.B./National Health Service Pensions Agency, Slg. 2004, I-541, Schlussanträge v. 10.06.2003, Rn. 80.

seiner Aufgabe sollte dieser Beitrag dennoch nicht unberücksichtigt bleiben. Der EuGH sichert als oberstes rechtsprechendes Organ der Europäischen Union nach Art. 19 I 2 EUV „die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“. Diese Verträge sollten zunächst ausschließlich einer Wirtschaftsunion zu Geltung verhelfen. Folglich ging es in allen vier Urteilen um geschlechtsbezogene Diskriminierung mit Bezug zum Arbeits- bzw. Sozialrecht, gleichzeitig gingen ihre Aussagen jedoch weiter als das Offensichtliche. Obwohl es in den Urteilen schwerpunktmäßig um Fragen der Folgen der Anerkennung eines rechtlichen Geschlechtswechsels geht, beinhalten sie eine grundsätzliche Aussage über die Schutzwürdigkeit. Im Folgenden werden die Urteile zunächst hinsichtlich dieser Aussage diskutiert. Weiterhin ist inzwischen die GR-Charta der EU in Kraft getreten, die zwar in der Rechtsprechung des EuGH noch nicht explizit für Transsexuelle herangezogen wurde, deren Rechte aber durchaus von Bedeutung sein könnten.

aa. Art. 7 und 52 GR-Charta

Wie oben erläutert, kommt der EMRK im Rahmen der Auslegung der GR-Charta eine besondere Bedeutung zu. Der durch die Charta gewährte Schutz darf hinter dem der EMRK nicht zurückbleiben, Art. 52 III GR-Charta. Der Schutzbereich des Art. 8 EMRK als das korrespondierende Grundrecht wurde maßgeblich durch die Rechtsprechung bestimmt und oben erläutert. Wie sein Vorbild beinhaltet auch Art. 7 GR-Charta das Privatleben, das Familienleben, die Wohnung und die private Kommunikation als Teil der Privatsphäre. Das Grundrecht auf Achtung des Privatlebens wurde vom EuGH als allgemeiner Rechtsgrundsatz entwickelt.⁸⁵² Es ist in fast allen Mitgliedstaatlichen Verfassungen zu finden und fungiert somit als einer der allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts (vgl. Art. 6 III EUV)⁸⁵³. Für die weitere Bestimmung des Schutzbereichs bezieht sich die einschlägige Kommentierung zur Charta auf die Rechtsprechung des EGMR und wissenschaftliche Literatur zur EMRK.⁸⁵⁴ Die Charta kennt kein Recht der allgemeinen Handlungsfreiheit, sodass bei der Bestimmung der von Art. 7 GR-Charta geschützten Tätigkeiten ein qualifizierter Persönlichkeitsbezug, im Sinne einer gewissen Nähe zu personaler Erfüllung und Autonomie, bestehen muss.⁸⁵⁵ Damit schützt auch Art. 7 GR-Charta die autonome Entscheidung des Einzelnen über seine Lebensführung in ihrer Ausprägung

⁸⁵² Vgl. *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 2 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung.

⁸⁵³ *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 2.

⁸⁵⁴ Vgl. *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 7 Grundrechte-Charta; *Angsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7.

⁸⁵⁵ *Angsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 1; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 15; *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 7; *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 7 Grundrechte-Charta Rn. 3.

als Recht auf Selbstbestimmung und Selbstdarstellung. Dies umfasst die Aufnahme von sozialen Kontakten, die sexuelle Selbstbestimmung und das Recht, nicht zur Offenlegung von persönlichen Lebensumständen gezwungen zu sein. Nach *Jarass* „können sich Transsexuelle auf das Grundrecht berufen.“⁸⁵⁶

Von Bedeutung ist neben dem Schutzbereich auch die Frage, in welche Weise Grundrechtsverpflichtete in diesen eingreifen können. Insofern gilt, dass wie auch im Rahmen der EMRK, positive Pflichten vorliegen können, welche umso stärker sind, desto weniger es dem Einzelnen möglich ist für den Schutz zu sorgen.⁸⁵⁷ Als Verpflichtete kommen zuerst die Union und ihre Organe in Frage. Soweit sie Unionsrecht ausführen, sind allerdings auch die Mitgliedstaaten verpflichtet (Art. 51 I 1 GR-Charta). Private könnten mittelbar im Wege einer grundrechtskonformen Auslegung privatrechtlicher Vorschriften verpflichtet sein oder aufgrund von Rechtsakten, die zur Umsetzung von Schutzpflichten erlassen wurden.⁸⁵⁸

Auch die Schrankenregelungen des Art. 8 II EMRK werden auf Art. 7 GR-Charta übertragen und gehen damit dem allgemeinen Schrankenvorbehalt des Art. 52 I GR-Charta vor.⁸⁵⁹ Taugliche Rechtfertigungsgründe wären damit die nationale oder öffentliche Sicherheit, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Aufrechterhaltung der Ordnung, die Verhütung von Straftaten, der Schutz von Gesundheit oder Moral sowie der Schutz der Rechte und Freiheiten. Der EuGH hat sich in der Vergangenheit nicht allein auf Art. 8 II EMRK bezogen, sondern einen eigenen Rechtfertigungsmaßstab angewandt.⁸⁶⁰ Dieser beinhaltet einen hinreichenden Gemeinwohlbezug, die Achtung des Wesensgehalts der beeinträchtigten Rechte und die Verhältnismäßigkeit der Beschränkung.⁸⁶¹ Problematisch ist, dass die in Art. 8 II EMRK aufgezählten kollektiven und individuellen Interessen auf die Mitgliedstaaten angepasst sind und für ein Handeln auf der Ebene des Unionsrechts nicht passen.⁸⁶² Hier können nur solche Interessen von Bedeutung sein, die dem Unionsrechts zu entnehmen sind oder zumindest in ihm angedacht sind, was durch eine teleologische Auslegung des Art. 7 GR-Charta zu erreichen ist.⁸⁶³

⁸⁵⁶ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 8. Dem anschließen tut sich *Angsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 5.

⁸⁵⁷ *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 16; *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 12 m.w.N.

⁸⁵⁸ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 4; *Angsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 11.

⁸⁵⁹ *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 18; *Angsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 2, 13.

⁸⁶⁰ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 18.

⁸⁶¹ *Angsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 13.

⁸⁶² *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 18.

⁸⁶³ *Ibid.*

Aufgrund von Art. 52 III GR-Charta und basierend auf den zum Diskriminierungsrecht ergangenen Entscheidungen, lässt sich die Frage nach der Anerkennung des Rechts auf Achtung der Geschlechtsidentität durch den EuGH beantworten.

bb. *EuGH*, P. v. S. and Cornwell City Council: 30. April 1996

Die erste Entscheidung des EuGH zur Transsexualität erging 1996. Der Sachverhalt stammte aus dem Jahr 1992. Damit lässt sie sich zeitlich nach dem Erlass des deutschen TSG, nach dem EGMR Urteil *B. aber vor I.* und *Goodwin* und dem Erlass des GRA 2004 einsortieren. Die Klägerin (P.) war als Geschäftsführerin einer örtlichen Bildungseinrichtung tätig gewesen und berichtete ihrem Direktor von der geplanten Geschlechtsanpassung. Daraufhin erfolgte ihre Entlassung zum Jahresende. Das Vereinigte Königreich und die Kommission waren der Ansicht, die Entlassung einer Person wegen ihrer Transsexualität oder wegen einer geschlechtsumwandelnden Operation stelle keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts unter dem *Sex Discrimination Act* 2004 dar. Dies basierte auf der Überlegung, dass die Entlassung auch erfolgt wäre, wenn P. vorher eine Frau gewesen wäre und sich einer Operation unterzogen hätte, um ein Mann zu werden und nicht wie im vorliegenden Fall sich von einem körperlichen Mann in eine körperliche Frau umwandeln lassen wollte.⁸⁶⁴ Das Industrial Tribunal hegte jedoch Zweifel, ob diese Entscheidung, die europäischen Richtlinie über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen verletzte und legte die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor.⁸⁶⁵

Der zuständige italienische Generalanwalt *Tesauro* warf einen umfassenden Blick auf den europäischen Rechtsraum. Zum einen verwies er auf die Empfehlung des Europarats 1117/1989⁸⁶⁶ und auf die Rechtsprechung des EGMR und zum anderen auf die nationalen Rechtsordnungen.⁸⁶⁷ Seine Ausführungen machen deutlich, was auch in dieser Arbeit bereits zur Sprache kam: Die Differenzierung der Sachverhalte ist von großer Bedeutung für das Ergebnis. Im Kontext der EU umso mehr, als dass bei Diskriminierungsfällen Vergleichsgruppen gebildet werden müssen. *Tesauro* entschied sich jedoch dagegen, die Vergleichsgruppe Frau-zu-Mann-Transsexueller und Mann-zu-Frau-Transsexuelle zu bilden und stellte sich stattdessen die Frage, ob die Klägerin auch entlassen worden wäre, wenn sie als Mann weitergelebt hätte.⁸⁶⁸

⁸⁶⁴ *EuGH*, Urt. v. 30.04.1996, Rs. C-13/94 – P/Cornwell County Council, Slg. 1996, I-2143, Rn. 7, 14 f.

⁸⁶⁵ Die Entscheidung erging noch zur Richtlinie 76/207/EWG. Durch die Richtlinie 2003/73/EG wurde sie erheblich geändert und später durch die Richtlinie 2006/54/EG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen mit Wirkung vom 15.08.2009 ersetzt.

⁸⁶⁶ Vgl. dazu D I 1 b bb (2) (c).

⁸⁶⁷ *EuGH*, Urt. v. 30.04.1996, Rs. C-13/94 – P/S und Cornwell County Council, Slg. 1996, I-2143, Schlussanträge v. 14.12.1995, Rn. 8–13.

⁸⁶⁸ *Ibid.*, Rn. 18.

Diese Frage war nach Vorlagebeschluss zu verneinen gewesen. Damit lag für *Tesauro* eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor. Für etwaige Schutzpflichten bezog er sich auf das Urteil des deutschen BVerfG von 1978.⁸⁶⁹ Wenn keine ausdrückliche Norm bestehe, seien die Gerichte berufen, transsexuellen Menschen den vom Gleichheitsgrundsatz gebotenen Schutz zu gewähren.

Der EuGH schloss sich *Tesauro* an. Er selbst bediente sich für die Definition von Transsexualität beim EGMR und hielt sich insgesamt kurz.

„Unter diesen Umständen kann der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht auf die Diskriminierungen beschränkt werden, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder dem anderen Geschlecht ergeben. In Anbetracht ihres Gegenstands und der Natur der Rechte, die sie schützen soll, hat die Richtlinie auch für Diskriminierungen zu gelten, die ihre Ursache, wie im vorliegenden Fall, in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen haben. Denn solche Diskriminierungen beruhen hauptsächlich, wenn nicht ausschließlich, auf dem Geschlecht des Betroffenen. Wenn also eine Person entlassen wird, weil sie beabsichtigt, sich einer Geschlechtsumwandlung zu unterziehen, oder sich ihr bereits unterzogen hat, wird sie im Vergleich zu den Angehörigen des Geschlechts, dem sie vor dieser Operation zugerechnet wurde, schlechter behandelt.“⁸⁷⁰

Diese Diskriminierung verstoße gegen das Gebot der Achtung der Würde und der Freiheit der betroffenen Person.⁸⁷¹ Aufgrund des vorgenommenen Bezugs zur Würde des Menschen wäre für den EuGH neben Art. 7 GR-Charta auch ein Weg über Art. 1 GR-Charta denkbar, wegen der starken Bezugnahme zum EGMR aber unwahrscheinlich.

cc. *EuGH*, K.B. v. National Health Service Pensions Agency and Secretary of State for Health: 7. Januar 2004

Infolge des Urteils erließ das Vereinigte Königreich die *Sex Discrimination (Gender Reassignment) Regulations* 1999, welche den *Sex Discrimination Act* 1975 dahingehend änderte, dass auch die unmittelbare Diskriminierung von Arbeitnehmern aufgrund ihrer Geschlechtsumwandlung in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt. Eine rechtliche Geschlechtsänderung war zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorgesehen

⁸⁶⁹ *Ibid.*, Rn. 21.

⁸⁷⁰ *EuGH*, Urt. v. 30.04.1996, Rs. C-13/94 – P/S und Cornwell County Council, Slg. 1996, I-2143, Rn. 20–22, wiederholt in: *EuGH*, Urt. v. 15.12.2005, Rs. C-423/04 – Richards/Secretary of State, Slg. 2006, I-03585, Rn. 24.

⁸⁷¹ Diese Auslegung der Richtlinie wirkt sich unmittelbar auf die Auslegung von § 611 a I 1 BGB aus, der die Umsetzung dieser Richtlinie in innerstaatliches Recht darstellt. Eine Kündigung wegen einer Geschlechtsumwandlung verstößt somit auch gegen das Benachteiligungsverbot des § 611 a BGB und ist damit nichtig, *Berkomsky*, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2009, § 115, Rn. 133.

aber in Planung.⁸⁷² Am 17.02.1998 erging eine Entscheidung des EuGH, die sich nicht auf transsexuelle, sondern homosexuelle Menschen bezog und häufig im Zusammenhang mit Transsexualität zitiert wird.⁸⁷³ Inhaltlich ging es um zwei Frauen in einer festen homosexuellen Partnerschaft. Eine der Lebenspartnerinnen wurde eine Fahrtvergünstigung für Ehepartner des Arbeitnehmers verweigert. Nach Ansicht des Gerichts stellte dies jedoch keine Diskriminierung wegen des Geschlechts dar, da einem aus zwei Männern bestehendem homosexuellem Paar diese Vergünstigung ebenfalls versagt worden wäre. Nur durch die von der in *P.S.* getroffenen abweichenden Auswahl der Vergleichsgruppen konnte der EuGH zu diesem Ergebnis kommen. Die wiederholte Abgrenzung von Transsexualität gegenüber Homosexualität fällt nicht nur im zu besprechenden Urteil des EuGH, sondern generell in der Rechtsprechung der Gerichte auf.

Die zweite Entscheidung des EuGH zu Transsexualität erging 2004, nach *Goodwin* und *I.* Bis zur Vorlage der Vorabentscheidungsfrage und bis nach der öffentlichen Sitzung am 23.04.2002 war den Staaten der oben besprochene weite Ermessensspielraum vom EGMR gewährt worden. Am 11.07.2002 erließ der EGMR die Urteile in den Sachen *I.* und *Goodwin/Vereinigtes Königreich* und änderte mit ihnen seine Rechtsprechung.

Die Klägerin führte eine Lebensgemeinschaft mit einem post-operativen Frau-zu-Mann-Transsexuellen. Das britische Recht sah für die beiden keine Möglichkeit vor, eine Ehe einzugehen, da es keine Personenstandsänderung vorsah. Somit war der Klägerin die Möglichkeit verwehrt, ihrem Partner ihre Hinterbliebenenrente zukommen zu lassen. Die ersten beiden Instanzen sahen hierin keine auf dem Geschlecht basierende Benachteiligung und der *Court of Appeal* wollte im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens die Vereinbarkeit mit Art. 141 EGV⁸⁷⁴ und der Richtlinie 75/117 überprüft haben.

Die Parteien wählten als Grundlage ihrer Argumentation verschiedene Blickwinkel, welche alle vom Generalanwalt mit ihren möglichen Konsequenzen dargestellt wurden. Die Klägerin hatte in der mündlichen Verhandlung unterstrichen, dass sie nicht das Recht der Transsexuellen auf Eheschließung fordere, sondern lediglich das Recht dieser Personen, im Falle von wirtschaftlichen Leistungen, als Ehepaare behandelt zu werden. Diese zurückhaltende Forderung der Klägerin und ihrer Vertreter mag überraschen. Unter Berücksichtigung der zu Beginn des Ausgangsverfahrens herrschenden Rechtslage kann diese zurückhaltende Position auf eine Prozessstrategie zurückgeführt werden. Das Recht auf Anerkennung der Geschlechtsidentität war bis zu dem Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung mehrfach gefordert, aber noch durch kein englisches oder eines der Europäischen Gerichte anerkannt worden. Die Erfolgsaussichten wurden in dem sensiblen Bereich des

⁸⁷² Vgl. *EuGH*, Urte. v. 17.02.1998, Rs. C-249/96 – *Grant./South West Trains Ltd.*, Slg. 1998, I-621; *NJW* 1998, S. 969–971.

⁸⁷³ *EuGH*, Urte. v. 07.01.2004, Rs. C-13/94 – *K.B./National Health Service Pensions Agency*, Slg. 2004, I-541.

⁸⁷⁴ Inzwischen Art. 157 AEUV.

Eherechts, als äußert gering eingestuft, sodass man sich für einen anderen taktischen Weg entschied. Der Gerichtshof verfügt jedoch über einen „Spielraum bei der Auswahl der geeigneten Betrachtungsweise bei der Auslegung, wenn es darum geht, dem vorlegenden Gericht eine sachdienliche Antwort zu geben.“⁸⁷⁵ Die Vorlagefrage wurde deshalb neu formuliert: „[O]b eine nationale Regelung, die dadurch, dass sie eine Eheschließung Transsexueller nicht zulässt, diesen den Zugang zu einer Witwenrente verwehrt, mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.“⁸⁷⁶

Auch in dieser Rechtssache nahm der Generalanwalt, der Spanier *Ruiz-Jarabo Colomer*, die Rechtslage in den Nationalstaaten in den Fokus, um ggf. eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung bzw. einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts feststellen zu können.⁸⁷⁷ Zu diesem Zeitpunkt hatten 13 von 15 Mitgliedstaaten, auf die eine oder andere Weise, das Eheschließungsrecht von Transsexuellen anerkannt. Im nächsten Schritt gab er die Rechtsprechungsentwicklung des EGMR wieder.⁸⁷⁸ Hierauf basierend kam er zu dem Ergebnis, dass es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts handle, dass Transsexuelle ein Grundrecht auf Eheschließung haben, unter Voraussetzungen, bei denen ihr erworbenes Geschlecht berücksichtigt wird.⁸⁷⁹ Es handle sich, wie im Urteil *P.v.S.* anerkannt wurde, um eine Frage der Achtung der Würde und der Freiheit, auf die die Transsexuellen Anspruch haben. Es erfolgt erneut ein direktes Zitat des Urteils des deutschen BVerfG von 1978.⁸⁸⁰

Auch der EuGH kam zu dem Ergebnis, dass ein Mitgliedstaat der Gemeinschaft den in Art. 141 EGV niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatz von Mann und Frau verletzt, wenn er es einem transsexuellen Menschen nach der geschlechtsanpassenden Operation unmöglich macht, eine Ehe mit einer Person anderen Geschlechts einzugehen.⁸⁸¹ Zunächst stellte er jedoch fest, dass es ein legitimes Anliegen des innerstaatlichen Gesetzgebers sei, bestimmte Vorteile nur verheirateten Paaren zukommen zu lassen.⁸⁸² Ob der Antragsteller Mann oder Frau sei, sei für die Entscheidung über die Vorteile ohne Relevanz. Anders sei dies in der dem Gericht zur Entscheidung vorliegenden Konstellation. Die Ungleichbehandlung beziehe sich nämlich nicht auf die Zuerkennung einer Witwenrente, sondern auf die für ihre Gewährung notwendige Voraussetzung eine Ehe miteinander eingehen zu können.⁸⁸³ Es sei Sache der Mitgliedstaaten die Voraussetzungen für die rechtliche

⁸⁷⁵ *EuGH*, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-13/94 – K.B./National Health Service Pensions Agency, Slg. 2004, I-541, Schlussanträge v. 10.06.2003, Rn. 62.

⁸⁷⁶ *Ibid.*, Rn. 64.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, Rn. 27 ff., 67 ff.

⁸⁷⁸ *Ibid.*, Rn. 31 ff.

⁸⁷⁹ *Ibid.*, Rn. 69.

⁸⁸⁰ *Ibid.*, Rn. 77.

⁸⁸¹ Für den dogmatisch falschen Weg hält dies *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEU*, 4. Aufl. 2011, Art. 157 AEU, Rn. 33.

⁸⁸² *EuGH*, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-13/94 – K.B./National Health Service Pensions Agency, Slg. 2004, I-541, Rn. 28 f.

⁸⁸³ *Ibid.*, Rn. 30.

Anerkennung der Geschlechtsumwandlung einer Person festzulegen und es liege beim nationalen Richter festzustellen, ob sich in einem Fall wie dem vorliegenden eine Person wie K. B. auf Artikel 141 EG stützen kann, um das Recht geltend zu machen, ihren Partner als Begünstigten der Hinterbliebenenrente zu bestimmen.⁸⁸⁴ Aus den Erwägungen ergebe sich aber, dass Artikel 141 EG grundsätzlich einer Regelung entgegenstehe, die es unter Verstoß gegen die EMRK einem Paar wie K. B. und R unmöglich macht, miteinander die Ehe einzugehen und so die Voraussetzung dafür zu erfüllen, dass dem einen von ihnen ein Bestandteil des Entgelts des anderen gewährt werden kann.

dd. *EuGH*, Sarah Margaret Richards v. Secretary of State for Work and Pension: 27. April 2006

Die dritte Entscheidung des EuGH vom 27.04.2006⁸⁸⁵ betrifft, wie auch die Sache *Grant* vorm EGMR⁸⁸⁶, die Frage des Renteneintrittsalters von Transsexuellen. Die Mann-zu-Frau-Transsexuelle *Richards* wollte ihre Rente als Frau mit 60 Jahren antreten. Nachdem das *Secretary of State* diesen Antrag abgelehnt hatte, rief sie den *Social Security Commissioner* an, der dem EuGH die Frage vorlegte, ob Rechtsvorschriften mit der Richtlinie 79/7/EWG⁸⁸⁷ vereinbar sind, die einer Person, die sich einer operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen hat, die Gewährung einer Ruhestandsrente versagen, weil sie noch nicht das 65. Lebensjahr erreicht hat, während diese Person mit 60 Jahren Anspruch auf eine solche Rente gehabt hätte, wenn sie als Frau anzusehen gewesen wäre. Das *Secretary of State* war der Ansicht Frau *Richards* müsse mit Männern verglichen werden, die sich keiner operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen haben. Gegenüber diesen sei sie nicht diskriminiert worden.⁸⁸⁸

Auch hier bezog sich der Generalanwalt auf die Rechtsprechung des EGMR und fügte noch hinzu:

„[...] dass die Frage nach dem Zeitpunkt, zu dem ein transsexueller Mensch den Anspruch erwirbt, mit Menschen des von ihm oder ihr angenommenen Geschlechts gleichbehandelt zu werden, in der mündlichen Verhandlung erörtert wurde. Dieses Problem braucht jedoch in der vorliegenden Rechts-

⁸⁸⁴ *Ibid.*, Rn. 35; so später auch in *EuGH*, Urt. v. 15.12.2005, Rs. C-423/04 – Richards/Secretary of State, Slg. 2006, I-03585, Rn. 21.

⁸⁸⁵ *EuGH*, Urt. v. 15.12.2005, Rs. C-423/04 – Richards/Secretary of State, Slg. 2006, I-03585; EuZW 2006, S. 342–344.

⁸⁸⁶ EGMR, Urt. v. 23.05.2006 - 32570/03 – Grant/Vereinigtes Königreich.

⁸⁸⁷ Richtlinie 79/7/EWG des Rats v. 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, ABl. 1979, L 6, S. 24–25.

⁸⁸⁸ *EuGH*, Urt. v. 15.12.2005, Rs. C-423/04 – Richards/Secretary of State, Slg. 2006, I-03585, Rn. 18.

sache nicht gelöst zu werden; sie betrifft einen postoperativen transsexuellen Menschen, dessen Anspruch daher klar ist.“⁸⁸⁹

Der Gerichtshof erinnerte daran, dass es Sache der Mitgliedstaaten sei, die Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsumwandlung einer Person festzulegen.⁸⁹⁰ Die Richtlinie schütze nicht nur vor Diskriminierungen, die sich aus der Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Geschlecht ergeben, sondern auch vor Diskriminierungen, die ihre Ursache in einer Geschlechtsumwandlung haben. Er verglich die Situation des Transsexuellen, der eine Frau wurde, mit der Situation der Frauen, „die schon immer Frauen gewesen sind“.⁸⁹¹ Ein Vergleich also zwischen Frauen mit dem Ergebnis, dass die Ungleichbehandlung, um die es im Ausgangsverfahren geht, darauf beruht, dass es der Klägerin im Ausgangsverfahren nicht möglich war, für die Anwendung des *Pensions Act* 1995 die Anerkennung der durch eine Operation erworbenen neuen Geschlechtszugehörigkeit zu erlangen.

„Denn der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass nationale Rechtsvorschriften, die es verhindern, dass ein Transsexueller wegen fehlender Anerkennung seiner neuen Geschlechtszugehörigkeit eine notwendige Voraussetzung erfüllen kann, um einen gemeinschaftsrechtlich geschützten Anspruch zu erwerben, grundsätzlich als mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts unvereinbar anzusehen sind (vgl. Urteil K. B., Randnrn. 30 bis 34).“⁸⁹²

Dieses Zitat macht deutlich, dass nicht nur post-operative Transsexuelle bzgl. ihres Renteneintrittsalters ihrer Geschlechtsidentität entsprechend behandelt werden müssen, da sonst eine Diskriminierung vorliegt. Vielmehr ist die fehlende Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität, das Fehlen der rechtlichen Voraussetzungen um diese anzuerkennen, das Problem und stellt eine Diskriminierung dar.

Das Urteil war für das Vereinigte Königreich insofern von geringer Bedeutung, als dass es am 15.12.2005 erging und am 04.04.2005 der *Gender Recognition Act* in Kraft getreten war.

ee. *EuGH*, MB v. Secretary of State for Work and Pension: 05. Dezember 2017 Sachverhalt und Antrag im vorliegenden Fall ähneln denen in der Rechtssache *Richards*. Diese betraf jedoch die Unmöglichkeit der rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsanpassung. Seit dem Inkrafttreten des *Gender Recognition Act* 2004 ist dies nicht mehr der Fall, allerdings entstanden neue Fragen: Ist die Richtlinie 79/7 auf die Voraussetzungen anwendbar, die im nationalen Recht für die Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen vorgesehen sind? Ab welchem Zeitpunkt ist eine trans-

⁸⁸⁹ *EuGH*, Urt. v. 15.12.2005, Rs. C-423/04 – Richards/Secretary of State, Slg. 2006, I-03585, Schlussanträge, Rn. 57.

⁸⁹⁰ *EuGH*, Urt. v. 15.12.2005, Rs. C-423/04 – Richards/Secretary of State, Slg. 2006, I-03585, Rn. 21.

⁸⁹¹ *Ibid.*, Rn. 29, 30.

⁸⁹² *Ibid.*, Rn. 31.

sexuelle Person durch die Richtlinie geschützt? Gilt das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zwischen trans- und cissexuellen Personen nur dann, wenn die Geschlechtsumwandlung nach nationalem Recht rechtlich anerkannt worden ist?⁸⁹³

Die Klägerin MB wurde bei ihrer Geburt als männlich eingetragen und als solche heiratete sie 1974 eine Frau.⁸⁹⁴ Im Jahr 1995 unterzog sie sich einer operativen Geschlechtsumwandlung. Eine vollständige Bescheinigung über die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsumwandlung blieb ihr verwehrt, da diese nach der nationalen Regelung nur ausgestellt worden wäre wenn sie ihre Ehe für ungültig erklären gelassen hätte. Aus religiösen Gründen wollte das Paar jedoch verheiratet bleiben. Nach Vollendung des 60. Lebensjahrs stellte die Klägerin einen Antrag auf Erhalt der staatlichen Ruhestandsrente, welcher jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass mangels einer vollständigen Bescheinigung hinsichtlich des Rentenalters keine Behandlung als Frau erfolgen könne. Das oberste britische Gericht legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob eine solche Situation mit der Richtlinie vereinbar sei.

Der Gerichtshof betonte, dass er nicht mit der Frage befasst sei, ob die rechtliche Anerkennung ganz allgemein davon abhängig gemacht werden könne, dass eine vor der Geschlechtsumwandlung geschlossene Ehe für ungültig erklärt werde.⁸⁹⁵ Darum ging es aber hierbei nicht. Die britische Regelung habe die unmittelbare Voraussetzung für den Zugang zu einer staatlichen Ruhestandsrente bestimmt. Wie der Generalanwalt betonte, würde eine andere Sichtweise dazu führen, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts betreffend dem Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, vollständig von den verschiedenen auf nationaler Ebene festgesetzten Voraussetzungen abhänge, was letztlich zu einer Diskriminierung „durch die Hintertür“ führen könnte.⁸⁹⁶ Als nächstes stellte der EuGH fest, dass die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsumwandlung und des Personenstandes in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle, die Mitgliedstaaten jedoch bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit in diesem Bereich das Unionsrecht zu beachten hätten, insbesondere den Grundsatz der Nichtdiskriminierung.⁸⁹⁷

Der Gerichtshof bestätigte seine mittlerweile ständige Rechtsprechung, wonach das Diskriminierungsverbot der Richtlinie in Bezug auf staatliche Leistungen auch für Diskriminierungen gelte, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung des

⁸⁹³ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Schlussanträge v. 05.12.2017, Rn. 4.

⁸⁹⁴ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 1–25.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, Rn. 27.

⁸⁹⁶ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Schlussanträge v. 05.12.2017, Rn. 70.

⁸⁹⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 29.

Betroffenen hätten.⁸⁹⁸ Zwar sei es Sache der Mitgliedstaaten die Voraussetzungen für die Anerkennung festzulegen, für die Anwendbarkeit der Richtlinie sei jedoch von einer Geschlechtsumwandlung auszugehen, wenn eine Person während eines erheblichen Zeitraums in einer anderen Geschlechtszugehörigkeit als der bei ihrer Geburt eingetragenen gelebt und sich einer operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen habe.⁸⁹⁹

Die Voraussetzung, wonach die Ehe für ungültig erklärt werden muss, damit eine staatliche Ruhestandsrente ab dem für Personen des erworbenen Geschlechts geltenden gesetzlichen Rentenalter gewährt werden kann, sei nur auf Personen anwendbar, die sich einer Geschlechtsumwandlung unterzogen haben.⁹⁰⁰ Damit werde nach der nationalen Regelung eine Person, die sich nach ihrer Eheschließung einer Geschlechtsumwandlung unterzogen habe, weniger günstig behandelt, als eine Person, die ihr bei der Geburt eingetragenes Geschlecht beibehalten habe und verheiratet sei.⁹⁰¹

Anschließend prüfte der Gerichtshof, ob die Situation dieser beiden Personengruppen vergleichbar ist.⁹⁰² Das gesetzliche System der Ruhestandsrente solle gegen das Risiko des Alters schützen, indem es der betreffenden Person unabhängig von ihrem Ehestand einen Anspruch auf eine Ruhestandsrente verleihe, der nach Maßgabe der während ihres Berufslebens eingezahlten Beiträge erworben werde. Hier von sind Transsexuelle genauso betroffen wie Cissexuelle, die Gruppen seien mithin vergleichbar.

Der Generalanwalt hatte insofern ein weiteres Mal die Bedeutung der Vergleichsgruppen betont.⁹⁰³ Indem das Vereinigte Königreich den Fokus auf den Personenstand legen wollte, versuchte es ein untergeordnetes, unwesentliches Merkmal der Vergleichspersonen zu isolieren und zu dem entscheidenden, die Vergleichbarkeit bestimmenden Element zu machen. Vergleichszweck wäre so nicht die Frage der Rentengewährung sondern die Frage des Personenstands. Der Personenstand als solcher ist jedoch für die Gewährung einer staatlichen Ruhestandsrente, sowohl für Cis-Frauen als auch für Cis-Männer, irrelevant, anders als beispielsweise das Alter oder die eingezahlten Beträge.

Da die Verhinderung einer gleichgeschlechtlichen Ehe, die hinter der Ungleichbehandlung stehe, auch unter keine der nach dem Unionsrecht zulässigen Ausnah-

⁸⁹⁸ *Ibid.*, Rn. 35. Dies wurde vom Unionsgesetzgeber auch ausdrücklich anerkannt indem er bestätigt hat, dass die Tragweite des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen „auch für Diskriminierungen aufgrund einer Geschlechtsumwandlung [gilt]“, Dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) (ABl. 2006, L 204, S. 23).

⁸⁹⁹ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 35.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, Rn. 36.

⁹⁰¹ *Ibid.*, Rn. 37.

⁹⁰² *Ibid.*, Rn. 39 ff.

⁹⁰³ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Schlussanträge v. 05.12.2017, Rn. 36–42.

men falle, gelangte der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die britische Regelung eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle und somit nach der Richtlinie verboten sei.⁹⁰⁴

Der EuGH hatte betonte, dass die Voraussetzungen für eine Geschlechtsänderung dem nationalen Gesetzgeber überlassen seien. Gleichzeitig können diese Voraussetzungen überprüft werden und müssen mit dem EU-Recht vereinbar sein, sofern der Zuständigkeitsbereich der EU eröffnet ist. Dies gelte auch dann, wenn Rechte aus der Zuständigkeit der EU unmittelbar aufgrund der nationalen Voraussetzungen verwehrt blieben. Nach dem fraglichen nationalen Gesetz hing die volle rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung vom Personenstand ab, mit einer konkreten Folge: Nur für Transsexuelle war der Zugang zur staatlichen Rente daran geknüpft, entweder ledig zu sein oder die Ehe zu beenden. Für cissexuelle Frauen hingegen stand der Zugang zu einer staatlichen Ruhestandsrente in keinerlei Zusammenhang mit ihrem Ehestand.

ff. Fazit

Alle Urteile bezogen sich auf Diskriminierungen und nicht auf Freiheitsrechte, auch ergingen sie nicht zur GR-Charta. Dennoch lassen sich den Entscheidungen Werturteile entnehmen. Zum einen kann davon ausgegangen werden, dass die Ergebnisse zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auf Art. 21 GR-CHARTA übertragen werden können. Letztlich ist spätestens mit dem Inkrafttreten der GR-Charta und dessen Art. 52 III die grundsätzliche Anerkennung eines Rechts auf Achtung der Geschlechtsidentität vorgegeben. Die Frage des Diskriminierungsverbots ist vor allem für die Folgen der rechtlichen Anerkennung eines Geschlechtswechsels von Bedeutung. Dahinter versteckt sich auch die grundsätzliche Anerkennung, dass Transsexuelle mit ihrem gemeinsamen Merkmal der vom Körper abweichenden Geschlechtsidentität in ihren Interessen schützenswert sind. Insbesondere die Betonung der Würde und Freiheit von Transsexuellen in den Urteilen macht dies deutlich. Aus der Rechtsprechung des EuGH bezieht sich der Schutz bisher jedoch ausdrücklich nur auf post-operative Transsexuelle.

Des Weiteren unterstreicht die Rechtsprechung die Bedeutung der Wahl der Vergleichsgruppen. In *P.v.S.* waren die Vergleichsgruppen bewusst nicht Frau-zu-Mann-Transsexuelle und Mann-zu-Frau-Transsexuelle, sondern man stellte sich stattdessen die Frage, ob die Klägerin auch entlassen worden wäre, wenn sie als Mann weitergelebt hätte. In *K.B.* wurde festgestellt, dass sich die Ungleichbehandlung nicht auf die Zuerkennung einer Witwenrente bezog, sondern auf die für ihre Gewährung notwendige Voraussetzung eine Ehe miteinander eingehen zu können und infolgedessen wurde sogar die Vorlagefrage angepasst. Der Gerichtshof stützte sein Ergebnis auf einen Vergleich von heterosexuellen Paaren, bei denen einer der Partner transsexuell ist, mit heterosexuellen Paaren, bei denen die Identität eines

⁹⁰⁴ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 49 ff.

der Partner nicht das Ergebnis einer Geschlechtsumwandlung ist und die daher eine Ehe eingehen konnten. Vergleichsperson war im Fall des Frau-zu-Mann-Transsexuellen ein Mann, dessen Geschlecht nicht das Ergebnis einer operativen Geschlechtsumwandlung war. Auch in *Richards* fand der Vergleich zwischen Personen, bei denen Körper, Geschlechtsidentität und rechtliches Geschlecht ein Leben lang übereinstimmen, mit Personen, die dasselbe Geschlecht rechtlich und körperlich erst durch eine Änderung erreichen, statt. In *Grant* verglich man ein gleichgeschlechtliches lesbisches Paar mit einem schwulen Paar, anstatt homosexuelle und heterosexuelle Paare miteinander zu vergleichen. Durch diese Wahlmöglichkeit der Gerichte wird eine Grundlage zur Einflussnahme geschaffen. Wenn man die Frage der sexuellen Orientierung mit der Frage der Geschlechtsidentität in der Rechtsprechung vergleichend betrachtet, wird die Bedeutung der Mehrheit und Normierung deutlich. Transsexuelle Menschen erscheinen für den Betrachter nur auf den ersten Blick anders (Körper, rechtliches Geschlecht und Geschlechtsidentität fallen auseinander) aber sie suchen letztlich die Anpassung des einen an das andere und wollen somit die Normalität erreichen. Dass sie dabei Unterstützung verdienen bzw. ein Recht darauf haben, wird von den Gerichten anerkannt. Anders ist es bei homosexuellen Menschen, deren sexuelle Orientierung „etwas anderes“ ist und der Mehrheit und damit der Allgemeinheit widerspricht. Sie suchen die Anerkennung in ihrem anders sein, welche ihnen lange Zeit verweigert wurde, weil sie vom Schutz des Gleichheitssatzes ausgeschlossen wurden. Gleiches gilt für die Anerkennung von Intersexualität als weitere Geschlechtskategorie.

In Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2006/54/EG ist nun mehr festgelegt, dass sie auch für Diskriminierungen aufgrund einer „Geschlechtsumwandlung“ gilt. Dies ist die Kodifizierung des Urteils des EuGH in der Rechtssache P v. S und Cornwall County Council. Neben den Gleichstellungsrichtlinien berücksichtigen auch die Richtlinie 2011/95/EU über die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen in Art. 10 Abs. 1 lit. d) und die Richtlinie 2012/29/EU über die Rechte von Opfern in ihren Erwägungsgründen 9, 17 und 56 Geschlechtsidentität und andere geschlechtsbezogene Aspekte.

2. Recht auf Änderung des Namens

Da sich traditionell aus dem Vornamen das Geschlecht klar erkennen lassen soll, ist der Bereich des Namensrechts von großer Relevanz für Transsexuelle. Transsexuelle tragen seit ihrer Geburt einen Vornamen, der sie einem anderen Geschlecht zuordnet als dem, welchem sie sich zugehörig fühlen. So wird nicht nur der einzelne Transsexuelle täglich aufgrund seines Namens auf diese Inkongruenz zwischen gelebtem/gefühltem Geschlecht und bei Geburt zugeschriebenem Geschlecht hingewiesen, sondern auch seine Umwelt. Das „Vorausgehen“ der vielen potentiellen unangenehmen Situationen im alltäglichen Umgang mit Behörden, Einkäufen mit Nutzung einer EC-Karte, beruflichen Begegnungen usw. verdeutlicht die Relevanz.

Transsexuelle Menschen sehen sich häufig mit dem Problem konfrontiert, rechtfertigen zu müssen, wer sie sind und so ihre Transsexualität offen legen zu müssen. Im folgenden Abschnitt wird zunächst die namensrechtliche Situation in Deutschland anhand der Normen und Rechtsprechung kurz erörtert. Anschließend wird untersucht, ob sich aus der EMRK ein Recht des Einzelnen herleiten lässt, seinen Vornamen zu ändern.

a. *Deutschland*

aa. Namensrecht: Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Verwaltungspraxis

Verfassungsrechtlich ist der Name durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, geschützt und umfasst den Vornamen und den Familiennamen.⁹⁰⁵ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist inzwischen in der Statur eines Grundrechts im Grundrecht anerkannt.⁹⁰⁶ Am Anfang des allgemeinen Persönlichkeitsrechts standen wegbereitende Entscheidungen des Bundesgerichtshofs.⁹⁰⁷ Anschließend wurde in Rechtsprechung und Wissenschaft zunächst punktuell unter Verankerung in Art. 2 II GG ein ergänzender Persönlichkeitsschutz, später in Form des allgemeinen Persönlichkeitsrechts entwickelt.⁹⁰⁸ Dogmatisch ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verankert und durch die Verbindung mit Art. 1 I GG wird der enge Zusammenhang zur Menschenwürde deutlich. Zu dieser gehört, dass der Mensch über sich selbst verfügen und so sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.⁹⁰⁹ Damit gehört zum geschützten Rechtsgut der Geltungsanspruch des Menschen in seiner sozialen Umwelt, die ihn prägt und die er wiederum selbst dadurch prägt, dass er durch sein Handeln von ihr anerkannt werden will.⁹¹⁰ Der Name steht für eine Person und repräsentiert diese nach außen hin. Damit fungiert er als eine Möglichkeit sowohl Identität als auch Individualität

⁹⁰⁵ *BVerfGE*, Beschl. v. 08.03.1988 – Az. 1 BvL 43/86, *BVerfGE* 78, 38 (49), *NJW* 1988, 1577.

⁹⁰⁶ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 71. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 127.

⁹⁰⁷ *BGH*, v. 25.05.1954 – Az. I ZR 211/53, *BGHZ* 13, 334 ff.; *BGH*, v. 02.04.1957 – Az. VI ZR 9/56 *BGHZ* 24, 72 ff.; *BGH*, v. 14.02.1958 – Az. I ZR 151/56, *BGHZ* 26, 349 ff.; *BGH*, v. 20.05.1958 – Az. VI ZR 104/57, *BGHZ* 27, 284 ff.; *BGH*, v. 18.03.1959 – Az. IV ZR 182/58, *BGHZ* 30, 7 ff.; *BGH*, v. 19.09.1961 – Az. VI ZR 259/60, *BGHZ* 35, 363 ff.; *BGH*, v. 05.03.1963 – Az. VI ZR 55/62, *BGHZ* 39, 124 ff.; *BGH*, v. 08.12.1964, *NJW* 1965, 685–687.

⁹⁰⁸ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 71. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 127; mit Hinweis auf folgende Literatur zur Entwicklung des Persönlichkeitsschutzes in der Literatur und in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverfassungsgerichts: *Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 39 ff.; *Brandner*, *JZ* 1983, 689 ff.; *Sejert*, *NJW* 1999, 1889 ff.; *Jarass*, in: Erichsen/Kollhosser/Welp (Hrsg.), *Recht der Persönlichkeit*, 1996, S. 89 ff.; *ders.*, *NJW* 1989, 857 ff.; *Anlehner*, *Polizeiliche Gefahren- und Informationsvorsorge*, 1998, S. 361 ff.; *Duttge*, *Der Staat* 36 (1997), 281 (286 ff.).

⁹⁰⁹ *BVerfGE*, Beschl. v. 11.10.1978, *BVerfGE* 49, 286 (298).

⁹¹⁰ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 71. EGL 2014, Art. 2 GG Rn. 127.

zu stiften und zu fördern.⁹¹¹ Dies beinhaltet auch die sexuelle Identität bzw. die Geschlechtsidentität.⁹¹² Betroffen ist das verfassungsrechtliche Persönlichkeitsrecht, insbesondere das sexuelle Selbstbestimmungsrecht, welches „das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität“⁹¹³ sowie den „Wunsch nach Ausdruck der eigenen Geschlechtlichkeit im Vornamen“⁹¹⁴ umfasst.

Das Recht der Vornamensgebung fällt nicht in den Regelungsbereich der §§ 1616 ff. BGB, sondern ist Annex des elterlichen Sorgerechts (§§ 1626 ff.).⁹¹⁵ Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Grenzen der Bestimmung des Vornamens existiert folglich nicht. Bisher gilt in Deutschland in der Praxis hinsichtlich der Namensgebung das sogenannte Geschlechtsoffenkundigkeitsprinzip. Dieses Prinzip besagt, dass der Vorname eindeutig auf ein Geschlecht hinweisen muss.⁹¹⁶ Einem Mädchen darf auch als zweiter oder weiterer Name kein männlicher Vorname gegeben werden, Jungen entsprechend kein weiblicher.⁹¹⁷ Geschlechtsneutrale und uneindeutige Vornamen werden zwar gestattet, in solchen Fällen wird jedoch verlangt, dass ein zweiter Vorname einen eindeutigen Schluss auf das Geschlecht zulässt. Nach wohl herrschender Ansicht entspricht die Anforderung an den Vornamen, das Geschlecht des Kindes wiederzugeben, entwicklungspsychologischen Erkenntnissen, da der Vorname Ausdruck der geschlechtlichen Identität sei.⁹¹⁸ Nach einer Änderung der Rechtsprechung des BVerfG⁹¹⁹ kann die Forderung, dass der Vorname das Geschlecht des Kindes offenkundig macht, nur auf Überlegungen des Kindeswohls gestützt werden und nicht mehr formell auf eine indirekte Vorgabe

⁹¹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 21.08.2006 – Az. 1 BvR 2047/03, *NJW* 2007, 671; *BVerfG*, Urt. v. 18.02.2004 – Az. 1 BvR 193/97, *NJW* 2004, 1155; *BVerfG*, Beschl. v. 08.03.1988 – Az. 1 BvL 43/86, *BVerfGE* 78, 38 (49), *NJW* 1988, 1577.

⁹¹² Zu den Begrifflichkeiten vgl. B.

⁹¹³ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn.67, *BVerfGE* 116, 243 (264).

⁹¹⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn.64, *BVerfGE* 116, 243 (263).

⁹¹⁵ *Kemper*, in: *Schulze BGB Kommentar*, 8. Aufl. 2014, Vorbm. zu §§ 1616–1618, Rn. 3; *Berger/Mansel*, in: *Jauernig BGB Kommentar*, 15. Aufl. 2014, Anm. zu §§ 1616–1617c Rn. 11.

⁹¹⁶ *BGH*, Beschl. v. 15.04.1959 – Az. IV ZB 286/58, *BGHZ* 30, 132 (135); *BGH*, Beschl. v. 17.01.1979 – Az. IV ZB 39/78, *BGHZ* 73, 239 (241), *NJW* 1979, 2469; *BVerfG*, Urt. v. 06.12.1968 – Az. VII C 33/67, *NJW* 1969, 857 (858); *OLG Frankfurt*, Beschl. v. 21.11.1997 – Az. 20 W 8/95, *StAZ* 1998, 146 f.; jeweils m.w.N.

⁹¹⁷ Die einzige Ausnahme hierzu bildet aus historischen Gründen: Maria. *Kemper*, in: *Schulze BGB Kommentar*, Vorbm. zu §§ 1616–1618, Rn. 3; vgl. *Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (NamÄndVwV)*, v. 11.08.1980, zuletzt geändert durch *Verwaltungsvorschrift* v. 11.02.2014, Nr. 67.

⁹¹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 48, *BVerfGE* 115, 1 (14) m.w.N.; *Grünberger*, *Von Bernhard Markus Antoinette zu Anderson Bernd Peter*, *AcP* 2007, S. 314 (335): Fordert einen Grundsatz des „negativen Geschlechtsbezugs“.

⁹¹⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 3.11.2005 – Az. 1 BvR 691/03, *NJW* 2006 1414.

durch das PStG⁹²⁰ oder das TSG^{921, 922} Nach dieser sich immer mehr durchsetzenden Ansicht sind, von der ausschließlichen Perspektive des Kindeswohls ausgehend, solche Namen hinzunehmen, die geschlechtsoffen sind.⁹²³ Das soll auch gelten, wenn entsprechend § 22 III PStG (in der Fassung ab 01.11.2013) das Geschlecht des Kindes nicht in das Geburtenregister eingetragen wird.⁹²⁴ Dennoch ist es den Eltern weiterhin verwehrt, ihren Kindern einen Namen zu geben, der eindeutig dem Geschlecht widerspricht.⁹²⁵ Mit der Einführung des Geschlechtseintrags „divers“ stellt sich für Intersexuelle die Frage, was unter „dem Geschlecht widersprechend“ zu verstehen ist: Alle eindeutig geschlechtsspezifischen Vornamen, so dass nur geschlechtsoffene Vornamen möglich wären?⁹²⁶ Oder wären sogar Kombinationen typischer Jungen- und Mädchennamen möglich?⁹²⁷

Personennamen sind in Deutschland nicht frei abänderbar. Vielmehr bedarf eine Abänderung der staatlichen Genehmigung, kann also nur durch einen Verwaltungsakt vorgenommen werden. Gesetzliche Grundlage ist das Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen⁹²⁸. Wichtig für seine Anwendung ist die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen.⁹²⁹ Sie bindet die Verwaltung, aber nicht die Gerichte. Die Namensänderung erfolgt nur auf Antrag, der bei der unteren Verwaltungsbehörde zu stellen ist (§ 5 NamÄndG). Die untere Verwaltungsbehörde ist auch im Falle der Änderung lediglich des Vornamens zuständig (§ 11 NamÄndG), sonst die höhere Verwaltungsbehörde (§ 6 NamÄndG). Eine Änderung des Namens kann nur bei

⁹²⁰ BVerfG, Beschl. v. 05.12.2008 – Az. 1 BvR 576/07, NJW 2009, 663 (664) gegen BVerfG, Entsch. v. 31.08.1982 – Az. 1 BvR 684/82, StAZ 1983,70; BGH, Beschl. v. 17.01.1979 – Az. IV ZB 39/78, BGHZ 73, 239 (241), NJW 1979, 2469.

⁹²¹ OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.01.1995 – Az. 20 W 411/93, NJW-RR 1995, 773.

⁹²² Für eine Darstellung der Argumente und des Streitstandes, vgl. Hilbig-Lugani, in: Staudinger, 2013, § 1616 Rn. 45–49.

⁹²³ Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 54 I 9; Grünberger, Von Bernhard Markus Antoinette zu Anderson Bernd Peter, AcP 2007, S. 314 (334 f): Aufgabe des Grundsatzes der „positiven Geschlechtsoffenkundigkeit“; Wendt, Eingriff in das Recht auf Vornamenswahl, FPR 2010, S. 12 (13); Hilbig-Lugani, in: Staudinger, 2013, § 1616 Rn. 49; Wendt, in: Kleffmann/Motzer/Doering-Striening (Hrsg.), Praxishandbuch Familienrecht, 30. EGL 2016, Teil U Namensrecht Rn. 264.

⁹²⁴ Enders, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.11.2014 Ed. 33, § 1616 Rn. 9; Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, S. 1180 (1184). Vgl. B II 2 b.

⁹²⁵ Wendt, in: Kleffmann/Motzer/Doering-Striening (Hrsg.), Praxishandbuch Familienrecht, 30. EGL 2016, Teil U Namensrecht Rn. 264.

⁹²⁶ Frie, Anm. zu BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, NZFam 2017, S. 1149 (1152).

⁹²⁷ Frie, Anm. zu BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, NZFam 2017, S. 1149 (1152).

⁹²⁸ Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (NamÄndG), v. 05.01.1938 (RGBl. I S. 9), zuletzt geändert durch Art. 54 FGG-ReformG v. 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586).

⁹²⁹ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum Gesetz über die Änderung von Familiennamen und Vornamen (NamÄndVwV), v. 11.08.1980 (BAnz. Beil. Nr. 153a), zuletzt geändert durch Zweite Änd-VwV v. 11.02.2014 (BAnz. AT 18. 2. 2014 B2).

Vorliegen eines wichtigen Grundes erfolgen (§ 3 NamÄndG). Nach § 11 NamÄndG gelten die für den Familiennamen anzuwendenden Grundsätze entsprechend für die Änderung des Vornamens, folglich muss ein wichtiger Grund gegeben sein.⁹³⁰ Es handelt sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der von den Verwaltungsgerichten voll überprüfbar ist.⁹³¹ Während das Kindeswohl bei der Namenswahl ausschlaggebend ist, bleibt noch zu klären, warum der Staat seinen Bürgern den Wechsel des Vornamens nicht völlig freistellt. Dieser Entscheidung liegen primär Ordnungsgründe zugrunde. Für die Bestimmung eines wichtigen Grundes ist eine Interessenabwägung zwischen dem grundsätzlich bestehenden öffentlichen Interesse daran, dass aus Gründen der Klarheit und Rechtssicherheit ein bestehender Name unverändert bleibt und den Zumutbarkeitsabwägungen auf Seiten des Antragstellers notwendig. Die Namensänderung muss die Ausnahme bleiben. Der Name dient als Identifizierungsmerkmal. Im Rahmen von Strafverfahren und dem Schuldnerverzeichnis können auch Interessen anderer Beteiligter betroffen sein.⁹³² Das öffentliche Interesse an der Beibehaltung des Vornamens wird geringer sein als bei der Änderung eines Nachnamens.⁹³³ Denn die soziale Ordnungsfunktion als Kennzeichnung einer Familie besteht beim Vornamen nicht. Auch die größere individuelle Bedeutung kommt hier zu tragen.

Vor der Schaffung des TSG versuchten Transidente über das NamÄndG eine Änderung ihres Vornamens herbeizuführen, allerdings subsumierten die Gerichte die Diagnose Transsexualität nicht einheitlich als einen wichtigen Grund i.S.d. NamÄndG.⁹³⁴ Aufgrund des oben erläuterten Prinzips der Geschlechtsoffenkundigkeit kam es, wenn überhaupt, nur dazu, dass ein weiterer geschlechtsneutraler Vorname hinzugefügt wurde. Der ursprüngliche Vorname blieb bestehen. Auch die oben genannte religiös bedingte Ausnahme beim Vornamen „Maria“ wollte eine Transsexuelle nutzen und „Maria“ als neuen Vornamen, hilfsweise als zusätzlichen Namen, eintragen lassen. Sie scheiterte aber letztlich am BVerwG, mit der Begründung, dass die besonderen Umstände der Transsexualität (ohne Änderung des Geschlechtseintrags) nicht dazu geeignet seien, eine Ausnahme vom Prinzip der Geschlechtsoffenkundigkeit zu begründen.⁹³⁵ Diese Ansicht behielt das BVerwG auch 2016 bei, als es das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 3 I NÄG für solche Fälle verneinte, in denen der oder die Antragsteller/in sich sowohl dem männlichen, als auch dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlt und zu einem männlichen

⁹³⁰ Vgl. *VGH München*, Beschl. v. 26.02.2014 – Az. 5 B 12.2541, NJW 2014, 3052 (3053).

⁹³¹ *Bamberger*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.02.2015 Ed. 34, § 12 Rn. 42.

⁹³² Vgl. Nr. 30 NamÄndVwV, entsprechend anwendbar für Vornamen nach Nr. 62.

⁹³³ *Säcker*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *MüKo BGB*, Bd. 1, 8. Aufl. 2018, § 12 Rn. 225; *Bamberger*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.02.2015 Ed. 34, § 12 Rn. 46; *OVG Hamburg*, Urt. v. 11.07.1994 – Az. OVG Bf III 3/94, StAZ 1996, 180 (180).

⁹³⁴ Vgl. *Wielpiütz*, *Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes*, 2012, S. 36 und zum PStG *Augstein*, *Entscheidungen zur Transsexualität und Intersexualität bis zum 31.12.1980*, StAZ 1982, S. 240–241.

⁹³⁵ *BVerwG*, Urt. v. 06.12.1968 - VII C 33/67, BVerwGE 31, 130 (133), NJW 1969, 857 (858).

Vornamen einen weiblichen hinzufügen möchte.⁹³⁶ Das Gericht stellte fest, dass diese Menschen nicht unter das Transsexuellengesetz fallen, da dieses nur Personen erfasse, die sich dauerhaft dem anderen Geschlecht zugehörig fühlen. Die Ordnungsfunktion des Vornamens (wozu auch die Kenntlichmachung des Geschlechts gehöre) überwiege gegenüber dem durch Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG gewährleisteten Schutz des Vornamens.⁹³⁷ Auf die Bedeutung des Rechts auf Achtung der Geschlechtsidentität ging das Gericht in seinem Beschluss nicht weiter ein. Stattdessen verwies es auf den Gesetzgeber. Dieser sei zuständig, „die Rechtsordnung so zu gestalten, dass die Anforderungen, die die Menschenwürde in Verbindung mit dem Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit an das Selbstbestimmungsrecht des betroffenen Transsexuellen stellt, erfüllt sind und insbesondere die rechtliche Zuordnung zum nachhaltig empfundenen Geschlecht nicht von unzumutbaren Voraussetzungen abhängig gemacht wird“.⁹³⁸ Hierfür verweist das BVerwG direkt auf Urteile des BVerfG, nimmt sie dabei jedoch völlig aus ihrem Kontext. In seiner ersten Entscheidung zum Recht auf Änderung des Personenstandes stellte das BVerfG zwar fest, dass eine Regelung durch den Gesetzgeber notwendig sei.⁹³⁹ Gleichzeitig, sah es die Instanzgerichte jedoch gerade nicht von ihrer Verpflichtung unmittelbar aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG entbunden und setzte bis zur Erweiterung des § 30 PStG auf eine verfassungskonforme Auslegung des § 47 PStG.⁹⁴⁰

Damit wirkt der Grundsatz der Geschlechtsoffenkundigkeit bei Transsexuellen genau entgegen seinem Gedanken, das Wohl des Menschen zu wahren und ihn vor Belästigungen zu schützen. Der geschlechtsoffenkundige Name betont die Divergenz der Betroffenen.

Wenn einem als weiblich angesehenen, körperlich männlichen Kind nach Aufklärung des Irrtums ein männlicher Vorname gegeben wird, handelt es sich nicht um eine Namensänderung, sondern um eine Berichtigung. Gleiches gilt bei einem als männlich angesehenem weiblichen Kind. Wie sich im Unterschied dazu die rechtliche Situation für Transsexuelle darstellt, wird im nächsten Abschnitt dargestellt.

⁹³⁶ *BVerwG*, Beschl. v. 19.05.2016 – Az. 6 B 38/15, NJW 2016, 2761–2762.

⁹³⁷ *BVerwG*, Beschl. v. 19.05.2016 – Az. 6 B 38/15, NJW 2016, 2761 (2762 Rn. 14 f.).

⁹³⁸ *Ibid.*, (2762 Rn. 18).

⁹³⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (303).

⁹⁴⁰ *Ibid.*, Auch der Verweis auf das achte Urteil des BVerfG (*BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, BVerfGE 128, 109) stützt die Argumentation des BVerwG nicht. Zunächst muss es sich um einen Fehler im Zitat handeln, da sich die Rn. 51 und nicht 56 mit den Pflichten des Gesetzgebers befasst. Gemeint hat das BVerfG dort jedoch, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität zu ermöglichen, welche notwendig ist, um entsprechend der Geschlechtsidentität zu leben, ohne in der Intimsphäre bloßgestellt zu werden, durch den Widerspruch zwischen dem der Geschlechtsidentität angepassten Äußeren und der rechtlichen Behandlung. Dieser Verpflichtung war der Gesetzgeber aber gerade nicht nachgekommen, da er zu hohe Anforderungen gestellt hatte (*BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 68, BVerfGE 128, 109 (130)).

bb. Rechtliche Situation für Transsexuelle: Die „kleine“ Lösung

Rechtlich wird die Situation von Transsexuellen in Deutschland seit dem 01.01.1981 durch das TSG geregelt. Dem oben beschriebenen psychischen Leidensdruck will das TSG „aus humanitären und sozialen Beweggründen“⁹⁴¹ abhelfen. Es unterscheidet zwischen einer „kleinen“ und einer „großen Lösung“. Nach der „kleinen Lösung“⁹⁴² werden nur die Vornamen geändert. Die „große Lösung“⁹⁴³ hingegen führt zu einer Änderung der rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit.⁹⁴⁴ Bei der „großen Lösung“ muss überhaupt kein Namensänderungsverfahren durchgeführt werden; hier findet vielmehr eine Namensberichtigung statt. Grundlage der Konzeption des TSG war die Annahme, dass alle Transsexuellen eine möglichst weitgehende körperliche operative Anpassung an das gelebte Geschlecht und somit die „große Lösung“ wünschen.⁹⁴⁵ Mit der „kleinen Lösung“ sollte zwar dem Leidensdruck im Alltag begegnet werden, sie war aber nur als Übergangslösung zur „großen Lösung“ geplant. Sie sah und sieht die Möglichkeit vor, den Vornamen zu ändern, ohne wie bei der „großen Lösung“ ursprünglich vorgesehen, operative Eingriffe vornehmen lassen zu müssen, die die Fortpflanzungsunfähigkeit und eine starke äußerliche Annäherung an das andere Geschlecht gewährleisten. Es handelt sich folglich um, im Vergleich, niedrigschwelliger Voraussetzungen. Vor der irreversibel eingreifenden Operation sollte die neue Rolle im Alltag erprobt werden. Durch den Verzicht auf die geschlechtsangleichende Operation wurde aber das Geschlechtsoffenkundigkeitsprinzip nicht eingehalten, denn bei der „kleinen Lösung“ erfolgt keine Personenstandsänderung (hierbei ist davon auszugehen, dass das Prinzip der Geschlechtsoffenkundigkeit sich auf das rechtliche und nicht das sozial gelebte Geschlecht bezieht, wovon auszugehen ist, da sich die begründende Argumentation auf das PStG bezog). Dass an diesem Prinzip ohnehin nicht mehr ohne Abweichungen festgehalten wird, wurde eben erläutert. *Wielpütz* betont, dass es im Rechtsverkehr keine Pflicht zur Offenlegung des biologischen Geschlechts gibt und somit auch kein „Recht zur Täuschung“.⁹⁴⁶ Insgesamt ergingen beim BVerfG vier Entscheidungen zum Recht Transsexueller auf Vornamensänderung. Zwei Entscheidungen werden in diesem Abschnitt erörtert und zwei im folgenden Abschnitt, welcher sich mit den Voraussetzungen zur Vornamensänderung und daraus folgenden Vorgaben bzw. Einschränkungen beschäftigt.

⁹⁴¹ Ausschussbericht BT-Drucks 8/4120, 14.

⁹⁴² §§ 1-7 TSG.

⁹⁴³ §§ 8-12 TSG.

⁹⁴⁴ Außerdem führte eine Reform des Passgesetzes im Zusammenhang mit der „kleinen Lösung“ dazu, dass der Geschlechtsvermerk im Pass dem Geschlecht, auf das der neue Vorname verweist, angepasst werden kann – und in dessen Folge im Widerspruch zum „rechtlichen Geschlecht“ steht, Gesetz v. 20.07.2007 (BGBl. I, 1566).

⁹⁴⁵ Zur inzwischen gewandelten Konzeption von Transsexualität, vgl. B I 1.

⁹⁴⁶ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 87.

(1) *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 15.08.1996: Anrede nach Vornamensänderung
Der Entscheidung hinsichtlich der Anredeform durch Beamte lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem eine bei Geburt als männlich eingestufte Transsexuelle als Frau lebte, den entsprechenden Vornamen annahm und als Häftling eine lebenslange Haftstrafe in einer Strafvollzugsanstalt für Männer absaß. Einer geschlechtsanpassenden Operation hatte sie sich nicht unterzogen und wurde von den Beamten der Anstalt stets mit „Herr“ angesprochen. Unter dem Hinweis darauf, dass sich gem. § 10 I TSG (soweit nicht anders bestimmt) die vom Geschlecht abhängenden Rechte erst ab dem Zeitpunkt der Rechtskraft der Entscheidung im Verfahren nach §§ 8 ff. TSG nach dem neuen Geschlecht richten, blieb der Weg durch den Instanzenzug durchweg erfolglos. Zwar sah das OLG Karlsruhe ein, dass eine Anpassung des Sprachgebrauchs an ihren geänderten Vornamen ihrer Menschenwürde entspräche, allerdings wollte es hieraus keinen einklagbaren Rechtsanspruch herleiten.⁹⁴⁷ Anders sah es das *BVerfG*. Mit dem sich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ergebenden Schutz des Namens gehe das Recht einher, entsprechend diesem Namen angesprochen zu werden.

„Jedermann kann [...] von den staatlichen Organen die Achtung dieses Bereichs verlangen. Das schließt die Pflicht ein, die individuelle Entscheidung eines Menschen über seine Geschlechtszugehörigkeit zu respektieren.“⁹⁴⁸

Die Präfix-Anredeform „Herr“ oder „Frau“, welche dafür von zentraler Bedeutung ist, hat sich demnach mündlich und schriftlich nach dem Vornamen zu richten und nicht nach dem personenstandsrechtlich vermerkten Geschlecht.⁹⁴⁹ Das *BVerfG* wählt hier deutliche Worte und sprach von einer

„[...] Selbstverständlichkeit, daß sich die Anrede einer Person („Herr ...“ bzw. „Frau ...“) nach dem rechtlich anerkannten Selbstverständnis dieser Person bezüglich ihrer selbst empfundenen Geschlechtszugehörigkeit zu richten hat, die auch in dem ihr gerichtlich zuerkannten Vornamen zum Ausdruck kommt. [...] Nur dieses Verhalten [werde] der geschilderten gesetzgeberischen Absicht des § 1 TSG gerecht; nur diese Auslegung des § 1 TSG erschein[e] auch mit der Wertentscheidung der Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG vereinbar.“⁹⁵⁰

Hinsichtlich § 10 I TSG und der konstitutiven Wirkung des Verfahrens der §§ 8 ff. TSG argumentierte das *BVerfG*, dass die vorgezogene Wirkung der Änderung

⁹⁴⁷ *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 12.07.1995 – Az. 3 Ws 294/94; zuvor *LG Mannheim*, Beschl. v. 09.11.1994 – Az. StVK 18-B-431/94; vgl. *BVerfG*, Kammerbeschl. v. 15.08.1996, NJW 1997, 1632 (1633).

⁹⁴⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 15.08.1996, NJW 1997, 1632 (1633).

⁹⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 15.08.1996, NJW 1997, 1632 f.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, (1633).

des Vornamens „einen Fall der ausdrücklichen vorbehaltenen anderweitigen gesetzlichen Bestimmung im Sinne des Grundsatzes nach § 10 I TSG dar[stelle]“. ⁹⁵¹

Im Jahr 2011, 15 Jahre später, musste die zweite Kammer des Ersten Senats wiederholen, dass nach vollzogener Vornamensänderung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG für Transsexuelle das Recht folgt, entsprechend ihrem neuen Rollenverständnis aneredet und angeschrieben zu werden. Dies verlange die Achtung vor der in § 1 TSG vorgesehenen Rollenentscheidung. ⁹⁵² Folglich handelte das OLG Stuttgart in diesem Fall nicht nur verfassungswidrig, weil es es als notwendig erachtete, das Verfahren zur Personenstandsänderung bis zur Neuregelung durch den Gesetzgeber auszusetzen, sondern auch, indem es die Beschwerdeführerin mit „Herr Rosi“, „Antragsteller“ und „Beschwerdeführer“ ansprach. An dieser Stelle sei kurz darauf hingewiesen, dass das OLG Hamm bereits 1983, also vor der Entscheidung des BVerfG, erkannte, dass es dem Gesetzeszweck widersprechen würde, Betroffene trotz Zubilligung eines männlichen Vornamens im alltäglichen Umgang als Person des weiblichen Geschlechts zu bezeichnen. ⁹⁵³ In logischer Konsequenz sind nach Ansicht der Rechtsprechung im Übrigen auch etwaige Adelstitel anzupassen. ⁹⁵⁴

(2) Änderung von Dokumenten

Wie oben erläutert findet sich der Vorname auf diversen Dokumenten und Urkunden wieder und kann bei der Arbeitsplatz- und Wohnungssuche, aber auch beim Grenzübertritt zu Problemen führen. Die Änderung des Vornamens führt nur dann zu einer Erleichterung für Transsexuelle, wenn diese Dokumente entsprechend angepasst werden. Etwaige staatliche Ausweise und Legitimationspapiere sind unter Vorlage der geänderten Geburtsurkunde und des Gerichtsbeschlusses anzupassen. Sofern der Rentenversicherungsträger Rentenversicherungsnummern vergibt, die einen Rückschluss auf das Geschlecht zulassen, kann der Betroffene eine neue Nummer erhalten und den Sozialversicherungsausweis ändern lassen. ⁹⁵⁵ § 5 TSG enthält ein Offenbarungsverbot und richtet sich an staatliche Organe (Behörden, Gerichte). Nach Rechtskraft der Entscheidung zur „kleinen Lösung“ darf der bisherige Vorname ohne Zustimmung des Antragstellers Dritten nicht offenbart oder ausgeforscht werden. Eine transsexuelle Person hat außerdem das Recht, eine Frage, in deren Folge sie ihre Transsexualität offenbaren müsste, unzutreffend zu beantworten. ⁹⁵⁶

⁹⁵¹ *Ibid.*, (1633).

⁹⁵² *BVerfG*, Beschl. v. 27.10.2011, Rn.13, NJW 2012, 600 (601).

⁹⁵³ *OLG Hamm*, Beschl. v. 15.02.1983 – Az. 15 W 384/82, OLGZ 1983, S. 153 (159). Das OLG Zweibrücken folgte *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 24.06.1991 – Az. 3 W 17/91, NJW 1992, S. 760 (762).

⁹⁵⁴ *BayObLG*, Beschl. v. 02.10.2002 – Az.1 Z BR 98/02, NJW-RR 2003, 289, StAZ 2003, 45–46.

⁹⁵⁵ *Pfäfflin*, Fünf Jahre Transsexuellengesetz, StAZ 1986, S. 199 (203).

⁹⁵⁶ *Spickhoff*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 5 TSG Rn. 1. Wenn nicht gefragt wird, stellt ein Verschweigen keine arglistige Täuschung i.S.v. § 123 BGB dar; *BAG*, Urt. v. 21.02.1991 – Az. 2 AZR 449/90, NZA 1991, 719–723.

(a) Anspruch auf Anpassung

Ob sich aus § 5 I TSG eine allgemeine Pflicht zur Anpassung ergibt wird von den Gerichten nicht einheitlich beantwortet. Für Dokumente aus dem privaten Bereich, wie insbesondere Arbeitszeugnisse, ergibt sich nach Ansicht des *LAG Hamm* eine Pflicht zur Anpassung aus der nachvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gem. § 242 BGB i.V.m. Art. 2 I GG und § 5 TSG⁹⁵⁷, aber nicht allein aus § 5 I TSG⁹⁵⁸. Den Anspruch begründet das Gericht mit der Gesetzesbegründung zur kleinen Lösung, dem Schutzzweck des Gesetzes und dem Ziel das Grundrecht aus Art. 2 I GG zu verwirklichen. Dem Arbeitgeber stehe es nicht zu, dies aus organisatorischen Gründen zu verweigern, da der Arbeitgeber ohne jegliche inhaltliche Überprüfung nur hinsichtlich des geänderten Geschlechts und des geänderten Namens der transsexuellen Person und der sich daraus ergebenden grammatikalischen und rechtschreibmäßigen Abänderungen „umformulieren“ müsse. Das *OVG Münster* verneinte einen Anspruch auf Anpassung einer vor der rechtskräftigen Änderung des Vornamens entstandenen Personalakte an die neue Namensführung einer transsexuellen Person im Kontext des Beamtenrechts.⁹⁵⁹ Der Schutz vor Diskriminierung und ein erleichtertes Einfinden in die neue Geschlechtsrolle seien Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung der Namensänderung, insbesondere des Offenbarungsverbots. Sollte man überhaupt aus § 5 I TSG einen Anspruch auf Änderung vorheriger Akten entnehmen, würden dem das Interesse der Behörde an der Wahrung der Grundsätze der Vollständigkeit und Richtigkeit der Personalakten als besondere Gründe des öffentlichen Interesses⁹⁶⁰ gegenüberstehen und überwiegen. In der Situation eines Abschlusszeugnisses von einer Mädchen-Realschule wurde vom *VG München* ein Anspruch auf Änderung des Zeugnisses dahingehend, dass die monoedukative Ausrichtung nicht mehr deutlich würde, verneint.⁹⁶¹ Anspruchsgrundlage war nach Ansicht der Klägerin § 5 TSG i. V. m. Art. 1 I, 2 I GG. Die Schule hatte sich ausdrücklich bereit erklärt, das Schulzeugnis des Klägers mit geänderten Vornamen sowie entsprechend angepassten grammatikalischen Formen („er“, „sein“, usw.) gegen Rückgabe der Original-Abschlusszeugnisse auszustellen – insofern bestand nach Ansicht des Gerichts kein Rechtsschutzbedürfnis. Der Kläger habe keinen Anspruch auf Änderung der amtlichen Bezeichnung in der Kopfzeile

⁹⁵⁷ *LAG Hamm*, Urt. v. 17.12.1998 – Az. 4 Sa 1337–98, NZA-RR 1999, 455–460, NJW 1999, 3435 (Ls.).

⁹⁵⁸ *LAG Hamm*, Urt. v. 17.12.1998 – Az. 4 Sa 1337–98, NZA-RR 1999, 455–460 (458).

⁹⁵⁹ *OVG Münster*, Beschl. v. 05.02.2010 – Az. 1 A 655/08, BeckRS 2010, 46601.

⁹⁶⁰ Besondere Gründe des öffentlichen Interesses i.S.d. § 5 I TSG sind denkbar, wenn der Verdacht besteht, der Betroffene habe unter altem Namen Straftaten begangen (§ 20 a BZRG), wenn in der gesetzlichen Rentenversicherung der Versicherungsverlauf ermittelt werden muss, wenn eine Privatperson an der Geltendmachung von Schadensersatz- oder Unterhaltsansprüchen gehindert wäre, wenn in einem Verwaltungsverfahren die Feststellung der Identität des Betroffenen notwendig ist oder wenn der Betroffene mit früherem Vornamen in einem Vertrag, Testament oder einer anderen rechtserheblichen Erklärung genannt wurde und die Identität festgestellt werden muss; *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 5 TSG Rn. 2.

⁹⁶¹ *VG München*, Urt. v. 20.09.2012 – Az. M 17 K 11.5453, BeckRS 2013, 46720.

des Zeugnisses und im Dienstsiegel, um so alle Hinweise auf die Tatsache, dass es sich um eine Mädchenschule handelt, zu verbergen. Aus § 5 I TSG solle sich eine derartige Rechtspflicht nicht ergeben, er verbiete nämlich lediglich (dem Grundsatz nach), die zur Zeit der Entscheidung geführten Vornamen zu offenbaren oder auszuforschen, nicht jedoch das bloße unveränderte Bestehen lassen zu diesem Zeitpunkt schon vorliegender Dokumente. Dies gelte selbst dann, wenn man von einer großen Reichweite des Anspruchs aus § 5 I TSG ausgehe und man den Anspruch zudem auf das Recht des Klägers auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit nach Art. 2 I GG stütze mit der Rechtsfolge, dass diesem nicht zuzumuten sei, bei einer Stellensuche das Originalabschlusszeugnis mit den darin enthaltenen weiblichen Vornamen und Geschlechtsangaben vorzulegen. Denn das Recht des Betroffenen, seine Vergangenheit für sich zu behalten, sei nicht unbegrenzt, sondern finde in gegenläufigen gewichtigen Interessen seine Grenze. Im vorliegenden Fall sei diese Grenze das Namens- und Organisationsrecht der Beklagten als Schulträger. Aus der Bezeichnung der Schule als „Mädchenrealschule“ müsse sich für einen unbefangenen Leser auch gar nicht unmittelbar ergeben, dass der Zeugnisinhaber früher dem weiblichen Geschlecht angehörte, da in Bayern vielfach geschlechtsgebundene Schulen auch von Angehörigen des anderen Geschlechts besucht würden, worauf der Zeugnisinhaber hinweisen könnte, ohne seine Geschlechtsumwandlung offenbaren zu müssen.

Die Rechtsprechung argumentiert vorliegend an der praktischen Realität und den Bedürfnissen Transsexueller vorbei. Ziel der „kleinen Lösung“ war es, den transsexuellen Personen vor allem beim Arbeitsplatzwechsel, bei der Arbeitsplatzsuche und im Sozialbereich die Möglichkeit zu geben, die Identitätsfindung wenigstens zu einem Teil zu erreichen. Ziel ist es auch nicht, nur bei späteren Bewerbungen an anderer Stelle die Geschlechtsidentität nicht offenbaren zu müssen, sondern auch nicht aufgrund des Zeugnisses danach gefragt zu werden.⁹⁶² Durch eine restriktive Rechtsprechung im Zusammenhang mit § 5 I TSG wird dieses Ziel untergraben. Auch ist die Begründung im Urteil des *VG München* widersprüchlich, wenn sie das besondere Interesse der Schule betont, die monoedukative Ausrichtung als ein besonderes Qualitätsvermerkmal zu nutzen, der Transsexuelle aber behaupten soll, es sei der Besuch von Schülern des anderen Geschlechts möglich. Immerhin erkannte das Gericht die grundsätzliche Bedeutung der Frage, ob nach § 5 TSG ein Anspruch auf Abänderung von Schulzeugnissen besteht an und ließ die Berufung nach § 124 a I 1 i. V. m. § 124 II Nr. 3 VwGO zu. Die Frage ist selbstverständlich auch im Zusammenhang mit der „großen Lösung“ von Bedeutung.

⁹⁶² Vgl. *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 5 TSG Rn. 1.

(b) Sonderfall Reisepass

Um Einschränkungen der Reisefreiheit von Transsexuellen, die eine Änderung des Vornamens, aber nicht des Personenstands erwirkt haben, zu verhindern, sah das Passgesetz bereits mit der Neufassung von 1986 in § 4 I 3 PassG a.F. einen vorläufigen Pass ohne Angabe des Geschlechts vor. Als die internationalen Standards der *International Civil Aviation Organization* vorsahen, dass auch im vorläufigen Pass der Geschlechtseintrag enthalten sein muss, ermöglichte der deutsche Gesetzgeber für Transsexuelle mit der „kleinen Lösung“ einen Reisepass mit einem Geschlechtseintrag entsprechend ihrer Geschlechtsidentität (§ 4 I 4 PassG). § 6 II a 2 PassG stellt klar, dass diesem Eintrag im Pass keine weitere Rechtswirkung zukommt. Damit ist eine Analogie ausgeschlossen, da keine unbewusste Regelungslücke vorliegt. Auf diese Weise divergieren der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag im Melderegister und der Eintrag im Pass dauerhaft, was aufgrund der geringen Zahl an Betroffenen und in Anbetracht des Schutzzweckes jedoch hingenommen wurde.⁹⁶³

(3) Anredepraxis des BVerfG

Interessant ist diesbezüglich auch die Anredepraxis des BVerfG selbst. In den ersten beiden Entscheidungen zur Transsexualität⁹⁶⁴ ging es um Beschwerdeführerinnen, die als Mann geboren wurden und bereits eine geschlechtsanpassende Operation hatten durchführen lassen – scheinbar nicht ausreichend für das BVerfG, um vom weiblichen Geschlecht auszugehen, denn es spricht hier jeweils vom Beschwerdeführer. Da es in der dritten Entscheidung⁹⁶⁵ mehrere Beschwerdeführende gab (eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle und zwei Frau-zu-Mann-Transsexuelle) sprach das BVerfG von den Beschwerdeführern, was wohl eine Verwendung des generischen Maskulinums darstellt und insofern nicht aussagekräftig ist. In der eben dargestellten Entscheidung wurde, konsequent zum Ergebnis des Urteils, von Anfang an die neue Anrede verwendet. Ausschlaggebend war hier für das BVerfG nicht die gänzliche Anpassung des Geschlechts im Rahmen der „großen Lösung“, sondern es sollte die gerichtliche Vornamensänderung ausreichen.⁹⁶⁶ Dennoch sprach das BVerfG in der folgenden (insgesamt fünften Entscheidung zu Transsexualität) von einem Antragsteller, obwohl die Mann-zu-Frau-Transsexuelle ihren Vornamen von „Kai“ in „Karin Nicole“ hatte ändern lassen. Dies hatte zwar das Standesamt rückgängig gemacht⁹⁶⁷, da das BVerfG die Norm des TSG, auf die sich das Standesamt berief, für nicht anwendbar erklärte, erscheint diese Anredepraxis

⁹⁶³ BR-Drs. 16/07 v. 05.01.2007, S. 32.

⁹⁶⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 zur verfassungsrechtlich gebotenen Möglichkeit des rechtlichen Wechsels des Geschlechts und *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.1982, BVerfGE 60, 123 zur Streichung der Altersgrenze bei der „großen Lösung“.

⁹⁶⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87.

⁹⁶⁶ *Adamietz* spricht von einem ersten rechtschreiblichen Auftreten im neuen Geschlecht, welches hinsichtlich des Vornamens die Wirkung eines rechtlichen Geschlechtswechsels hat; *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 134.

⁹⁶⁷ Vgl. dazu Ausführungen unter D II 4 b und d aa.

inkonsequent. Auch in der sechsten (weder „kleine“ noch „große Lösung“ lagen vor, da die Antragsberechtigung für Ausländer ausgeschlossen war, hiergegen richtete sich die Beschwerde)⁹⁶⁸ und siebten Entscheidung (Beschwerdeführerin lebt im Rahmen der „kleinen Lösung“ mit neuem Vornamen und hatte sich bereits einer geschlechtsumwandelnden Operation unterzogen)⁹⁶⁹ war das Ausgangsgeschlecht ausschlaggebend für die Anredeform. Erst in der achten⁹⁷⁰ und neunten Entscheidung⁹⁷¹ wurde die Beschwerdeführerin ohne geschlechtsanpassende Operation aber nach Vornamensänderung jeweils in ihrem gelebten Geschlecht angesprochen. In der bisher letzten Entscheidung, zur Nichtannahme einer Verfassungsbeschwerde einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen, die weder ihr Geschlecht noch ihren Vornamen hatte ändern lassen, weil sie sich gegen das Gutachtenerfordernis in § 4 III TSG wandte, wählte das BVerfG erstmals die neutrale Formulierung „die beschwerdeführende Person“.⁹⁷²

b. Auslegung der EMRK unter Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung

Aus der Untersuchung der Rechtsprechung und Rechtslage ergab sich, dass in Deutschland Transsexuelle ein Recht auf Anpassung ihres Vornamens haben und dass dieses Recht umfasst, nach erfolgter Änderung mit dem entsprechenden Präfix angesprochen zu werden. Inwieweit der Vorname von der EMRK geschützt ist, soll in diesem Abschnitt geklärt werden.⁹⁷³

aa. Der Name als Schutzgegenstand des Art. 8 EMRK

Im Unterschied zu anderen internationalen Verträgen, wie dem Internationalen Pakt bürgerlicher und politischer Rechte (Art. 24 II), der Kinderrechtskonvention (Art. 7 und 8) und der Amerikanischen Menschenrechtskonvention (Art. 18), enthält Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens) keine explizite Vorschrift hinsichtlich des Namens. Allerdings hat der EGMR den Namen nicht nur als Verbindungsglied einer Familie, sondern auch als Mittel zur persönlichen Identität anerkannt, als solches gehört er zum Privat- und Familienleben.⁹⁷⁴

⁹⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, BVerfGE 116, 243.

⁹⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, BVerfGE 121, 175.

⁹⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, BVerfGE 128, 109.

⁹⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 27.10.2011, NJW 2012, 600 f.

⁹⁷² BVerfG, Beschl. v. 17.10.2017, NJW 2018, 222. Die Beschwerdeinstanz hatte hierzu zuvor ausdrücklich ausgeführt in Rubrum und Tenor müsse eine Bezeichnung als männliche Person erfolgen. „Da der Senat aber das nach Wertung der eingereichten Unterlagen ernst gemeinte Anliegen des Beteiligten zu 1), eigenes weibliches Empfinden und Selbstbild zum Ausdruck bringen zu können, nicht ungewürdigt lassen will, soweit dies im Rahmen der wirksam gesetzten gesetzlichen Grenzen zulässig ist, bezeichnet er den Beteiligten zu 1) in den nachfolgenden Ausführungen nicht als „Antragsteller“, sondern als „Antragstellerin“ oder als „antragstellende Person“.“ OLG Hamm, Beschl. v. 22.2.2017 – 15 W 2/17, BeckRS 2017, 106662, Rn. 2.

⁹⁷³ Zum Namensrecht in England und Frankreich, vgl. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 46–49.

⁹⁷⁴ EGMR, Urt. v. 22.02.1994 - 16213/90, Rn. 24 – Burghartz/Schweiz, ÖJZ 1994, S. 559–561.

Dies wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Staat ein Interesse an der Regulierung von Namen hat. Hinsichtlich des Nachnamens stellte das Gericht fest, dass aus Art. 8 EMRK nicht per se ein Recht auf Namensänderung folgt, sondern den Staaten eine weite *margin of appreciation* zusteht.⁹⁷⁵ Auf Vornamen ist Art. 8 EMRK ebenfalls anwendbar und schützt zunächst das Recht der Eltern, für ihr Kind einen Vornamen auszuwählen, unter Anerkennung einer Regelungsbefugnis der staatlichen Behörden.⁹⁷⁶

Hinsichtlich der besonderen Situation von Transsexuellen musste sich der EGMR die ersten 30 Jahre nicht explizit dahingehend geäußert, ob ein Anspruch auf Vornamenswechsel besteht. In den vergangenen Jahrzehnten ergingen sieben Urteile gegen das Vereinigte Königreich⁹⁷⁷ und zwei weitere scheiterten an der Zulässigkeit⁹⁷⁸, allerdings bedurfte es in diesem Zusammenhang nie einer Klärung eines Anspruches auf Vornamensänderung. Nach englischem Recht sind nicht nur Transsexuelle, sondern alle berechtigt ihren Vor- oder Nachnamen zu ändern.⁹⁷⁹ Damit einher geht der Anspruch darauf den Präfix entsprechend anzupassen (Herr/Frau).⁹⁸⁰ Mit einseitigen Absichtserklärungen (*deed polls*) – einzureichen beim Central Office des Supreme Courts – sollen Zweifel vermieden und eine Nachhaltigkeit gesichert werden.⁹⁸¹

bb. Rechtsprechung des EGMR zu Transsexualität mit Bezug zum Vornamen bis 2018

Auch wenn keine eindeutige Äußerung des EGMR vorlag, wurde die Möglichkeit der Änderung des Vornamens in den Urteilen zur Transsexualität thematisiert. In der ersten Entscheidung *Van Oostervijk*⁹⁸² klagte ein postoperativer Transsexueller aus Belgien. Vor dem EGMR machte er die Verletzung seiner Rechte aus Art. 3, 8 und 12 EMRK geltend, nachdem in Belgien sein Antrag auf Berichtigung seiner Personenstandurkunden abgelehnt wurde.⁹⁸³ Da der Beschwerdeführer bisher nur das erstinstanzliche Gericht und das Berufungsgericht in Belgien angerufen und sich

⁹⁷⁵ EGMR, Urt. v. 25.11.1994 - 18131/91, Rn. 38 f. – Stjerna/Finnland.

⁹⁷⁶ EGMR, Urt. v. 24.10.1996 - 22500/93 Rn. 21 – Guillot/Frankreich, ÖJZ 1997, S. 518.

⁹⁷⁷ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81 – Rees/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84 – Cossey/Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94 – I./Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 23.05.2006 - 32570/03 – Grant/Vereinigtes Königreich.

⁹⁷⁸ EGMR, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05 – R. und F./Vereinigtes Königreich; EGMR, Entsch. v. 28.11.2006 - 42971/05 – Parry/Vereinigtes Königreich.

⁹⁷⁹ Vgl. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 68, 162.

⁹⁸⁰ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 19 – Rees/Vereinigtes Königreich; *Will*, in: Pfäfflin/Junge, Geschlechtsumwandlung, 1992, S. 139 f.

⁹⁸¹ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 19 – Rees/Vereinigtes Königreich.

⁹⁸² EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76 – Van Oostervijk/Belgien.

⁹⁸³ EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, Rn. 12 – Van Oostervijk/Belgien.

vor dem EGMR nicht an den Kassationshof gewendet hatte⁹⁸⁴ und sich zuvor nie auf die Rechte der EMRK berief⁹⁸⁵, wies der EGMR die Beschwerde als unzulässig ab und ging insgesamt nicht näher auf die Beschwerdepunkte ein. Worauf der EGMR allerdings kurz einging, ist der Vorwurf Belgiens, dass *Van Oostermijck* sich nicht um eine Änderung seines Vornamens bemüht hatte. Die Möglichkeit den Vornamen zu ändern war in Belgien am 23.08.1974 eingeführt worden. Jede Person, welche Gründe für die Änderung ihres Vornamens hat, konnte unter Anbringung dieser Gründe einen entsprechenden Antrag bei den belgischen Behörden stellen.⁹⁸⁶ Dieser Möglichkeit wird in Form eines Königlichen Dekrets stattgegeben und vom Standesbeamten im Einzelnen umgesetzt (Geburtsurkunde und Register). Zum damaligen Zeitpunkt hatten mindestens sieben Transsexuelle von diesem Gesetz Gebrauch gemacht. Der EGMR führte diesbezüglich aus, dass sich nach einer erfolgreichen Vornamensänderung Dritten weniger Situationen eröffneten, auf die Divergenz zwischen der äußerlichen Erscheinung des Beschwerdeführers und seinem Personenstand aufmerksam zu werden. Gleichzeitig sei durch diesen Schritt zwar eine Verbesserung der Situation eingetreten, aber nicht alle Probleme gelöst: Es bestünde weiterhin keine staatliche Anerkennung seiner Geschlechtsidentität und die sich daraus ergebenden sozialen Konsequenzen blieben bestehen.⁹⁸⁷

In der Entscheidung *B. gegen Frankreich* wandte sich erneut eine postoperative Transsexuelle an den EGMR, nachdem sie in ihrem Heimatstaat vergeblich beantragt hatte, ihre geschlechtsbezogene Eintragung in der Geburtsurkunde zu berichtigen und ihren neuen weiblichen Vornamen einzutragen.⁹⁸⁸ Sie machte diesbezüglich Art. 3, 8 und 12 EMRK geltend, wobei Art. 12 vom EGMR mangels Ausschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzugs nicht berücksichtigt wurde. Zwischen *Van Oostermijck* und *B.* liegen noch die Urteile *Rees*⁹⁸⁹ und *Cossey*⁹⁹⁰, beide Beschwerden richteten sich gegen das Vereinigte Königreich und beide wurden für die Beschwerdeführer negativ beschieden. In *B.* untersuchte der EGMR, ob es seit seinem letzten Urteil neue wissenschaftliche, rechtliche und gesellschaftliche Entwicklungen zum Thema Transsexualität gab⁹⁹¹ und analysierte die Unterschiede zwischen dem französischen und dem englischen System⁹⁹². Hinsichtlich der Änderung von Vornamen stellte das Gericht fest, dass im Unterschied zu England, es in Frankreich nicht ohne Weiteres möglich ist, seinen Vornamen zu wechseln.⁹⁹³ Nach Angaben der Beschwerdeführerin sei es verboten, einen anderen Namen zu tragen, als in der

⁹⁸⁴ *Ibid.*, Rn. 32.

⁹⁸⁵ *Ibid.*, Rn. 33–34, 39–41.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, Rn. 20.

⁹⁸⁷ *Ibid.*, Rn. 29.

⁹⁸⁸ EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 9 ff. – B./Frankreich.

⁹⁸⁹ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81 – Rees/Vereinigtes Königreich.

⁹⁹⁰ EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84 – Cossey/Vereinigtes Königreich.

⁹⁹¹ EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 46–48 – B./Frankreich.

⁹⁹² *Ibid.*, Rn. 49–63.

⁹⁹³ Zur Zweiteilung des Verfahrens in Frankreich vgl. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 162–164.

Geburtsurkunde vermerkt. Die Regierung wiederum behauptete, dass es eine extensive, für die Beschwerdeführerin günstige Rechtsprechung gäbe. Erforderlich sei nur, dass ein „neutraler“ Vorname gewählt werde – also ein solcher Vorname wie er in Deutschland bisher nur unter Zusatz eines zweiten geschlechtseindeutigen Vornamens möglich war⁹⁹⁴. Laut EGMR war diese Rechtsprechung keineswegs gefestigt und das Tor, welches sie eröffnet, nur sehr schmal, da die Anzahl der wählbaren neutralen Vornamen sehr begrenzt sei. Bezüglich des Umstandes, dass geschlechtsneutrale Vornamen, insbesondere bei Transsexuellen – die (zumindest früher) optisch häufig keine 100%ige optische Umwandlung des Geschlechts erreichten – den Bedürfnissen und Wünschen nicht ausreichend entsprechen, äußerte sich der EGMR nicht.⁹⁹⁵ Im Ergebnis war der Gerichtshof der Ansicht, dass die Weigerung den Vornamens entsprechend dem Begehren der Antragstellerin zu ändern, ein für die Frage der Verletzung von Art. 8 EMRK maßgeblicher Faktor sei.⁹⁹⁶ In dieser Entscheidung kam der EGMR zwar nicht zu einer Verletzung des Art. 8 EMRK aufgrund der Tatsache, dass die Änderung des Vornamens nicht ermöglicht wurde. Er kam aber letztlich zu dem weitergehenden Ergebnis, dass Art. 8 EMRK die Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung von Transsexuellen gebietet.⁹⁹⁷ Insofern war es für ihn gar nicht notwendig, sich zum Anspruch zur Vornamensänderung ohne Änderung des Geschlechtseintrags zu äußern.

cc. S.V. gegen Italien

Ende 2018 kam es zur ersten Entscheidung hinsichtlich der Änderung des Vornamens. Die Antragstellerin (S.V.) wurde nach der Geburt als männlich eingetragen, lebte aber seit vielen Jahren als Frau. Im Jahr 2001 erteilte ein italienisches Gericht ihr die Erlaubnis für eine operative Geschlechtsumwandlung. Der Antrag, den männlichen Vornamen in einen weiblichen zu ändern, wurde jedoch im selben Jahr von den Verwaltungsbehörden abgelehnt. Diese Entscheidung wurde damit begründet nach erfolgter OP müsse noch ein anderes Gericht das neue Geschlecht bestätigen. Erst zweieinhalb Jahre nach dem Antrag durfte der Name schließlich geändert werden.

Der EGMR stellte eingangs fest, dass sich seine bisherige Rechtsprechung auf Transsexuelle bezog, die eine geschlechtsangleichende Operation hatten vornehmen lassen, eine Anerkennung ohne Operation wünschten oder die Bedingungen für den Zugang zu Operation betraf.⁹⁹⁸ Da S.V. auch selbst eine körperliche Geschlechtsanpassung wünschte unterscheidet sich der Fall auch von *A.P., Garçon und Nicot*.⁹⁹⁹ Vorliegend ginge es um eine andere Frage: die Änderung des Vornamens vor Abschluss der operativen/medizinischen Geschlechtsanpassung. Diese Frage

⁹⁹⁴ Vgl. dazu D I 1 a aa.

⁹⁹⁵ Auch kritisch gesehen von *Greif, Doing Trans/Gender*, 2005, S. 84 Fn. 321.

⁹⁹⁶ *EGMR*, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 58 – B./Frankreich.

⁹⁹⁷ *Ibid.*, Rn. 63.

⁹⁹⁸ *EGMR*, Urt. v. 11.10.2018 - 73235/12, Rn. 56 f. – S.V./Italien.

⁹⁹⁹ *Ibid.*, Rn. 65.

falle vollständig in den Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK und des Rechts auf Achtung des Privatlebens.¹⁰⁰⁰ Hinsichtlich der Regulierung der Voraussetzungen für eine Namensänderung würden die Staaten eine weite *margin of appreciation* genießen.¹⁰⁰¹ Es könne zwar Gründe für eine Änderung geben, andererseits könnten rechtliche Einschränkungen im öffentlichen Interesse gerechtfertigt sein, um die persönlichen Identifikationsmerkmale oder die Registrierung der Bevölkerung sicherzustellen. Für die Abwägung sei jedoch auch zu berücksichtigen, dass in Fragen der Geschlechtsidentität intime Aspekte betroffen seien, was für eine enge *margin of appreciation* spreche.¹⁰⁰² Auf weitere Aspekte zur Bestimmung des Ermessensspielraumes, wie insbesondere das Konsens-Kriterium, geht der EGMR nicht ein.

Es stelle sich die Frage, ob Italien angesichts des zur Verfügung stehenden Ermessensspielraumes ein ausgewogenes Verhältnis zwischen dem öffentlichen Interesse und dem privaten Interesse der Antragstellerin gefunden habe.¹⁰⁰³ Mit anderen Worten, ob die Weigerung eine Vornamensänderung zu genehmigen, solange die Antragstellerin sich noch im Prozess der operativen Geschlechtsanpassung befand, unverhältnismäßig war.

Die grundsätzliche Entscheidung des italienischen Gesetzgebers es den Gerichten zu überlassen über diese Fragen zu entscheiden, stellte der EGMR nicht in Frage.¹⁰⁰⁴ Die Kohärenz und Zuverlässigkeit des Personenstandes und allgemein das Erfordernis der Rechtssicherheit als öffentliche Interesse, würden auch die Einführung von strengen Verfahren, um die Motive hinter einem Antrag auf Geschlechtsänderung zu überprüfen, rechtfertigen.

Allerdings sei im vorliegenden Fall die Zurückweisung nur aus formalen Gründen erfolgt, ohne die besondere Situation der Antragstellerin zu berücksichtigen, mithin dass sie sich bereits seit mehreren Jahren im Prozess befand ihr körperliches Geschlecht anzupassen.¹⁰⁰⁵ Ihre physische Erscheinung und ihre soziale Identität waren schon längere Zeit weiblich. Daher war der Gerichtshof nicht in der Lage, Gründe des öffentlichen Interesses zu erkennen, die dagegen sprechen könnten, den Vornamen in den amtlichen Dokumenten korrespondierend zur Realität von zweieinhalb Jahren anzupassen.¹⁰⁰⁶ Die damals geltende rigide Natur des Gerichtsverfahrens zur Anerkennung der Geschlechtsidentität habe die Antragstellerin, für einen unangemessenen Zeitraum in einer mehrdeutigen Position belassen, die geeignet war Gefühle von Verwundbarkeit, Erniedrigung und Angst zu erzeugen.¹⁰⁰⁷

Der EGMR stellte letztlich fest, dass die Unfähigkeit von S.V., für über zweieinhalb Jahren eine Änderung des Vornamens zu erreichen, weil der Prozess der

¹⁰⁰⁰ *Ibid.*, Rn. 58.

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, Rn. 61.

¹⁰⁰² *Ibid.*, Rn. 62.

¹⁰⁰³ *Ibid.*, Rn. 63, 66.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, Rn. 68–69.

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, Rn. 70.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, Rn. 71.

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*, Rn. 72.

Geschlechtsumwandlung noch nicht abgeschlossen war, auf eine Nichterfüllung der Verpflichtung des Staates hinauslief, das Recht der Antragstellerin auf Achtung ihres Privatlebens zu gewährleisten.¹⁰⁰⁸

Der Gerichtshof wies außerdem darauf hin, dass seit einer Änderung der Gesetzgebung im Jahr 2011 ein zweites Gerichtsurteil nicht mehr erforderlich ist und die Änderung der Personenstandsakten nun vom Richter der Entscheidung über die Genehmigung der Geschlechtsumwandlung angeordnet werden könne.¹⁰⁰⁹

dd. Schlussfolgerung

Zunächst fällt auf, dass der EGMR bei der Bestimmung der *margin of appreciation* keinerlei Bezug zum Konsens innerhalb der Mitgliedstaaten nahm. Des Weiteren betonte er nachdrücklich die legitimen Interessen der Staaten an der Regulierung, sogar konkret an strengen Verfahren. Er traf auch keine Aussage über einen generellen Anspruch den Vornamen zu ändern, ggf. in Abhängigkeit von weiteren Voraussetzungen. Sondern die Pflichtverletzung von Italien stellte der EGMR nur fest, weil die besondere Situation der Antragstellerin nicht berücksichtigt worden war. Ihr soziales Geschlecht entsprach dem einer Frau, ebenso ihre äußerliche Entscheidung. Sie unternahm eine Hormontherapie und hatte eine Mammoplastik vornehmen lassen.¹⁰¹⁰ In ihrem konkreten Fall seien keine öffentlichen Interessen erkennbar, die gegen eine Änderung des Vornamens vor Vollendung der geschlechtsangleichenden Operationen sprechen. Letzteres kann sich in Anbetracht der Mammographie nur noch auf die Genitalien beziehen. Ob der EGMR auch ein Recht auf Vornamensänderung unabhängig von einer Geschlechtsänderung annimmt und auch dann, wenn keinerlei operative Anpassungen vorgenommen wurden, war Gegenstand eines gegen Russland anhängigen Verfahrens, das mittlerweile aber ohne Urteil beendet wurde.¹⁰¹¹

Ein Blick in die oben dargestellten namensrechtlichen Entscheidungen des EGMR, welche ohne Bezug zu Transsexualität ergingen, offenbart, dass diese teils im besonderen Maße Einzelfallentscheidungen sind und stark durch Abwägungsvorgänge geprägt. Man entschied sich gegen die Beschwerdeführer, weil ihr Leiden nicht als besonders gravierend eingeschätzt wurde.¹⁰¹² Wenn man nun zusätzlich berücksichtigt, dass der EGMR von Art. 8 EMRK den Schutz der Geschlechtsidentität umfasst sieht und einen Anspruch auf die Schaffung der Möglichkeit eines rechtlichen Geschlechtswechsels ableitet und durchweg auf die schwierige Situation

¹⁰⁰⁸ *Ibid.*, Rn. 75.

¹⁰⁰⁹ *Ibid.*, Rn. 74.

¹⁰¹⁰ *Ibid.*, Rn. 7, 13.

¹⁰¹¹ EGMR, kommuniziert 23.02.2017 - 60796/16 - X/Russland.

¹⁰¹² EGMR, Urt. v. 25.11.1994 - 18131/91, Rn. 42 – Stjerna/Finnland; EGMR, Urt. v. 24.10.1996 - 22500/93 Rn. 27 – Guillot/Frankreich, ÖJZ 1997, S. 518.

von Transsexuellen hinweist,¹⁰¹³ dann ist davon auszugehen, dass zumindest im Falle von Transsexuellen ein Recht auf Wechsel des Vornamens besteht. Dieser Wechsel stellt gegenüber der Änderung des Personenstands ein „weniger“ dar, welches mitumfasst sein muss – weswegen es in *B. gegen Frankreich* auch nicht ausgereicht hätte, nur die Frage der Vornamensänderung zu klären. Insbesondere stehen die Interessen des Staates an einer unabänderbaren Namensgebung in keinem Verhältnis zu den Auswirkungen für Transsexuelle. Für eine enge *margin of appreciation* sprechen die geringen Auswirkungen auf die restliche Gesellschaft, die hohe Bedeutung für die Menschenrechte der Betroffenen, welche den intimsten und empfindlichsten Lebensbereich betreffen (Sexualität¹⁰¹⁴, Identität¹⁰¹⁵) und der inzwischen bestehende Konsens in den Mitgliedstaaten zu diesem Thema¹⁰¹⁶. Auch die Empfehlung des Ministerkomitees und die Resolution der Parlamentarischen fordern ein einfaches Verfahren zur Namensänderung.¹⁰¹⁷

Zwar ist die Aufteilung in eine „kleine“ und eine „große Lösung“, wie in Deutschland vorgesehen, in keinem anderen Staat in dieser Form zu finden, aber ein Recht auf die grundsätzliche Anerkennung der Geschlechtsidentität ist vielfach anerkannt. Dabei wird entweder im Rahmen der rechtlichen Geschlechtsanpassung eine Vornamensänderung vorgenommen¹⁰¹⁸ oder sie ist unabhängig davon und ohne spezielle Regelung für Transsexuelle möglich, sondern basiert auf einer Norm,

¹⁰¹³ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 47 – Rees/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 42 – Cossey/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 63 – B./Frankreich.

¹⁰¹⁴ *EGMR*, Urt. v. 22.10.1981 - 7525/76, Series A 45, Rn. 52 – Dudgeon/Vereinigtes Königreich, hier handelte es sich zwar um eine Frage der Moral, was für eine weite *margin* spricht, der *EGMR* hat aber dennoch eine strikte Kontrolle ausgeübt und eine Verletzung festgestellt, mit dem Hinweis darauf, dass es sich um einen „most intimate aspect of private life“ handelt.

¹⁰¹⁵ *EGMR*, Urt. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 71 – Pretty/Vereinigtes Königreich.

¹⁰¹⁶ Die *margin of appreciation* eines Staates ist grundsätzlich umso enger gefasst, umso mehr das Verhalten des Staates vom Konsens der Vertragsstaaten zum fraglichen Thema abweicht. Umgekehrt ist die *margin of appreciation* umso weiter gefasst, umso weniger Konsens besteht; vgl. *Benvenuti*, *Margin of Appreciation*, N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 1999, S. 843 (851). Für eine internationale Bestandsaufnahme, vgl. *Basedow/Scherpe*, *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht*, 2004.

¹⁰¹⁷ *Council of Europe: Committee of Ministers*, Recommendation CM/Rec(2010)5: On measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31.03.2010, Rn. 21; *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 6.2.1. und 6.2.2.

¹⁰¹⁸ So z.B. in Österreich der Fall, vgl. *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 165–168.

die für alle Bürger gilt.¹⁰¹⁹ Mithin spricht viel dafür, dass etwaige Beschwerden gegen andere Länder zu Gunsten der Beschwerdeführer entschieden würden.¹⁰²⁰

Im Übrigen tat sich der EGMR im Gegensatz zum BVerfG am Anfang seiner Rechtsprechung nicht schwer damit, die Betroffenen mit ihrem Wunschgeschlecht anzusprechen. Davon, dass der EGMR die Anrede mit dem entsprechenden Präfix ebenfalls mit umfasst sieht, ist daher ebenfalls auszugehen. Bereits in der ersten Entscheidung *Van Oostervijk* ging der Gerichtshof nach der Einführung in den Sachverhalt dazu über, sich auf den Antragsteller im maskulinen Geschlecht zu beziehen.¹⁰²¹ Das obwohl *Van Oostervijk* zwar äußerlich der Vorstellung vom männlichen Geschlecht entsprach und sogar eine Phalloplastik hatte vornehmen lassen, aber weder eine Anpassung seines Geschlechts noch seines Vornamens erreicht hatte. In der deutlichen Mehrheit der folgenden Entscheidungen blieb es bei der Bezugnahme auf das Wunschgeschlecht.¹⁰²² In wenigen Entscheidungen verwendete der EGMR im Rahmen der Sachverhaltsdarstellung zunächst das Geburtsgeschlecht, wechselte dann aber nach Erwähnung der vorgenommen geschlechtsangleichenden Operation (obwohl kein rechtlicher Geschlechtswechsel vorlag) auf das gelebte Geschlecht.¹⁰²³ In allen zugrunde liegenden Sachverhalten hatten die Beschwerdeführer jedoch geschlechtsangleichende Operationen vornehmen lassen. In der Sache *Roetzheim* gab es nur eine Entscheidung zur Zulässigkeit, die Beschwerdeführerin, eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle, hatte keine geschlechtsangleichenden Operationen durchführen lassen und wurde als männlich deklariert.¹⁰²⁴ In *Y.Y.* ging es um die Weigerung der türkischen Gerichte, dem Beschwerdeführer umfassende geschlechtsangleichende Operationen zu erlauben. Der Beschwerdeführer hatte diese folglich nicht vornehmen lassen und sein (zivil-)rechtliches Geschlecht war zum Zeitpunkt des EGMR-Urteils ebenfalls noch weiblich. Dennoch wies das Gericht ausdrücklich darauf hin, dass es die maskuline Form verwenden werde um dem „bevorzugten“ Geschlecht zu entsprechen.¹⁰²⁵ Umso enttäuschender ist die Entscheidung der fünften Sektion des EGMR nach 37 Jahren voranschreitender Rechtsprechung in seinem Urteil *A.P., Garçon, Nicot gegen Frankreich* ausdrücklich auf

¹⁰¹⁹ Vgl. Wielpütz, *Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes*, 2012, S. 321 ff. Der Weg über die namensrechtlichen Generalklauseln ist in der Rechtsprechung z.B. in Frankreich (Art. 60 I 1 Code Civil) und in der (Schweiz Art. 30 I ZGB) anerkannt, vgl. dazu AG Mannheim, *Beschl. v. 07.05.2009 – Az. Ja 2 UR III 5064/07, NJOZ 2009, 4507(4508 f.)*. So wie in Schweden und Norwegen, vgl. Adamietz/Bager, *Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen*, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 145.

¹⁰²⁰ Für ein grds. Recht auf Vornamensänderung auch: *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): *Discrimination against transgender people in Europe*, 22.04.2015, Rn. 6.2.1.
¹⁰²¹ *EGMR*, *Urt. v. 06.11.1980 – 7654/76*, Rn. 9 – *Van Oostervijk/Belgien*.

¹⁰²² So in: *L./Litauen, Schlumpf, P.V., Casse, R.F., Grant, van Kück, Goodwin, I., Sheffield, L./Irland, Cossey und Hämäläinen*.

¹⁰²³ *EGMR*, *Urt. v. 17.10.1986 – 9532/81*, Rn. 13 – *Rees/Vereinigtes Königreich*; *EGMR*, *Entsch. v. 28.11.2006 – 42971/05*, S. 2 – *Parry/Vereinigtes Königreich*.

¹⁰²⁴ *EKMR*, *Entsch. v. 23.10.1997 – 31177/96 – Roetzheim/Deutschland*.

¹⁰²⁵ *EGMR*, *Urt. v. 10.03.2015 – 14793/08*, Rn. 1 – *Y. Y./Türkei*.

das zivilrechtliche Geschlecht abzustellen.¹⁰²⁶ Zumindest zwei der Beschwerdeführerinnen hatten sogar zweifelsfrei Operationen vornehmen lassen; inhaltlich ging es um die Rechtmäßigkeit der Voraussetzung von derartigen Operationen für die rechtliche Geschlechtsänderung. Diese Operationen wurden letztlich vom EGMR als unverhältnismäßig bewertet. Der Hinweis des Gerichts, die Bezeichnung in der männlichen Form könne nicht so verstanden werden, dass man die Beschwerdeführerinnen von dem Geschlecht ausschließen wolle, mit welchem sie sich identifizieren, vermag diese Abkehr der bisherigen Formulierungen nicht erklären. Mit der Entscheidung auf das zivilrechtliche Geschlecht abzustellen, schließen sie eben doch die Beschwerdeführerinnen von ihrer eigenen Identifikation aus.

c. EU

Die GR-Charta schützt auch personale Güter, die sich auf die Identität einer Person beziehen, mithin auch den Vor- und Nachnamen.¹⁰²⁷ Der Anwendungsbereich des EU-Rechts ist eröffnet, sofern es um die Durchführung von Unionsrecht geht (vgl. Art. 51 GR-Charta). Der Begriff „Durchführung des Unionsrechts“ wird von der Rechtsprechung des EuGH weit gefasst und beinhaltet die Umsetzung und Anwendung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten, was sich in zwei Bereiche teilen lässt. Zum einen die Fälle, in denen ein Mitgliedstaat durch seine Behörden als Vertreter oder Repräsentant der EU handelt, also im Auftrag der EU tätig wird. Gemeint ist die Durchführung oder Umsetzung der Rechtsakte, die als Handlungen der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union angesehen werden.¹⁰²⁸ Zum anderen fällt ein Rechtsakt eines Mitgliedsstaats in den Geltungsbereich von EU-Recht, wenn er in den Geltungsbereich eines Rechtsakts der Union fällt, er unter ein Verbot der EU fällt und einer Ermächtigung durch die EU bedarf, er Rechtsbehelfsmöglichkeiten, Sanktionierungs- oder Durchsetzungsmechanismen eines Rechtsakts der Union beinhaltet, er nationale Rechtskonzepte betrifft, die von der Gesetzgebung der EU genutzt werden oder er eine andere konkrete Verbindung zum EU-Recht aufweist.¹⁰²⁹ Das EU-Recht könnte insbesondere dann relevant werden, wenn ein Unionsbürger von den Möglichkeiten Gebrauch gemacht hat, die ihm die Freizügigkeitsbestimmungen des Vertrags eröffnen und daraufhin unterschiedlich behandelt wird. Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist davon auszugehen, dass unter EU-Recht der Schutz vor Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsänderung auch die Vornamensänderung umfasst.

¹⁰²⁶ EGMR, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 6 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁰²⁷ Jarass, Charta der GR der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 16; EuGH, Urt. v. 12.05.2011, Rs. C-391/09 – Runevic, Slg.2011, I-3787, Rn. 66; EuGH, Urt. v. 22.12.2010, Rs. C-208/09 – Sayn-Wittgenstein, Slg.2010, I-13693, Rn. 52.

¹⁰²⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 13.06.2017, Rs. C-258/14 – Eugenia Florescu/Casa Județeană de Pensii Sibiu u. a., Rn. 35.

¹⁰²⁹ Vgl. dazu auch die Ausführungen unter D II 3 b cc (6).

3. Zusammenfassung

Das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität entspringt einem langjährigen Rechtsdiskurs, welcher zum einen von seinem starken Bezug zur Medizin geprägt ist und zum anderen, deutlich weniger vom Gesetzgeber, als von den Gerichten vorangetrieben wurde. Die Rechtsentwicklung in Deutschland und in den Ländern, gegen die Beschwerde vor dem EGMR eingereicht wurde, weist einige Gemeinsamkeiten auf. Ausgangspunkt der Problematik war die Annahme von der Unabänderlichkeit des Geschlechts. Die zum Zeitpunkt der Geburt feststellbaren körperlichen Gegebenheiten wurden für das Geschlecht als einzig relevanter Maßstab eingestuft und herangezogen. Nur wenn bei der Feststellung zum Zeitpunkt der Geburt ein Fehler vorlag, sollte eine nachträgliche Änderung des Personenstands in Form einer Berichtigung erfolgen. Dass die Geschlechtsidentität vom Körper bzw. der Körper von der Geschlechtsidentität abweicht, wurde nicht oder nur selten als ein Fehler dieser Art ausgelegt. Die nationalen Gerichte sahen sich aus zweierlei Gründen nicht dazu in der Lage, hiervon abzuweichen. Zum einen argumentierten sie, dies gehe über die Aufgabe der richterlichen Rechtsfortbildung hinaus und zum anderen sei es Aufgabe des Gesetzgebers eine personenstandsrechtliche Anerkennung des Geschlechtswechsels vorzusehen, insbesondere aufgrund der damit zusammenhängenden Folgeprobleme im Familienrecht. Auffällig ist hierbei die teilweise in den erstinstanzlichen Gerichten gegebene Anerkennung des Leidens von Transsexuellen und der Wille diesem Abhilfe zu verschaffen, was von den oberinstanzlichen Gerichte unter der eben genannten Argumentation nicht fortgeführt wurde.

Trotz erster politischer und gesetzgeberischer Bestrebungen in den Staaten und Aufforderungen zum Tätigwerden durch das Europäische Parlament und die Parlamentarische Versammlung des Europarats bedurfte es einer klaren Aussage durch das BVerfG bzw. den EGMR bis der Gesetzgeber wirklich Maßnahmen ergriff oder die Rechtsprechung sich änderte. Trotz diverser Beschwerden gegen das Vereinigte Königreich, Hinweise auf die Notwendigkeit, die Problematik zu beobachten und der sich möglicherweise ändernden Verpflichtung der Staaten blieb man untätig.

Inzwischen ist der Schutz der Geschlechtsidentität in Deutschland zweifelsfrei anerkannt und verfassungsrechtlich verortet. Das BVerfG hat in diesem Zusammenhang auf Art. 1 I GG und die Menschenwürde verwiesen. Hieraus ergeben sich eine Pflicht des Staates und ein Recht des Einzelnen auf Anerkennung der individuellen Geschlechtsidentität im Rahmen des Personenstandsrechts. Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG beinhaltet den Schutz der Geschlechtsidentität, insofern diese nach außen tritt und kann deswegen einer Einschränkung unterliegen. Einfachgesetzliche Ausformung dieser Rechte und Pflichten ist das TSG, welches neben der Änderung des Personenstands auch eine Änderung des Vornamens vorsieht.

Im Rahmen der EMRK wird das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität in Art. 8 EMRK verortet und seit *I.* und *Goodwin* ist jeder Staat verpflichtet, diese im Rahmen des nationalen System des Personenstandsrechts anzuerkennen. Die Details für die Anerkennung sind den Staaten überlassen, sodass diese auf unterschiedlichste Weise und unter unterschiedlichen Voraussetzungen gewährt wird. Dieser Verpflichtung sind jedoch nicht alle Staaten nachgekommen, was unter anderem an der nicht einheitlichen Verbindlichkeit der EMRK in den Mitgliedstaaten und an mangelnden Durchsetzungsmechanismen liegen kann. Es ist ebenfalls davon auszugehen, dass Art. 8 EMRK ein Recht auf Änderung des Vornamens beinhaltet. Aufgrund von Art. 7 und Art. 52 III GR-Charta werden diese Rechte im Bereich des EU-Rechts noch weiter gestärkt.

II. Einschränkungen und Bedingungen für die Anerkennung der Geschlechtsidentität

Nachdem der grund- und menschenrechtliche Anspruch von Transsexuellen auf Vornamensänderung sowie auf Änderung ihres rechtlichen Geschlechtseintrags erörtert wurde, sollen im Folgenden solche Regelungen untersucht werden, die diese Rechte beschränken oder deren Ausübung nachträglich wieder aufheben. Ein Leben der eigenen Geschlechtsidentität entsprechend setzt für transsexuelle Menschen voraus, dass es ihnen ermöglicht wird, neben dem Vornamen auch ihren Geschlechtseintrag zu ändern. Insbesondere für den Alltag und die Teilhabe an Bildung und Arbeit ist es wichtig, Ausweisdokumente und Geburtsurkunde anzupassen. Je größer die Anforderungen, je länger der Zeitraum, desto länger auch der Zeitraum in dem transsexuelle Menschen in einem Zwischenstatus leben müssen. Unter Umständen entscheiden sie sich auch gegen das Verfahren zur Änderung ihres Geschlechts- und Vornamenseintrags, weil sie die Voraussetzungen nicht erfüllen wollen oder schlichtweg nicht können.

1. Staatsangehörigkeit

Nach der Klärung der Frage, ob ein Anspruch darauf besteht, das Geschlecht und den Vornamen wechseln zu können und entsprechend diesem Vornamen angesprochen zu werden, soll im Folgenden auf die Frage eingegangen werden, wer anspruchsberechtigt ist.

a. *Deutschland*

Bei einer Aufteilung in Berechtigte und Nichtberechtigte liegt der Schluss nahe, diese Frage anhand von Art. 3 GG zu erörtern. In diesem Abschnitt wird zunächst der Gleichheitssatz vorgestellt, als nächstes der Prüfungsmaßstab für Fälle mit Transsexuellenbezug erörtert und letztlich mit diesem vorausgesetzten Verständnis die Entscheidung des BVerfG zur Anwendung des Transsexuellengesetzes auf

Ausländer ohne deutsches Personalstatut untersucht. Bezüge zu Art. 3 GG ergeben sich jedoch nicht nur im Umfang dieser Entscheidung. Im Leben eines Transsexuellen ergeben sich diverse Situationen, in denen es zu Diskriminierungen kommen kann. Beispiele umfassen u.a. Diskriminierungen infolge von geschlechtsanpassenden Maßnahmen oder während des Umwandlungsprozesses wie auch Probleme am Arbeitsplatz, bei Behördengängen und im Strafvollzug¹⁰³⁰. Zum anderen kann die unterschiedliche Behandlung von Menschen, die lediglich den Vornamen ändern, gegenüber denen die nach einer äußerlichen Angleichung eine Personenstandänderung beantragen können, eine Diskriminierung darstellen. Auch die Frage der Öffnung des Partnerschaftsgesetzes unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung von heterosexuellen gegenüber homosexuellen Paaren fordert eine Prüfung anhand Art. 3 GG.¹⁰³¹ Beim Zwang zur geschlechtsangleichenden Operation könnte eine Ungleichbehandlung von Mann-zu-Frau-Transsexuellen gegenüber Frau-zu-Mann-Transsexuellen bestehen.¹⁰³²

aa. Art. 3 GG

Art. 3 GG ist das am häufigsten angerufene Grundrecht, gleichzeitig sind diesbezügliche Verfassungsbeschwerden selten erfolgreich.¹⁰³³ Die Gleichheit gilt als eine der wichtigsten Grundlagen einer freiheitlichen demokratischen Verfassung¹⁰³⁴ und ist neben dem Rechtsstaatsprinzip zentraler Ausdruck des Gerechtigkeitsgedankens im Grundgesetz und fundamentales Rechtsprinzip zugleich.¹⁰³⁵ Der Vorschlag, den allgemeinen Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz nach dem Vorbild des Art. 109 WRV auf alle Deutschen zu begrenzen, wurde mit der Begründung abgelehnt, dass auch unter der Weimarer Reichsverfassung der Gleichheitssatz trotz des Wortlauts von Art. 109 WRV auf Ausländer angewendet wurde.¹⁰³⁶ Hinsichtlich der Funktion des Art. 3 GG ist umstritten, ob es sich um ein subjektiv-öffentliches Recht handelt oder eine Verlagerung ins objektive Recht ohne subjektiven Anspruch. Dem zu Grunde liegt eine Befürchtung von Verharmlosung und Überbeanspruchung des Gleichheitssatzes. Wenn auch nicht völlig unumstritten, geht die herrschende Meinung von einem eigenständigen subjektiven Abwehrrecht aus.¹⁰³⁷

¹⁰³⁰ Vgl. umfassend dazu die Dissertation *Schammler*, Transsexualität und Strafvollzug, 2008.

¹⁰³¹ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 307–309.

¹⁰³² *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 173–176.

¹⁰³³ *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 13.

¹⁰³⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 20.2.1957 – Az. 1 BvR 441/53, BVerfGE 6, 257 (265), NJW 1957, 584 (584).

¹⁰³⁵ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 31.05.1988 – Az. 1 BvL 22/85, BVerfGE 78, 232 (248), NZA 1988, 819 (820); *Schmidt*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar, 15. Aufl. 2015, Art. 3 GG Rn. 1. Vgl. *Braun*, Gerechtigkeit – was ist das?, Jura 2014, S. 865–871.

¹⁰³⁶ *Dömming/Füsslein/Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR NF 1951, 66 (71).

¹⁰³⁷ *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 49.

Es besteht also anders als bei Art. 14 EMRK keine Notwendigkeit zur Akzessorieität zu einem Freiheitsrecht.

(1) Prüfung und Prüfungsmaßstab

Aus dem Grundgedanken (wesentliches Gleiches ist gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln) lässt sich auch eine Struktur für die Prüfung des Gleichheitssatzes ziehen. Zunächst bedarf es einer Gleich- oder Ungleichbehandlung. Zweitens ist zu erörtern, welche Elemente der betroffenen Sachverhaltskonstellationen gleich bzw. ungleich sind, um als Letztes zu prüfen, ob die (Un-)Gleichbehandlung im Hinblick auf diese gleichen bzw. ungleichen Elemente zu rechtfertigen ist. Die Frage nach dem Rechtfertigungsmaßstab steht meist im Mittelpunkt. Das BVerfG unterscheidet hinsichtlich des Prüfungsmaßstabs bei der Rechtfertigung im Rahmen der neuen Formel zwischen fünf (gleitenden) Stufen der Bindung des Gesetzgebers mit ansteigender Prüfungsdichte: Erstens rein verhaltensbezogene Merkmale, zweitens solche, die nicht persönlich beeinflussbar sind, drittens unmittelbar oder mittelbar personenbezogene Merkmale, viertens solche personenbezogenen Merkmale, die sich denen des Art. 3 III GG annähern und fünftens und letztens die Differenzierung anhand von Merkmalen, die das Grundgesetz selbst verbietet.¹⁰³⁸ Die bisherigen BVerfG's Entscheidungen zur Transsexualität ergingen immer hinsichtlich des allgemeinen Gleichheitssatzes in Art. 3 I GG und nicht hinsichtlich der speziellen Gleichheitsrechte aus Abs. 2 oder 3, obwohl der Schluss naheliegt, einen Bezug zum Differenzierungsmerkmal Geschlecht herzustellen. Eine Verletzung von Art. 3 III GG wurde dabei nicht nur nicht angenommen, sondern auch nie geprüft und nur ein Mal wurde sich darauf berufen¹⁰³⁹. Der größte Teil der Diskriminierungsproblematik basiert nicht darauf, dass Transsexuelle als „neu-anerkannte“ Frauen oder Männer anders behandelt werden als „ursprüngliche“ Männer oder Frauen. Es geht folglich nicht um die Stellung als Mann oder Frau, sondern um die Zuordnung zu einem Geschlecht aufgrund von biologischen Merkmalen zum Zeitpunkt der Geburt entgegen der selbst erlebten Geschlechtsidentität. Ein Schutz der Geschlechtsidentität wird angenommen, aber im allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) verortet und nicht im Merk-

¹⁰³⁸ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 3 Rn. 42; im Ergebnis auch *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 240 f.; *Henn*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 31.

¹⁰³⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 27, 38, BVerfGE 116, 243 (249, 252); wobei die vorlegenden Gerichte in ihrer durch das Gericht wiedergegebenen Argumentation zwar Art. 3 III 1 erwähnten, aber sich primär auf Art. 3 I GG bezogen.

mal Geschlecht¹⁰⁴⁰ in Art. 3 III GG.¹⁰⁴¹ Damit liegt der Schwerpunkt der Rechtsprechung zwar auf einer freiheitsrechtlichen Erfassung der Probleme im Zusammenhang mit der Frage der Geschlechtsidentität, dennoch mangelt es keinesfalls an einem gleichheitsrechtlichen Bezug.¹⁰⁴² In fünf von neun Verfahren wurde sich auf den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 I GG) berufen¹⁰⁴³, in drei davon eine Verletzung bestätigt¹⁰⁴⁴ und ein Mal wurde die Frage offen gelassen¹⁰⁴⁵.¹⁰⁴⁶ Ansatzpunkt für die fragliche Diskriminierung war in den Entscheidungen aber nicht die Geschlechtsidentität. Die Ungleichbehandlung bestand nicht zwischen Transsexuellen und Nicht-Transsexuellen, sondern innerhalb der Obergruppe Transsexuelle: Zwischen solchen Transsexuellen, die das deutsche Nationalstatut inne hatten und solchen, denen dieses fehlte sowie zwischen Transsexuellen unter 25 und über 25 Jahren. Die für die Diskriminierung ausschlaggebenden ungleichen Elemente waren also die Staatsangehörigkeit bzw. das Alter.

(2) Quasi-Diskriminierungsverbot

Bezüge bestehen auch zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur sexuellen Orientierung und Homosexualität.¹⁰⁴⁷ Zwar handelt es sich ausgehend vom Sachverhalt grundsätzlich um unterschiedliche Situationen, dennoch kann nicht ignoriert werden, dass die sogenannten LGBTI-Rechte¹⁰⁴⁸ häufig in einem Atemzug genannt werden und auch die Betroffenen vermehrt zusammenarbeiten, um ihre Interessen öffentlich zu machen und durchzusetzen.

¹⁰⁴⁰ Vgl. zum Merkmal Geschlecht *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011 und zur menschenrechtliche Inklusion differenter sexueller und geschlechtlicher Identitäten und Lebensweisen durch Erarbeitung alternativer, differenzierter Verständnisse der menschenrechtlichen Konzepte von Gleichheit und Diskriminierung, vgl. *Elsuni*, *Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte*, 2011, deren Untersuchung sich allerdings auf die allgemeinen Antidiskriminierungsregelungen des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte, des Internationalen Pakts über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte sowie des Übereinkommens zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau bezieht und damit die europäische Rechtslage und Rechtsprechung außer Acht lässt.

¹⁰⁴¹ Der EuGH urteilte unter anderem, dass es gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern verstößt, wenn einem transsexuellen Menschen wegen einer beabsichtigten oder durchgeführten Geschlechtsumwandlung gekündigt wird. Vgl. zur Rechtsprechung des EuGH D I 1 c.

¹⁰⁴² Vgl. *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 59.

¹⁰⁴³ *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.1982, *BVerfGE* 60, 123; *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, *BVerfGE* 88, 87; *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, *BVerfGE* 115, 1; *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, *BVerfGE* 116, 243; *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, *BVerfGE* 121, 175.

¹⁰⁴⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.1982, *BVerfGE* 60, 123; *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, *BVerfGE* 88, 87; *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, *BVerfGE* 116, 243.

¹⁰⁴⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, *BVerfGE* 121, 175.

¹⁰⁴⁶ Vgl. umfassend zur Inklusion von sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität unter Geschlecht: *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011.

¹⁰⁴⁷ Vgl. zur Begrifflichkeit B I 2 d.

¹⁰⁴⁸ *Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersexual*.

(a) Folgen eines Quasi-Diskriminierungsverbots

Die Rechtsprechung des BVerfG kommt durch den angesetzten Prüfungsmaßstab zu einem Quasi-Diskriminierungsverbot für Differenzierungen nach der *sexuellen Orientierung*, welche einer sehr strengen Rechtfertigungsprüfung unterworfen werden.¹⁰⁴⁹ Bei einem Quasi-Diskriminierungsverbot geht es darum, durch extensive Auslegung neue Diskriminierungsverbote zu schaffen, die so in Art. 3 III GG nicht vorgesehen sind. Formal werden sie dem allgemeinen Gleichheitssatz zugeordnet, in der Prüfung aber wie echte Diskriminierungsverbote behandelt. Es handelt sich damit um die vierte Stufe. Aufgrund der Ähnlichkeit gegenüber den persönlichen Merkmalen des Art. 3 III GG sollen besonders strenge Rechtfertigungsanforderungen gelten. So kann es etwa geboten sein, auf solche dogmatischen Elemente zurückzugreifen, die dem speziellen Gleichheitssatz vorbehalten sind (wie die Unterscheidung mittelbare/unmittelbare Diskriminierung), für die im Allgemeinen strukturell kein Platz ist.¹⁰⁵⁰ Für eine Differenzierung nach der sexuellen Orientierung soll die Anknüpfung an ein neutrales Merkmal genügen, wenn dieses typischerweise und nach der gesetzgeberischen Intention zu einer Unterscheidung nach der sexuellen Orientierung führt, wie etwa bei einer Differenzierung nach Ehe und Lebenspartnerschaft.¹⁰⁵¹

(b) Diskussion um eine Erweiterung des Art. 3 III GG

Eine derartige mittelbare Diskriminierung ist für Transsexuelle ebenfalls denkbar. Ein Kritikpunkt an diesem Vorgehen ist jedoch, dass durch Richterrecht Ergebnisse erzielt werden können, die vom Verfassungsgeber (bewusst) nicht vorgesehen waren und die zum jetzigen Zeitpunkt mangels Mehrheit im Parlament auch nicht durch eine Änderung der Verfassung erreicht werden könnten.¹⁰⁵² So wurde 1994 und 2011 in der Diskussion über die Verfassungsreform eine Ergänzung des Art. 3 III GG um das Kriterium der sexuellen Identität abgelehnt.¹⁰⁵³ Auch das Bundes-

¹⁰⁴⁹ BVerfG, Beschl. v. 07.07.2009 – Az. 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199 (219 f.), NJW 2010, 1439 (1440); BVerfG, Beschl. v. 21.07.2010 – Az. 1 BvR 611/07 u.a., BVerfGE 126, 400 (416), NJW 2010, 2783 (2785).

¹⁰⁵⁰ Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 3 Rn. 129.

¹⁰⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 07.07.2009 – Az. 1 BvR 1164/07, BVerfGE 124, 199 (221 f.), NJW 2010, 1439 (1440 f.).

¹⁰⁵² Vgl. abweichende Meinung des Richters Landau und der Richterin Kessel-Wulf zu BVerfG, Beschl. v. 07.05.2013 – Az. 2 BvR 909/06, Rn. 137, NJW 2013, 2257 (2266); Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 3 Rn. 129; Hillgruber, Anmerkung zu BVerfG Beschl. v. 07.07.2009 – Az. 1 BvR 1164/07, JZ 2010, 41 (43). Kritisch auch Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 6 Rn. 37.

¹⁰⁵³ Vgl. Abschlussbericht der GVK, BT-Drs. 12/6000, S. 54 und Entwurf der SPD-Fraktion, BT-Drs. 12/6323, S. 11 und ebenfalls zur Aufnahme der sexuellen Identität BT-Drs. 17/88 vom 27.11.2009 (Fraktion Bündnis 90/Die Grünen), BT-Drs. 17/254 vom 15.12.2009 (Fraktion der SPD) und BT-Drs. 17/472 vom 20.01.2010 (Fraktion Die Linke).

verfassungsgericht sieht einen *entgegenstehenden Willen des Verfassungsgebers* als mögliche Grenze an, meint jedoch, diesen für das Kriterium der sexuellen Orientierung nicht mehr feststellen zu können.¹⁰⁵⁴ Es sei zwar korrekt, dass die Bundestagsmehrheit die Einfügung eines entsprechenden Diskriminierungsverbots in das Grundgesetz abgelehnt hat, allerdings mit dem Argument, eine Erweiterung wäre im Hinblick auf die mittlerweile bestehende Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur überflüssige Symbolpolitik.¹⁰⁵⁵ Aufgrund der bereits existierenden und von der CDU/CSU Fraktion registrierten Rechtsprechungspraxis des Bundesverfassungsgerichts sah man keine Verbesserung der rechtlichen Situation durch eine Aufnahme des Merkmals „sexuelle Identität“ in Art. 3 III GG. Ohne eine tatsächliche Verbesserung sei eine Änderung des Grundgesetzes nicht notwendig. Hieraus schließt das BVerfG konsequent, dass der Verfassungsgeber mit der Rechtsprechung und dem angehobenen Schutzniveau einverstanden sei.¹⁰⁵⁶ Dieser Schluss wird deswegen kritisiert, weil von einer *ex-ante* auf eine *ex-post* Perspektive gewechselt würde, entscheidend sei aber nur ein entsprechender Wille zum Zeitpunkt der Rechtsprechungsänderung.¹⁰⁵⁷ Zwar würde zumindest aus praktischer Sicht ein später gebildeter Wille Kritik gegenstandslos werden lassen, aber von einem solchen könne in diesem Sachverhalt nicht ausgegangen werden. Ein nachträglicher Hinweis von mehr als 2/3 der Abgeordneten des Bundestags, dass die Sache ohnehin schon geklärt sei, sei nicht aussagekräftig und könne der politischen Kompromissfindung und dem Wunsch geschuldet sein, keine Wähler verbal zu verprellen.¹⁰⁵⁸

(c) Bewertung

Diese Argumentation lässt jedoch Mehreres außer Acht. Zum einen waren die restlichen 1/3 der Abgeordneten des Bundestags ausdrücklich für eine Verfassungsänderung. Zum anderen stellt sich die Frage, was aus der Tatsache zu schließen ist, dass Abgeordnete negativ gegen eine Verfassungsänderung stimmen, weil das damit erstrebte Ziel bereits von der Rechtsprechung erfüllt worden sei. Wenn nicht, dass sie – wenn es nicht erfüllt wäre – dafür stimmen würden. Insbesondere, wenn sie mehrfach betonen, „dass das Ziel, Menschen vor Diskriminierungen aufgrund ihrer sexuellen Identität zu schützen, geteilt und unterstützt werde“¹⁰⁵⁹ und der

¹⁰⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 19.06.2012 – Az. 2 BvR 1397/09, BVerfGE 131, 239 (257), NVwZ 2012, 1304 (1306 f.).

¹⁰⁵⁵ Fraktion CDU/CSU: „Das Grundgesetz und das einfache Recht wie auch die Europäische Menschenrechtskonvention und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union verböten Diskriminierungen aufgrund der sexuellen Identität bereits. Das Bundesverfassungsgericht habe diesen Schutz in den letzten Jahren auch konsequent ausgebaut. In seiner verfassungsgerichtlichen Ausgestaltung decke sich der Schutzbereich des Artikels 3 Absatz 1 GG mittlerweile mit dem des Absatzes 3. Die angestrebte Verfassungsänderung sei daher nur Symbolpolitik.“ BT-Drs.17/4775, S. 5.

¹⁰⁵⁶ Wiederholt in BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 62.

¹⁰⁵⁷ Kischel, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 3 Rn. 130.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

¹⁰⁵⁹ BT-Drs.17/4775, v. 14.02.2011, S. 5.

angestrebte Diskriminierungsschutz der sexuellen Identität rechtlich bereits verwirklicht worden sei.

Unter Berücksichtigung der plausibel geäußerten Kritik hinsichtlich der Umgehung des Willens des Verfassungsgebers gilt es zu überlegen, ob für die Geschlechtsidentität ein Quasi-Diskriminierungsverbot denkbar ist. Insoweit ist eine Differenzierung der verschiedenen Begrifflichkeiten zu beachten. Sowohl der ursprüngliche Antrag als auch die CDU/CSU-Fraktion sprachen vom Schutz der sexuellen Identität. Überwiegend wird das geforderte Merkmal sexuelle Identität als Oberbegriff für Geschlechtsidentität (Synonym: geschlechtliche Identität) und sexueller Orientierung verwendet und umfasst damit 1. den Körper in seiner Geschlechtlichkeit, 2. das psychische Geschlecht im Sinne der Selbstwahrnehmung in der eigenen Geschlechtlichkeit und 3. die sexuelle Orientierung.¹⁰⁶⁰ Damit wurde von der Opposition bereits der Schutz von Transsexuellen vor Diskriminierung gefordert.¹⁰⁶¹ Dennoch äußerte sich die CDU/CSU-Fraktion wie folgt: „Im Übrigen leite sich die Identität stets vom Geschlecht eines Menschen ab. Richtigerweise könne man daher in der Gesetzesformulierung nicht von sexueller Identität sprechen, sondern lediglich von sexueller Orientierung. Bloße Orientierungen hätten aber keinen Verfassungsrang.“¹⁰⁶² Aus dieser Äußerung ergibt sich nicht, ob das hier gemeinte Geschlecht, das bei der Geburt basierend auf biologischen Kriterien zugeschriebene Geschlecht darstellt oder das soziale Geschlecht oder ob die Geschlechtsidentität gemeint ist, welche gerade vom Geburtsgeschlecht abweichen kann. Zum anderen werden die Begriffe „Geschlecht“ und „sexuelle Orientierung“ falsch miteinander verknüpft. Die sexuelle Orientierung stellt einen Teil der sexuellen Identität dar und leitet sich keineswegs einfach vom Geschlecht ab. Dies wird insbesondere dadurch deutlich, dass Transgender in ihrem gelebten und gefühlten Geschlecht sowohl hetero- also auch homosexuell sein können. Zwar sind in der Rechtswissenschaft Begriffe und ihre Auslegung von größter Wichtigkeit, sich jedoch wie die CDU/CSU-Fraktion an Begriffen auszurichten, deren einzelne Bedeutung nicht bekannt ist bzw. die zumindest nicht differenziert dargestellt wird, spricht für eine mangelhafte Auseinandersetzung mit der Problematik. Diese „Ungeretheit“ führt letztlich dazu, dass zum momentanen Zeitpunkt nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Verfassungsgeber den Willen hat, die sexuelle Identität in ihrer umfassenden, in dieser Arbeit zugrundegelegten Bedeutung, als Quasi-Diskriminierungsverbot dem Schutzniveau von Art. 3 III GG anzupassen.

¹⁰⁶⁰ Vgl. dazu schon B I 2 a.

¹⁰⁶¹ Vgl. „Vor dem Hintergrund, dass Lesben, Schwule, Bisexuelle, Transgender, transsexuelle und intersexuelle Menschen in der Gesellschaft auch heute noch Anfeindungen, gewaltsamen Übergriffen und Benachteiligungen ausgesetzt seien [...]“, BT-Drs.17/4775, v. 14.02.2011, S. 1.

¹⁰⁶² BT-Drs.17/4775, v. 14.02.2011, S. 5.

(3) Weitere Kriterien

Neben der Annahme eines Quasi-Diskriminierungsverbots, sind weitere Faktoren denkbar, die den Prüfungsmaßstab in Entscheidungen mit Bezug auf die Diskriminierung von Transsexuellen beeinflussen können. Obwohl anders als bei Art. 14 EMRK keine Notwendigkeit zur Akzessorietät zu einem Freiheitsrecht besteht, ist es auch für Art. 3 GG relevant, ob die Ungleichbehandlung im Zusammenhang mit der Ausübung eines Freiheitsrechts steht. Dem Gesetzgeber sind umso engere Grenzen gesetzt „je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlicher Freiheiten auswirken kann.“¹⁰⁶³ Bei Transsexuellen ist keine Sachverhaltskonstellation denkbar, in der nicht die von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützte Geschlechtsidentität betroffen ist. Dass diese „zum intimsten Bereich der Persönlichkeit [gehört], der prinzipiell staatlichem Zugriff entzogen ist und in den jedenfalls nur bei Vorliegen besonderer öffentlicher Belange eingegriffen werden darf“¹⁰⁶⁴ wurde vom BVerfG mehrfach betont.

Häufig sind Freiheits- und Gleichheitsrechte einschlägig oder gar untrennbar miteinander verschränkt.¹⁰⁶⁵ Eine ungleiche Freiheit ist genauso wenig gewünscht wie eine Gleichheit im Unrecht. *Adamietz* geht davon aus, dass die Freiheitsrechte auf einen „Normalbürger, der weil er vollerwerbstätig, gesund, besitzend, hellhäutig und ohne Migrationshintergrund, heterosexuell und männlich gedacht ist, [überhaupt] nur in Ausnahmefällen eine Ungleichbehandlung zu beklagen hat“¹⁰⁶⁶ ausgerichtet sind. Diejenigen, denen nicht solche Privilegien „in die Wiege gelegt wurden“ sollen ebenso durch das Grundgesetz geschützt werden. Dabei hat die Gleichheit der Freiheit eine dienende Funktion und gilt „als Basis und als Bedingung der freien Entfaltung menschlicher Anders- und Einzigartigkeit.“¹⁰⁶⁷ Transsexuelle entsprechen in vielfältiger Weise nicht dem „Normalbürger“ oder besser „Mehrheitsbürger“. Ihre Geschlechtsidentität entspricht nicht ihrem körperlichen Geschlecht. Aufgrund der Pathologisierung werden sie als krank betrachtet und möglicherweise werden sie wegen der mangelnden Akzeptanz auch krank und ihre Erwerbstätigkeit kann eingeschränkt sein (aufgrund mangelnder Akzeptanz oder in dem Zeitraum,

¹⁰⁶³ St. Rspr. seit BVerfG, Beschl. v. 16.11.1982 – Az. 1 BvL 16/75, BVerfGE 62, 256 (274); BVerfG, Beschl. v. 30.05.1990 – Az. 1 BvL 2/83 u. a., BVerfGE 82, 126 (146), NJW 1990, 2246 (2246 f.); BVerfG, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (96). Für weitere Nachweise aus der darauf folgenden Rechtsprechung, vgl. *Sachs*, in: Stern, Das Staatsrecht der BRD Bd. IV/2, 2011, S. 1535 ff.

¹⁰⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

¹⁰⁶⁵ Vgl. *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 113 und zur Verbindung und Konkurrenz von Freiheit und Gleichheit, vgl. *Damm*, Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit, 2006, S. 417 ff.

¹⁰⁶⁶ *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 114.

¹⁰⁶⁷ *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 72. EGL 2014, Art. 3 GG Rn. 135.

in dem Operationen vorgenommen werden)¹⁰⁶⁸. Um diesen Umständen gerecht zu werden, bedarf es einer besonderen Berücksichtigung ihrer Situation.

Fraglich ist, ob eine nur unspezifische „Berührung“ von Freiheitsgrundrechten dafür ausreicht, den Prüfungsmaßstab anzupassen oder ein Eingriff in den Schutzbereich erforderlich ist¹⁰⁶⁹ oder gar erheblich in den Schutzbereich eines speziellen Freiheitsrechts eingegriffen worden sein muss¹⁰⁷⁰. Nach *Boysen* handelt es sich bei der Intensivierung des Prüfungsmaßstabs beim gleichzeitigen Vorliegen eines Eingriffs in ein Freiheitsrecht ohnehin um einen Zirkelschluss, da ein solcher Eingriff einer eigenen Rechtfertigungsprüfung unterliege und die dortige Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Prüfung des Gleichheitssatzes nur wiederholt werden könne.¹⁰⁷¹ Eine selbstständige Bedeutung stehe anderen Grundrechten daher nur zu, wenn ihr Schutzbereich zwar thematisch einschlägig, aber nicht konkret beeinträchtigt sei. Somit handele es sich nur um ein Hilfskriterium, um den personalen Bezug der Differenzierung festzustellen.¹⁰⁷² Anders sieht dies *Kischel*, der argumentiert, dass sich aus einer Gleichheitswidrigkeit nicht notwendig ergebe, dass der Eingriff in das Freiheitsrecht ungerechtfertigt sei. Ähnlich ergebe sich aus einem gerechtfertigten Eingriff in ein Freiheitsrecht auch nicht, dass dem Gleichheitssatz genüge getan wurde.¹⁰⁷³ So gäbe es Differenzierungen, die als solche nicht zu rechtfertigen seien, während ein Freiheitsrecht regelmäßig mehrere Regelungsmöglichkeiten zulasse.¹⁰⁷⁴

Da auch *Boysen* die Betroffenheit von Freiheitsrechten berücksichtigen möchte, kann eine Streitentscheidung dahinstehen und eine Kombination der beiden Ansichten angenommen werden. Für den Fall, dass ein Eingriff in das Freiheitsgrundrecht vorliegt, hat dieser Einfluss auf den Prüfungsmaßstab der gleichheitsrechtlichen Prüfung. Eine mögliche (teilweise) Redundanz gegenüber der freiheitsrechtlichen Prüfung ist dann hinzunehmen. Falls kein Eingriff in das Freiheitsrecht vorliegt, dieses aber betroffen ist, hat dies Einfluss auf den Prüfungsmaßstab. Üblicherweise gilt es Freiheits- vor Gleichheitsgrundrechten zu prüfen, wenn der Schwerpunkt der verfassungsrechtlichen Problematik nicht allein gleichheitsrechtlich

¹⁰⁶⁸ Verschiedene Studien ergaben, dass Transsexuelle deutlich häufiger keiner Vollzeitbeschäftigung nachgehen als die nicht-transgender Vergleichsbevölkerung, vgl. *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Issue Paper: Human Rights and Gender Identity, 29.07.2009, Abschnitt 3.4.

¹⁰⁶⁹ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 3 Rn. 48.

¹⁰⁷⁰ *Schmidt*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar, 15. Aufl. 2015, Art. 3 GG Rn. 40.

¹⁰⁷¹ *Boysen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 GG Rn. 108. So wohl auch *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 300.

¹⁰⁷² *Boysen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 GG Rn. 108.

¹⁰⁷³ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 3 Rn. 50.

¹⁰⁷⁴ *Ibid.*

ist.¹⁰⁷⁵ Dabei mag sich aus praktischer Sicht eine Prüfung eines parallel gegebenen Gleichheitsverstoßes erübrigen, wenn umfassend ein Verstoß gegen ein Freiheitsgrundrecht festgestellt wurde. Allerdings kann es auch sein, dass ein Grundrecht im Rahmen des anderen mit zu berücksichtigen ist, wie in der im Folgenden zu betrachtenden Entscheidung des BVerfG bzgl. der Anwendung des Transsexuellengesetzes auf Ausländer ohne deutsches Nationalstatut, geschehen.¹⁰⁷⁶ Denn der Schutz vor Diskriminierung inkludiert auch das Recht anders zu sein und die Freiheit anders zu sein, zu werden und zu bleiben, was wiederum beinhaltet nicht an die Mehrheit angeglichen zu werden.¹⁰⁷⁷ Diesbezüglich finden sich offensichtlich starke Parallelen zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) und eine eindeutige Zuordnung von Beeinträchtigungen zu nur einem Grundrecht gestaltet sich schwierig. Eine gemeinsame Prüfung von Gleichheitsrechten und Freiheitsrechten ermöglicht eine ausreichende und umfassende Berücksichtigung der besonderen Lage, in der sich transsexuelle Menschen befinden.

bb. *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006: Anwendung des Transsexuellengesetzes auf Ausländer ohne deutsches Personalstatut

Die insgesamt sechste Entscheidung des BVerfG zur Transsexualität¹⁰⁷⁸ beschäftigt sich mit der Verfassungskonformität von § 1 I Nr. 1 TSG a.F. (i.V.m. § 8 I Nr. 1 TSG), welche Ausländer von der „kleinen“ und „großen Lösung“ ausnimmt.¹⁰⁷⁹ Art. 10 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche¹⁰⁸⁰ bestimmt, dass der Name einer Person dem Recht des Staates unterliegt, dem die Person angehört. Nach überwiegender Meinung galt für die Frage der Geschlechtszugehörigkeit nach

¹⁰⁷⁵ Vgl. *Heun*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 140; *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 3 Rn. 5; *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Rn. 275.

¹⁰⁷⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, BVerfGE 116, 243. Vgl. zu diesem Vorgehen auch *BVerfG*, Beschl. v. 04.10.1983 – Az. 1 BvL 2/81, BVerfGE 65, 104 (113), NJW 1984, 603 (603).

¹⁰⁷⁷ *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 71. EGL 2014, Art. 3 III GG Rn. 141; *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 98.

¹⁰⁷⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, BVerfGE 116, 243; *Panlowski*, Anmerkung zu BVerfGE 116, 243, JZ 2007, S. 413–415; *Sachs*, Ungleichbehandlung ausländischer Transsexueller, JuS 2007, 672–675.

¹⁰⁷⁹ Mit dem Begriff „Personalstatut“ wird diejenige Rechtsordnung bezeichnet, welche für alle persönlichen Rechtsverhältnisse einer Person maßgebend ist; vgl. *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, S. 261. Antragsberechtigt waren Deutsche oder heimatlose Ausländer, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder als asylberechtigte oder ausländische Flüchtlinge ihren Wohnsitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes haben (Personen mit deutschem Personalstatut). Im Asyl- und Flüchtlingsrecht sowie in Art. 5 II EGBGB befanden sich entsprechende Regelungen, *Veebi*, Transsexualismus im deutschen und italienischen Recht, 1991, S. 69.

¹⁰⁸⁰ Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (EGBGB), in der Fassung der Bekanntmachung v. 21.09.1994 (BGBl. I S. 2494, ber. BGBl. 1997 I S. 1061) FNA 400-1, zuletzt geändert durch Art. 3 G zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr und zur Änd. des EEG v. 22.07.2014 (BGBl. I S. 1218).

Art. 7 EGBGB analog ebenfalls das Heimatrecht.¹⁰⁸¹ Durch die Wahl eines Ausschlusses der Antragsbefugnis war kein Raum für eine Anwendung des Art. 6 EGBGB und die Prüfung des Rechts des Heimatstaates und ggf. Anwendung der deutschen *ordre public*, wie es bei einer Kollisionsnorm der Fall gewesen wäre. Folglich wurden ausländische Transsexuelle ohne deutsches Personalstatut auf das Recht ihres Heimatstaates verwiesen und hatten, wenn dieses eine Änderung des Vornamens oder der Geschlechtszugehörigkeit nicht vorsah, keinerlei Möglichkeit jenes zu erreichen. Begründet wurde diese Beschränkung durch die Bundesregierung damit, dass davon ausgegangen worden sei, dass die Entscheidung über die Änderung der Vornamen und der Geschlechtszugehörigkeit eines ausländischen Transsexuellen dem Heimatstaat des Betroffenen vorbehalten bleiben sollte.¹⁰⁸² Die fachgutachterliche Stellungnahme des Max-Planck-Instituts (MPI) für ausländisches und internationales Privatrecht zur Lage in anderen europäischen Ländern¹⁰⁸³ führte aus, dass zu diesem Zeitpunkt anders als Schweden (das diese Möglichkeit ebenfalls nur eigenen Staatsangehörigen einräumte, um einen „Transsexuellentourismus“ zu vermeiden), Finnland, die Niederlande, Dänemark und Großbritannien eine solche Anerkennung auch Ausländern ermöglichten, die im Lande wohnhaft waren oder sich seit einer bestimmten Zeit dort erlaubt aufhielten.¹⁰⁸⁴ In Frankreich, Italien, Österreich und der Schweiz war dieses nicht (ausdrücklich) gesetzlich festgeschrieben aber gerichtlich entschieden worden.¹⁰⁸⁵

(1) Grundrechte und Prüfungsmaßstab

Das Gericht prüft § 1 I Nr. 1 TSG im Folgenden hinsichtlich des Gleichbehandlungsgebots des Art. 3 I GG¹⁰⁸⁶ i.V.m. dem Grundrecht auf Schutz der Persönlichkeit aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Bei der Prüfung wird der von beiden vorliegenden Gerichten als verletzt angesehene, allerdings im dortigen Entscheidungszusammenhang nicht selbstständig neben Art. 3 I GG untersuchte, Art. 3 III GG vernachlässigt. Fraglich war nicht, ob eine Ungleichbehandlung besteht zwischen transsexuellen Deutschen bzw. Personen mit deutschem Personalstatut und Ausländern,

¹⁰⁸¹ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 61, *BVerfGE* 116, 243 (261). Andere kamen zum gleichen Ergebnis, aber über Art. 5 EGBGB.

¹⁰⁸² Vgl. BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 13; *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 18, *BVerfGE* 116, 243 (246).

¹⁰⁸³ Zur Lage, vgl. im Anschluss an die Entscheidung erschienen *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004 und *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 327 f.

¹⁰⁸⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 19 f., *BVerfGE* 116, 243 (246 f.).

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*

¹⁰⁸⁶ Der Vorschlag den allgemeinen Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz nach dem Vorbild des Art. 109 WRV auf alle Deutschen zu begrenzen wurde abgelehnt, mit der Begründung, dass auch unter der Weimarer Reichsverfassung der Gleichheitssatz trotz des Wortlauts von Art. 109 WRV auf Ausländer angewendet wurde; vgl. *Dömming/Füsslein/Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, *JöR NF* 1951, 66 (71).

deren Heimatrecht keine vergleichbaren Regelungen kennt¹⁰⁸⁷, sondern, ob diese Ungleichbehandlung gerechtfertigt werden kann, wenn die vom Ausschluss betroffenen Personen sich rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhalten. Von Art. 3 III GG wird die Staatsangehörigkeit allerdings nicht erfasst.¹⁰⁸⁸ Im Grundgesetz sind im Rahmen der sog. Deutschengrundrechte Unterscheidungen nach der Staatsangehörigkeit angelegt. Da sie aber nicht von Art. 3 III GG erfasst werden, sind sie nach allgemeinen Regeln zu beurteilen. Damit ist die Staatsangehörigkeit kein von vornherein unzulässiges Diskriminierungsmerkmal, es bedarf aber eines sachlichen Grundes zur Rechtfertigung. „Die Entscheidung des Verfassungsgebers, den allgemeinen Gleichheitssatz als Menschenrecht auszugestalten, das nicht auf Deutsche beschränkt ist, liefe ansonsten ins Leere und verlöre damit ihren Sinn.“¹⁰⁸⁹ Der gleitende Rechtfertigungsmaßstab¹⁰⁹⁰ ist verschärft, da es sich um ein persönlich kaum verfügbares und schwer beeinflussbares Merkmal handelt, welches nach Ansicht des BVerfG grundsätzlich den Merkmalen aus Art. 3 III GG nahe kommt.¹⁰⁹¹

(2) Vorlegendes Gericht und weitere Stellungnahmen

Das vorlegende Gericht im Vorlageverfahren 1 BvL 1/04 argumentierte, die Rechte aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG könnten nur in dem gesellschaftlichen Umfeld verwirklicht werden, in dem die betroffene Person lebe.¹⁰⁹² Dies sei bei Ausländern, die sich zulässigerweise im Inland aufhielten, die Bundesrepublik Deutschland. In einem solchen Fall sei es von Verfassungs wegen geboten, dass die Rücksichtnahme auf das Heimatrecht des Ausländers, seinem grundgesetzlich geschützten Anspruch auf Anerkennung der gewandelten Geschlechtszugehörigkeit weiche. Insofern seien die Vorschriften des Internationalen Privatrechts im Einzelfall an den Grundrechten zu messen. Für eine Öffnung dieser personenstandsrechtlichen Vorschrift für ausländische Transsexuelle spreche auch, dass der Gesetzgeber auf dem verwandten personenstandsrechtlichen Gebiet des Rechts auf Eingehung einer gleichgeschlechtlichen eingetragenen Partnerschaft keine Beschränkung auf Personen mit deutschem Personalstatut vorgesehen hat.¹⁰⁹³ Das Bundesministerium des Innern wiederum ging zwar von einem Eingriff aus, aber sah diesen gerechtfertigt, weil ein öffentliches Interesse am gesetzgeberischen Ziel bestehe, die fremde Rechts-

¹⁰⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 59, BVerfGE 116, 243 (260).

¹⁰⁸⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.02.1994 – Az. 1 BvR 1687/92, BVerfGE 90, 27 (37), NJW 1994, 1147 (1148).

¹⁰⁸⁹ BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – Az. 1 BvL 14/07, Rn. 41, BVerfGE 130, 240, NJW 2012, 1711 (1712).

¹⁰⁹⁰ Vgl. dazu D II 1 a aa.

¹⁰⁹¹ BVerfG, Beschl. v. 07.02.2012 – Az. 1 BvL 14/07, Rn. 42, 45 f., BVerfGE 130, 240 (253 f.), NJW 2012, 1711 (1712).

¹⁰⁹² Wiedergegeben in BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 31, BVerfGE 116, 243 (250).

¹⁰⁹³ Wiedergegeben in BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 32, BVerfGE 116, 243 (251). Vgl. Art. 17 I 1 EGBGB.

ordnung zu respektieren; ähnlich auch der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs.¹⁰⁹⁴ Das MPI für ausländisches und internationales Privatrecht wand ein, dass sich das Staatsangehörigkeitsprinzip international im Rückzug befinde und auch im deutschen Recht schon mehrfach durchbrochen worden sei. Außerdem stelle eine Kollisionsnorm ein milderes Mittel dar, besser noch wäre es, an den gewöhnlichen Aufenthaltsort anzuknüpfen¹⁰⁹⁵; ähnlich auch der Deutsche Familiengerichtstag und der Lesben- und Schwulenverband.¹⁰⁹⁶

(3) Verhältnismäßigkeitsprüfung

In seiner Grundrechtsprüfung¹⁰⁹⁷ führt das BVerfG aus, dass der Respekt vor den Rechtsordnungen anderer Länder einen legitimen Zweck darstelle.¹⁰⁹⁸ Dies diene der Vermeidung von Rechtsunsicherheit, die entstehe, wenn Heimatstaat und Aufenthaltsstaat den Vornamen und die Geschlechtszugehörigkeit rechtlich unterschiedlich anerkennen. Auch sei § 1 I Nr. 1 TSG geeignet und erforderlich, indem es ohne direkt zu regeln, welches Recht anwendbar sei, praktisch dazu führe, dass nur das Recht des Staates gelte, dem der oder die Transsexuelle angehöre.¹⁰⁹⁹ Es folgen Ausführungen zum, für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ausschlaggebenden, Schutz des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Das BVerfG betont die Wirkung des Vornamens als Mittel zur Identitätsfindung und -entwicklung und als Ausdruck der erfahrenen und gewonnenen geschlechtlichen Identität.¹¹⁰⁰ Für die von der „kleinen“ und „großen Lösung“ Ausgeschlossenen gilt, dass sie sich weiterhin mit ihrem bisherigen, der eigenen Geschlechtsidentität widersprechenden Vornamen anreden lassen müssen. Wenn sie daraus entstehende Irrtümer vermeiden wollen, sind sie gezwungen, ihre Transsexualität der Öffentlichkeit preiszugeben, was wiederum eine schwere Beeinträchtigung ihrer persönlichen geschlechtlichen Identität und ihrer Intimsphäre bewirkt.¹¹⁰¹

„Der grundrechtliche Schutz des intimen Sexualbereichs umfasst auch die sexuelle Selbstbestimmung des Menschen und damit das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität. Er erfordert, die nachhaltig empfundene geschlechtliche Identität eines Menschen rechtlich anzuerkennen, um ihm zu ermöglichen, entsprechend dem empfundenen Geschlecht leben zu können, ohne in seiner Intimsphäre durch den Widerspruch zwischen

¹⁰⁹⁴ Wiedergegeben in *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 45 ff., BVerfGE 116, 243 (254 ff.).

¹⁰⁹⁵ Wiedergegeben in *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 50 f., BVerfGE 116, 243 (257).

¹⁰⁹⁶ Wiedergegeben in *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 52 f., BVerfGE 116, 243 (258).

¹⁰⁹⁷ Bei *Sachs* klingt Kritik durch, an der nicht durchweg konsequenter Prüfung und Vermischung von Art. 3 I und Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, welche dogmatische Strukturen vermissen lasse; *Sachs*, Ungleichbehandlung ausländischer Transsexueller bei Änderung des Vornamens und Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit, *JuS* 2007, 672–675.

¹⁰⁹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 61, BVerfGE 116, 243 (261).

¹⁰⁹⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 62, BVerfGE 116, 243 (262).

¹¹⁰⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 64, BVerfGE 116, 243 (263).

¹¹⁰¹ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 65, BVerfGE 116, 243 (263 f.).

seinem dem empfundenen Geschlecht angepassten Äußeren und seiner rechtlichen Behandlung bloßgestellt zu werden. Jedenfalls bei Transsexuellen, die sich zur Annäherung an das Erscheinungsbild des empfundenen Geschlechts operativen Eingriffen unterzogen haben, folgt hieraus, dass ihnen diese Geschlechtlichkeit auch personenstandsrechtlich anzuerkennen ist.¹¹⁰²

(4) Rechtfertigung

Für die damit festgestellte erhebliche Grundrechtsverletzung gebe es keine ausreichend gewichtigen Rechtfertigungsgründe. Weder das Völkerrecht noch das Verfassungsrecht verlangten eine strikte Anwendung des Staatsangehörigkeitsprinzips im Internationalen Privatrecht. Vielmehr sei die Anknüpfung an den Wohnsitz oder den gewöhnlichen Aufenthaltsort gestattet.¹¹⁰³ Die Vermeidung „hinkender Rechtsverhältnisse“ reiche dafür nicht aus, da diese bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ohnehin häufig vorkämen, weil das Internationale Privatrecht der Staaten keineswegs gleichen Regeln folge.¹¹⁰⁴ Dem oben genannten Grundrechtsschutz wird im deutschen Internationalen Privatrecht durch Art. 6 EGBGB Rechnung getragen. Als Ausdruck der *ordre public* bestimmt er, dass eine Rechtsnorm eines anderen Staates dann nicht anzuwenden ist, „wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.“¹¹⁰⁵ Aufgrund des Fehlens der Antragsbefugnis gab es für Ausländer aber keine Möglichkeit durch deutsche Gerichte eine materiell-rechtliche Überprüfung ihres Begehrens zu erwirken; Art. 6 EGBGB und der damit zu gewährende Grundrechtsschutz waren somit ausgeschlossen. Diese nicht gerechtfertigte, schwere Grundrechtsverletzung gelte nur für diejenigen, die rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in Deutschland leben.¹¹⁰⁶ Bei denen, die sich erst kurzfristig und nur vorübergehend in Deutschland aufhielten, sei die Beeinträchtigung mit dem legitimen Anliegen des Gesetzgebers zu rechtfertigen, zu verhindern, dass Ausländer nur deshalb nach Deutschland einreisen, um Anträge nach § 1 und § 8 TSG stellen zu können. Hinsichtlich der möglicherweise auftretenden Schwierigkeiten mit dem Heimatstaat überlässt das BVerfG die Entscheidung den Betroffenen selbst. Es läge bei ihnen, ob es für „sie wichtiger ist, zumindest in Deutschland in ihrer empfundenen Geschlechtlichkeit auch rechtlich anerkannt leben zu können, oder ob sie auf diese Anerkennung verzichten, um vor Schwierigkeiten einer unterschiedlichen Behandlung durch ihren Heimatstaat bewahrt zu sein.“¹¹⁰⁷

¹¹⁰² BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 66 f, BVerfGE 116, 243 (264 f.).

¹¹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 71, BVerfGE 116, 243 (265).

¹¹⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 72, BVerfGE 116, 243 (266).

¹¹⁰⁵ Art. 6 S. 1 und 2 EGBGB.

¹¹⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 75 f., BVerfGE 116, 243 (268).

¹¹⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 78, BVerfGE 116, 243 (269).

(5) Lösungsvorschläge des BVerfG und Entscheidung des Gesetzgebers

Die Frage, wie diese verfassungswidrige Situation zu beseitigen sei, überließ das BVerfG dem Gesetzgeber. Damit blieb die Regelung bis zum Ablauf einer Jahresfrist anwendbar (bis zum 30.06.2007). Zur Beseitigung standen zwei vom BVerfG aufgezeigte Möglichkeiten zur Verfügung: Zum einen konnte der Anwendungsbereich des TSG auf Ausländer erweitert werden und zum anderen konnte eine allseitige Kollisionsnorm geschaffen werden, die zumindest eine Abwägung des ausländischen Rechts mit der deutschen *ordre public* ermöglichen würde.¹¹⁰⁸ Im Falle der allseitigen Kollisionsnorm und der *ordre public* spricht viel dafür, dass aufgrund des hohen verfassungsrechtlichen Schutzes der Geschlechtsidentität stets von einer Anerkennung ausgegangen werden könnte. Mit dem Gesetz zur Änderung des TSG entschied sich der Gesetzgeber für eine Sachnorm, welche die Anwendung des TSG davon abhängig macht, ob das Heimatland keine vergleichbare Regelung kennt und ein unbefristetes Aufenthaltsrecht bzw. eine verlängerte Aufenthaltserlaubnis vorliegt.¹¹⁰⁹ Diese Entscheidung wird in der Literatur teilweise kritisiert, da die Prüfung dieser Voraussetzung schwierig sei, das Heranziehen von Sachverständigen zu hohen Kosten und die Prüfung zu erheblicher Zeitverzögerung führen könne.¹¹¹⁰ Für eine unkomplizierte Öffnung des Kreises der Antragsberechtigten spricht auch, dass das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ein sog. Jedermann-Grundrecht und nicht ein Deutschen-Grundrecht ist.¹¹¹¹

cc. *BGH*, Beschl. v. 29.11.2017: Eine verfassungswidrige Regelung ist keine vergleichbare Regelung

Inzwischen ist höchstrichterlich entschieden, dass keine vergleichbare Regelung vorliegt (und damit ein Antrag in Deutschland gestellt werden kann), wenn die ausländische Regelung gegen das Grundgesetz verstößt.¹¹¹² Den zwei in wesentlichen Punkten gleichen Entscheidungen des BGH lag jeweils ein Antrag eines ledigen

¹¹⁰⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 80 ff, BVerfGE 116, 243 (269 f.).

¹¹⁰⁹ *Lipp* sieht hierin eine spezielle Ausprägung des *ordre public*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 11, 7. Aufl. 2018, Art. 10 EGBGB Rn. 61.

¹¹¹⁰ *Grünberger*, Reform des Transsexuellengesetzes, in: Groß et al. (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, 2008, S. 81 (92); *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (368); *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 141; *Breemhaar*, Das belgische Transsexuellengesetz, StAZ 2008, S. 268 (272). Durch eine Studie bestätigt: *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 122.

¹¹¹¹ Das *AG Mannheim* wies einen Antrag auf Vornamensänderung ab, verwies auf die mit dem TSG vergleichbaren Regelungen im schweizerischen und französischen Recht und sah hierin keinen Verstoß gegen Art. 3 GG. „Eine vergleichbare Regelung liegt dann vor, wenn die Namensänderung aus „wichtigem Grund“ oder bei „Vorliegen eines legitimen Interesses“ beantragt werden kann und die Namensänderung nicht von einer vorherigen chirurgischen Geschlechtsumwandlung abhängig ist.“; *AG Mannheim*, Beschl. v. 07.05.2009 – Az. Ja 2 UR III 5064/07, BeckRS 2009, 20026; StAZ 2010, 50; NJOZ 2009, 4507–4509.

¹¹¹² *BGH*, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 346/17, NJW-RR 2018, 131; *BGH*, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 345/17, NZFam 2018, 139.

türkischen Staatsangehörigen zugrunde, der über einen unbefristeten Aufenthaltstitel verfügte. Beide beantragten eine Vornamensänderung gemäß § 1 TSG, einer außerdem die Änderung des Geschlechts nach § 8 TSG. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines männlichen Vornamens aus § 1 I Nr. 1 d TSG lagen nach Ansicht des BGH vor. Neben den allgemeinen Voraussetzungen für eine Vornamensänderung (bzw. Geschlechtsänderung) kam für die Antragsteller mit ausländischer Staatsangehörigkeit hinzu, dass sie ein unbefristetes Aufenthaltsrecht oder eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis besitzen und sich dauerhaft rechtmäßig im Inland aufhalten mussten. Außerdem durfte das Heimatrecht des Antragstellers (vorliegend das türkische Recht) keine dem TSG vergleichbare Regelung kennen.

Das türkische Recht sieht zwar eine Änderung des personenstandsrechtlichen Geschlechts (und damit des Vornamens) vor, setzt jedoch die Durchführung einer die äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden und zu dauerhafter Fortpflanzungsunfähigkeit führenden Operation voraus (Art. 40 ZGB). Eine vergleichbare Voraussetzung im deutschen Recht hatte das BVerfG für verfassungswidrig erklärt.¹¹¹³ Der BGH entschied, dass eine ausländische Regelung, die Voraussetzungen entsprechend der früheren „großen Lösung“ fordert und damit dem deutschen Verfassungsrecht entgegensteht, mit § 8 TSG in der geltenden Fassung nicht vergleichbar sei, so dass es an einer „vergleichbaren Regelung“ im Heimatrecht der Antragsteller fehle. In der Entscheidung vom BVerfG hatte es noch geheißen:

„Jedenfalls bei Transsexuellen, die sich zur Annäherung an das Erscheinungsbild des empfundenen Geschlechts operativen Eingriffen unterzogen haben, folgt hieraus, dass ihnen diese Geschlechtlichkeit auch personenstandsrechtlich anzuerkennen ist.“¹¹¹⁴

Der BGH jedoch hat in § 1 I Nr. 1 d TSG einen Vorbehalt des *ordre public* hineingelesen, der eine eingehende Prüfung des jeweils einschlägigen Heimatrechts an den Maßstäben des Grundgesetzes ermöglicht¹¹¹⁵, die der Intention des BVerfG entsprechen dürfte, als es Abweichungen vom Staatsangehörigkeitsprinzip für notwendig erachtete, wenn das ausländische Recht aus der Sicht des deutschen Verfassungsrechts grundrechtsrelevante Rechte vorenthält¹¹¹⁶.

b. EMRK-Rechte auch für Staatsangehörige von Nicht-EMRK-Staaten?

Nachdem das BVerfG 2006 zu dem Ergebnis kam, dass das Recht auf Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität auch für Ausländer ohne deutsches Personalstatut gelten soll, soll im Folgenden erörtert werden, wie es um die Anwendbarkeit von EMRK-Rechten auf Staatsangehörige von Staaten steht, welche nicht der EMRK beigetreten sind (aa.). Die bisherigen auf Transsexualität bezogenen Urteile des

¹¹¹³ Vgl. dazu später den Abschnitt „Geschlechtsangleichende Operation und Sterilisation“, D II 3.

¹¹¹⁴ BVerfG, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 67, BVerfGE 116, 243 (264).

¹¹¹⁵ Löhnig, Anm. zu BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 345/17, NZFam 2018, S. 139 (139).

¹¹¹⁶ Vgl. BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 346/17, NJW-RR 2018, 131 (Rn. 17).

EGMR ergingen allesamt basierend auf Beschwerden von Staatsangehörigen der Staaten, gegen die die Beschwerde eingereicht wurde. Eine eindeutige Aussage des EGMR liegt damit nicht vor. So wie darauf, wie sich die Situation in Hinblick auf die *ordre public* in anderen Mitgliedsstaaten darstellt (bb.)

aa. Art. 1 EMRK

Ausgangspunkt für eine Analyse des Vertragssystems der Konvention ist Art. 1 EMRK „Verpflichtung zur Achtung der Menschenrechte“: „Die Hohen Vertragsparteien sichern allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen die in Abschnitt I bestimmten Rechte und Freiheiten zu.“ Verpflichtet sind damit die Mitgliedstaaten und korrespondierend berechtigt, die ihrer Sachgewalt, Hoheitsgewalt bzw. *jurisdiction* unterstehenden Personen. Die Grundrechtsverpflichtung erfasst alle drei Hoheitsgewalten: Exekutive, Judikative und Legislative, soweit ihre Akte Auswirkungen auf die Rechte der EMRK haben. Als staatliche Verletzungshandlungen kommen sowohl ein positives Tun als auch eine Duldung oder eine Unterlassung in Betracht.¹¹¹⁷ Insoweit besteht eine umfassende Verpflichtung aller Vertragsstaaten zur Gewährung der EMRK-Rechte.

Anders als in Grundrechtskatalogen einiger nationaler Verfassungen erfolgt hinsichtlich der Berechtigten keine Einschränkung (für einzelne Rechte) anhand von Merkmalen, wie der Staatsangehörigkeit. Eine Einschränkung der Berechtigten auf Personen mit Aufenthalt oder (dauerhaften) Wohnsitz auf dem Staatsgebiet einer der Vertragsstaaten wurde nach Beratungen zur EMRK ebenfalls nicht aufgenommen.¹¹¹⁸ Damit bleibt als allein ausschlaggebendes Kriterium für diese Jedermann-Rechte, ob man der Hoheitsgewalt eines Vertragsstaates unterworfen ist.¹¹¹⁹ Dies entspricht der grundlegenden Idee von Menschenrechtsverträgen, die die Würde des einzelnen Menschen gegenüber dem Staat schützen sollen. Diese jedem einzelnen Menschen zustehende Würde kann gerade nicht abhängig gemacht werden von Merkmalen, wie der Staatsangehörigkeit, dem Alter, dem Geschlecht oder der Rasse.¹¹²⁰

In der Sache *Soering* entschied der Gerichtshof, dass Art. 1 EMRK den Anwendungsbereich der Konvention insbesondere territorial eingrenzt. Somit wird weder das Verhalten von Nichtvertragsstaaten geregelt, noch angestrebt von den Vertragsparteien zu verlangen, die Maßstäbe der Konvention anderen Staaten aufzuer-

¹¹¹⁷ *Röben*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 5 Rn. 84.

¹¹¹⁸ Vgl. *Röben*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 5 Rn. 101 und *Grabbenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 17 Rn. 2 unter Hinweis auf den Expertenbericht an das Ministerkomitee des Europarats, Recueil des Travaux Préparatoires de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, Bd. IV, S. 20 und *EKMR*, Ber. v. 25.09.1965 - 1611/62 Yrbk 8, 158 (168) – X./Germany.

¹¹¹⁹ Die Staatsangehörigkeit spielt ausnahmsweise bei Art. 3 und 4, 4. ZP eine Rolle (Verbot der Ausweisung eigener Staatsangehöriger und Verbot der Kollektivausweisung von Ausländern).

¹¹²⁰ *Röben*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 5 Rn. 22.

legen.¹¹²¹ Allerdings werden durch die Öffnung der (Menschen-)Rechte eines einzelnen Staates auf Nicht-Staatsangehörige nicht einem anderen Staat die Maßstäbe der Konvention auferlegt. Indem ein Vertragsstaat die Geschlechtsidentität von Transsexuellen anerkennt und ihnen den rechtlichen Wechsel des Geschlechts und die Vornamensänderung ermöglicht, ist ein Heimatstaat wie Thailand keineswegs gezwungen, dieses ebenfalls zu tun oder den Rechtsakt Deutschlands anzuerkennen (auch wenn dergleichen natürlich wünschenswert ist).

Die Rechte der EMRK stehen damit den Staatsangehörigen eines hoheitlich tätigen Vertragsstaates, Staatsangehörigen anderer Vertragsstaaten, Staatsangehörigen von Drittstaaten (die nicht der Konvention angehören) und Staatenlosen zu, soweit diese der Hoheitsgewalt unterworfen sind.¹¹²²

bb. Exkurs: Anwendung der *ordre public* in den Mitgliedsstaaten

In Deutschland entschloss sich der Gesetzgeber im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG, den Bereich der Antragsberechtigten der Norm zu erweitern. Es wäre ebenfalls möglich gewesen, den Weg zur Anwendung der *ordre public* zu öffnen. Diese Regelung bietet sich für alle Länder an, deren TSG-Gesetze keine Antragsbefugnis von Ausländern vorsehen¹¹²³ oder die keine eindeutige gesetzliche Regelung haben und bei denen das Transsexuellenrecht auf Richterrecht beruht. Das italienische TSG enthält beispielsweise keine Regelung über die Anwendbarkeit auf Ausländer, sodass die allgemeinen Grundsätze gelten.¹¹²⁴ Diese besagen, dass sich das Personalstatut nach dem Heimatrecht zu richten hat, eröffnen aber auch die Möglichkeit der Anwendung des italienischen *ordre public*.¹¹²⁵ Bereits seit 1982 wurde in der Literatur vertreten¹¹²⁶ und inzwischen auch gerichtlich entschieden, dass das

¹¹²¹ EGMR, Urt. v. 07.07.1989 - 14038/88, Rn. 9 – Soering/Vereinigtes Königreich; vgl. dazu EGMR (GK), Entscheid. v. 12.12.2001 - 52207/99 – Bankovic/Belgien u.a., NJW 2003, 413.

¹¹²² Vgl. Röben, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 5 Rn. 22, hinsichtlich Staatsangehörigen von Drittstaaten und der Entstehungsgeschichte unter Verweis auf EKMR, Urt. v. 11.01.1961 - 788/60 Yrbk 4, 116 (140) – Österreich/Italien (Pfunders); Basedow/Scherpe, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 155 f. Vgl. auch EGMR (GK), Urt. v. 18.02.1991 - 12313/86 – Moustaquim/Belgien; Klage eines marokkanischen Beschwerdeführers, der eine Diskriminierung aufgrund seiner Staatsangehörigkeit im Vergleich zu Staatsangehörigen der EU-Mitgliedsstaaten geltend machte.

¹¹²³ In Finnland haben bspw. auch nicht-finnische Staatsbürger bei finnischem Wohnsitz ein Antragsrecht: Arends, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Finnland, Stand: 201. Lieferung, S. 26 unter Verweis auf § 1 Nr. 4 des Finnischen TSG.

¹¹²⁴ Zum italienischen TSG, vgl. Wagner, Italienisches Transsexuellengesetz, StAZ 2004, S. 294–296.

¹¹²⁵ Art. 16, Legge 31 maggio 1995, m. 218.

¹¹²⁶ Patti/Will, Rivista di diritto civile 1982, II, 747 f.; dies. Nuove leggi civili commentate 1983, 39; zitiert nach Basedow/Scherpe, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 43 Fn. 116.

Gesetz Anwendung auf Ausländer findet, wenn deren Heimatrecht von der Wertung des italienischen Gesetzes abweicht oder gar keine Regelung enthält.¹¹²⁷

In Österreich erging eine Entscheidung hinsichtlich einer thailändischen Transsexuellen.¹¹²⁸ Das österreichische Gericht betonte, dass die EMRK Verfassungsrang habe und die thailändische Transsexuelle für das österreichische Personenstandsrecht als Angehörige des Geschlechts anerkannt werden müsse, dem sie nach ihrem äußeren Erscheinungsbild entspreche. Die Tatsache, dass keine österreichische Staatsbürgerschaft gegeben war, wurde nicht explizit problematisiert. Es wurde hingegen argumentiert, dass jedermann aus Art. 8 EMRK einen Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens habe und dass für „jedermann“ das Recht auf Eheschließung aus Art. 12 EMRK existiere. Beides zusammen führe dazu, dass die Beschwerdeführerin in ihrem gelebten Geschlecht anerkannt werden müsse, da nur so die Möglichkeit bestehe, eine Ehe einzugehen.

In Frankreich gibt es bisher keinerlei gesetzliche Regelung und Verfahren. Die Voraussetzungen des Verfahrens sind durch Richterrecht geprägt, aber die vorliegende Problematik wurde bereits durch den *Cour d'appel* in Paris entschieden. In Frankreich findet die Konvention nach Art. 55 der französischen Verfassung (*Code Civil*) unmittelbare Anwendung und hat Vorrang vor dem innerstaatlichen Recht. Damit greift Art. 1 EMRK. Die EMRK begründet, wie oben beschrieben, für alle Mitgliedstaaten Rechte für alle Personen, die unter deren *jurisdiction* fallen. Ein französisches Gericht führte aus, dass menschenrechtliche Garantien unabhängig von der Nationalität gelten, also auch für Ausländer und den klagenden Argentinier mit festem Wohnsitz in Frankreich.¹¹²⁹ Eine Anwendung des Personalstatus verstoße gegen Art. 8 EMRK (sowie Art. 9 Recht auf Privatleben und Art. 57 Personenstand des *Code Civil*). Die Menschenrechte seien Teil des französischen *ordre public*, sodass in Frankreich lebenden Ausländern die Rechte Frankreichs zugestehen seien.

Häufig wird in den Ländern auf den gewöhnlichen Aufenthaltsort abgestellt, teilweise in Verbindung mit einer Mindestaufenthaltsdauer von einem Jahr.¹¹³⁰

Sofern bei den Vertragsstaaten Bedenken gegen „Transsexuellentourismus“ bestehen, kann diesen durch die Voraussetzung eines zeitlichen Rahmens des Aufent-

¹¹²⁷ *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 43 mit Verweis auf *Tribunale di Milano* Sez. IX, 17 Luglio 2000 – Pres. Fraccon – Est. Cosentini, in: *Famiglia e Dritto* (2000), 608 ff.; *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 327 mit Verweis auf *Tribunale di Milano*, 05.10.2000, in: *Il dritto di famiglia e delle persone*, 2001, S. 1497, 1500.

¹¹²⁸ *Österreichischer VwGH*, Erkenntnis v. 30.09.1997 – Geschäftszahl 95/01/0061, ZfRV 1999, 185. Die Verfahren vorm BVerfG betrafen eine Thailänderin *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 23, BVerfGE 116, 243 (247) und einen Äthiopier *BVerfG*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 35, BVerfGE 116, 243 (251).

¹¹²⁹ Vgl. *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 40; *Cour d'appel Paris*, 14.07.1994, *Revue critique de droit international privé* 84, 1995, 308.

¹¹³⁰ So in Dänemark, Schweden und Finnland; i.V.m. Mindestaufenthaltsdauer in Irland und den Niederlanden, vgl. *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: *Scherpe* (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, 2015, S. 613–663 (631).

halts begegnet werden. Eine solche Mindestaufenthaltsfrist bedeutet, dass nach Ablauf dieser Frist ein Übergang von der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit hin zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthaltsort stattfindet.¹¹³¹ Gleichzeitig ist die Gefahr eines „Transsexuellentourismus“ (sofern sie jemals bestand) zu großen Teilen entfallen, da die personenstandsrechtliche Anerkennung der Geschlechtsumwandlung heutzutage international weit verbreitet ist.¹¹³² Ein weiteres Argument war, dass in der Folge für Ausländer die Möglichkeit unterschiedlicher Personalstatute bestehen würde: Der oder die Betroffene gilt in einem Land als männlich und im anderen als weiblich. Die Geschlechtszugehörigkeit wäre folglich abhängig vom Territorium. Dies sei nicht haltbar, da zum einen so keine eindeutige Identifizierung einer Person möglich sei und Rechtsunsicherheit entstehe.¹¹³³ Zum anderen gäbe es Probleme für die Betroffenen bei der Ausstellung oder Verlängerung von Reisedokumenten durch das Heimatland oder bei der Durchsetzung von Rechten und Pflichten im Heimatland, da vermutlich der Heimatstaat die Entscheidung des Aufenthaltsstaates nicht anerkennen würde.¹¹³⁴ Aufgrund der überaus belastenden Situation im täglichen Leben und der bestehenden Möglichkeit zumindest am Ort des primären Aufenthalts eine Entlastung oder vollständige Aufhebung dieser Situation zu ermöglichen, sollte es jedoch dem Einzelnen überlassen werden, ob er in seinem Aufenthaltsstaat Anerkennung im Geschlecht finden möchte. Sogenannte hinkende Rechtsverhältnisse sind nicht vermeidbar, da immer mehr Staaten von der strikten Anwendung des Staatsangehörigkeitsprinzips Abstand nehmen.¹¹³⁵ Die von den Staaten antizipierte Argumentation enthält keine schwerwiegenden Gründe, da die Probleme sich entweder nur für die Betroffenen selbst ergeben, denen eine Wahlfreiheit bei der Ausübung ihrer Grundrechte zugestanden werden sollte, oder die Probleme auch in anderen Rechtsbereichen auftreten und ihnen beispielsweise durch eine Beschränkung auf den ständigen Wohnsitz begegnet werden kann. Entsteht eine Ungleichbehandlung aufgrund des Kriteriums des Wohnsitzes, wird den Personen durch den EGMR ein geringeres Schutzbedürfnis zugestanden, da dessen Änderung im Regelfall der freien Wahl der betroffenen Person unterliege.¹¹³⁶ Damit spricht viel dafür einer Begrenzung auf eigene Staatsangehörige die

¹¹³¹ *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 163. Auch das niederländische Recht sieht eine Mindestaufenthaltsfrist von einem Jahr vor; *Breemhaar*, Das niederländische Transsexuellengesetz, StAZ 1986, S. 204 (205).

¹¹³² Vgl. *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 150 f.

¹¹³³ Ministerium des Inneren wiedergegeben in *BVerfGE*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 45 ff., *BVerfGE* 116, 243 (254 ff.).

¹¹³⁴ *BVerfGE*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 48, *BVerfGE* 116, 243 (256).

¹¹³⁵ *BVerfGE*, Beschl. v. 18.07.2006, Rn. 78, *BVerfGE* 116, 243 (268 f.); *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 8 ff, insb. 11.

¹¹³⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.03.2010 - 42184/05, Rn. 83 ff – Carson u.a./Vereinigtes Königreich.

Europarechtskonformität abzusprechen, eine Anknüpfung an den Wohnsitz hingegen rechtmäßig wäre.¹¹³⁷

Grundsätzlich stellt die *ordre public* bisher im Kern ein nationales Konzept dar. Dennoch muss bei seiner Konkretisierung und Handhabung beachtet werden, dass Rechtsordnungen heutzutage maßgeblich durch die Einbettung in die EU sowie durch die Ratifikation der EMRK beeinflusst werden.¹¹³⁸ Teilweise wird die EMRK zusammen mit dem EGMR als Teil der *ordre public européenne* bezeichnet.¹¹³⁹ Andere sprechen davon, dass die Einflüsse des europäischen Rechts lediglich zu einer Ergänzung der nationalen *ordre public* führen und die öffentliche Ordnung der Mitgliedstaaten durch europäische Vorgaben angereichert und geprägt, andererseits aber auch beschränkt wird.¹¹⁴⁰ Dabei behalte die *ordre public* im Kern und Ausgangspunkt ihren nationalen Charakter. Geht man von einem eigenen *ordre public* der EMRK aus, dann ist der Zweck dessen, allgemeingültige Mindeststandards in den Vertragsstaaten der EMRK zu schaffen und gleichzeitig einen kulturellen Rechtspluralismus und Identität zu gewährleisten.¹¹⁴¹ In Anbetracht der großen grundrechtlichen Bedeutung für Transsexuelle ist davon auszugehen, dass die Gewährleistung der Möglichkeit den Vornamen und das Geschlecht anzupassen ein gemeinsamer Mindeststandard ist, welcher von den Mitgliedstaaten einzuhalten ist.

c. EU

Die GR-Charta beinhaltet keine allgemeine Regel hinsichtlich der Grundrechtsträger. Folglich ist der Schutzbereich eines jeden Grundrechts durch Auslegung zu ermitteln, wobei insbesondere Wortlaut und Zweck von Bedeutung sind. Formulierungen wie „jeder Mensch“ und „jede Person“ weisen auf Menschenrechte hin,

¹¹³⁷ Eine abstrakte Beschränkung für problematisch hält: Roth, Anmerkung zum Beschl. des BVerfG v. 18.07.2006, Az.: 1 BvL 12/04, StAZ 2007, S. 17 (17).

¹¹³⁸ Thoma, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*, 2007, S. 23. So zu Deutschland v. Hein, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 11, 7. Aufl. 2018, Art. 6 EGBGB Rn. 153. Danach lässt sich zwischen einer „Europäisierung“ des *ordre public* und dessen „Vergemeinschaftung“ (Unionisierung) unterscheiden. „Während die Europäisierung als weiter Oberbegriff auch die Konkretisierung des *ordre public* durch einen Rückgriff auf die EMRK oder andere allgemein-europäische Rechtsquellen abdeckt, bezieht sich die Unionisierung allein auf die spezifische Prägung des *ordre public* durch das Primär- und Sekundärrecht der EU.“ Allerdings mit begrenzter praktischer Bedeutung, da die Gewährleistungen der EU-Grundrechtecharta inhaltlich schon heute vielfach denen der EMRK entsprechen, letztere sind „als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts“ (Art. 6 III EUV).

¹¹³⁹ So ist vermutlich Grabenwarter zu verstehen, wenn er der Literatur unter Nennung von Häberle zustimmt: Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 2 Rn. 3; Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261 (265). Umfassend Thoma, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*, 2007.

¹¹⁴⁰ Vgl. zur Diskussion v. Hein, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 11, 7. Aufl. 2018, Art. 6 EGBGB Rn. 154 ff.

¹¹⁴¹ Thoma, Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*, 2007, S. 23. Vgl. die Bezeichnung durch den EGMR selbst *EGMR*, Urt. v. 23.03.1995 - 15318/89, Rn. 75,93 – Loizidou/Türkei.

auf die sich auch Drittstaatsangehörige berufen können.¹¹⁴² Daneben bestehen vereinzelt Unionsbürgerrechte, wie z.B. das Recht auf Arbeitsaufnahme nach Art. 15 II GR-Charta. Art. 21 II GR-Charta, welcher ausdrücklich jede Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit verbietet, betrifft gerade nicht die Ungleichbehandlung zwischen Unionsbürgern und Drittstaatsangehörigen.¹¹⁴³ Träger des vor allem relevanten Grundrechts aus Art. 7 GR-Charta sind demnach alle natürlichen Personen, unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit.¹¹⁴⁴ Auch für das Diskriminierungsverbot des Art. 20 GR-Charta spielt die Staatsangehörigkeit keine Rolle und Angehörige von Drittstaaten können sich auf dieses berufen.¹¹⁴⁵ Insofern ist der Anwendungsbereich – sofern es um die Durchführung von Unionsrecht geht (vgl. Art. 51 GR-Charta) – eröffnet.¹¹⁴⁶

d. *Exkurs: CIEC-Übereinkommen Nr. 29 – Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen im Ausland*

Neben der Frage der Anspruchsberechtigung, stellt sich auch die Frage, ob Geschlechtsanpassungen aus anderen Ländern durch einen Staat anzuerkennen sind. Die Internationale Kommission für das Zivilstandswesen (CIEC) ist eine zwischenstaatliche Organisation, welche 1950 auf Empfehlung des Europarats gegründet wurde. Ihr Ziel ist es, die internationale Zusammenarbeit im Personenstandsrechts zu fördern, was auch verwandte Gebiete, wie das Familienrecht und das Staatsangehörigkeitsrecht beinhaltet. Mit Wirkung vom 30.06.2015 ist Deutschland aus der CIEC ausgetreten. Übereinkommen, die von Deutschland ratifiziert wurden bleiben jedoch auch nach dem Austritt anwendbar. Das Übereinkommen über die Anerkennung von Entscheidungen bezüglich Geschlechtsumwandlungen vom 12.09.2000 war von der Bundesrepublik unterzeichnet, aber nie ratifiziert worden. Bislang ist dieses Übereinkommen lediglich von den Niederlanden und Spanien ratifiziert worden und ist deswegen nur von geringer Bedeutung. Dieses Übereinkommen wird folglich nur aus dem Gesichtspunkt der Vollständigkeit mitaufgenommen.

Das Übereinkommen sieht vor, dass Entscheidungen, die sich mit dem Geschlechtswechsel von Transsexuellen beschäftigen, anerkannt werden müssen. Folglich sind Geburtsurkunden anzupassen. Nach Art. 1 sind sowohl Gerichts- als auch Verwaltungsentscheidungen grundsätzlich anerkennungsfähig, sodass auch bspw. das englische Verfahren zur Erlangung des *gender recognition certificate* hierunter fällt. Art. 2 zählt abschließend die drei möglichen Versagungsgründe auf, welche herangezogen werden können, aber nicht müssen. Erstens kann eine Anerkennung

¹¹⁴² *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 51 Rn. 49.

¹¹⁴³ *Ibid.*, Art. 21 Rn. 43.

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, Art. 7 Rn. 10.

¹¹⁴⁵ *Ibid.*, Art. 20 Rn. 6; *Lemke*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 20 Rn. 10; *Rossi*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 20 Grundrechte-Charta, Rn. 4.

¹¹⁴⁶ Vgl. dazu D I 2 c.

des Geschlechtswechsels versagt werden, wenn die physische Anpassung an das Geschlecht nicht gegeben ist (Art. 2 a). Zweitens kann der Staat sich auf die *ordre public* berufen (Art. 2 b). Drittens sind Entscheidungen, die auf einer betrügerischen Handlung basieren nicht anerkennungsfähig (Art. 2 c). Sofern keines dieser Hindernisse vorliegt, besteht eine Anerkennungspflicht (Art. 3). Eine Änderung der Personenstandsbücher bedarf jedoch eines Antrags des Betroffenen und beinhaltet keine Pflicht hinsichtlich anderer Urkunden und Dokumente, wie beispielsweise Führerscheine.

Das Übereinkommen ist das einzige Dokument auf europäischer Ebene, welches einen ersten Ansatz zur Vereinheitlichung der Anerkennung von Geschlechtsumwandlungen enthält. Aufgrund der mangelnden Bindungsbereitschaft der Staaten ist es jedoch nur von geringer Bedeutung. Zudem ist es insbesondere aufgrund des Anerkennungshindernisses der körperlichen Angleichung und der Pathologisierung von Transsexualität problematisch und lässt Fortschritt vermissen.¹¹⁴⁷

2. Alter

Sowohl explizite als auch implizite Altersbeschränkungen behindern den Zugang von jungen und alten Transsexuellen zu Geschlechtsanerkennungsprozederen. In Betracht kommen dabei untere und obere gesetzliche Altersgrenzen für den Wechsel des Namens, die Anpassung des rechtlichen Geschlechts und den Zugang zu medizinischen Operationen. Diese Beschränkungen sind nicht nur im Hinblick auf Art. 3 des deutschen Grundgesetzes, sondern auch hinsichtlich der Nicht-Diskriminierungsvorschriften in der Kinderrechtskonvention (Art. 2 I), der EMRK (Art. 14)¹¹⁴⁸ und der Rechtsprechung des EGMR, der Europäischen Sozialcharta (Art. 23 Das Recht älterer Menschen auf sozialen Schutz) und der EU-GR-Charta (Art. 21 I), sowie der (rechtlich unverbindlichen= Yogyakarta Prinzipien (Prinzip 24 C) fragwürdig. Lange Zeit spielte die Diskriminierung aufgrund des Alters in der Rechtsprechung von BVerfG, EGMR und EuGH keine große Rolle.¹¹⁴⁹ Die Problematik von Altersgrenzen nimmt jedoch an Relevanz zu, da die Gesellschaft insgesamt demografisch älter wird und junge Transsexuelle sich in einem zunehmend früheren Alter outen.¹¹⁵⁰

¹¹⁴⁷ Theile, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 208.

¹¹⁴⁸ Das Alter wird nicht explizit als verbotener Diskriminierungsgrund aufgezählt, gehört aber als sonstige persönliche Eigenschaften dazu; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 12.

¹¹⁴⁹ Anders als in den USA. Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 211.

¹¹⁵⁰ Diesbezüglich fordert das Ministerkomitee des Europarats die Mitgliedsstaaten auf, das Lehrpersonal und die Schüler entsprechend mit Informationen, Schutz und Unterstützung zu versorgen; Council of Europe: Committee of Minister, Recommendation CM/Rec(2010)5: On measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31.03.2010, Rn. 31.

a. *Deutschland*

Der Gesetzesentwurf zum TSG, der am 06.06.1979 von der deutschen Bundesregierung vorgelegt wurde, sah die personenstandsrechtliche Änderung des Geschlechtseintrags (sog. „große Lösung“) als auch die Änderung des Vornamens (sog. „kleine Lösung“) vor.¹¹⁵¹ Für die „große Lösung“ wurden eine Altersgrenze von 25 Jahren und eine geschlechtsanpassende Operation verlangt. Des Weiteren sollte eine bestehende Ehe mit der gerichtlichen Entscheidung zum Geschlechtseintrag als aufgelöst gelten. Altersgrenze für die „kleine Lösung“ stellte die Volljährigkeit dar. Für die „kleine Lösung“ wurden weder die Operation und Fortpflanzungsunfähigkeit noch die Ehelosigkeit zur Voraussetzung gemacht. Hintergrund war die Überlegung, die Möglichkeit zu schaffen, ein möglichst sozial angepasstes und unauffälliges Leben führen zu können, ohne die weitreichenden und ggf. unumkehrbaren Folgen einer Operation in Kauf nehmen zu müssen.

Diese Überlegung überzeugte den Bundesrat nicht von der „kleinen Lösung“, da in diesem zu dieser Zeit konservativere Mehrheitsverhältnisse herrschten, als im Bundestag. Gegen die geringere Altersgrenze führte der Bundesrat an, dass Personen sich nicht vorzeitig auf das andere Geschlecht fixieren sollten, wenn ihre Persönlichkeit noch nicht ausgereift sei.¹¹⁵² Dennoch gab der Innenausschuss eine Beschlussempfehlung ab¹¹⁵³, welchem der Deutsche Bundestag folgte und den Entwurf am 12.06.1980 annahm. Die Mehrheit des Deutschen Bundestags und die Bundesregierung sahen in der „kleinen Lösung“ einen wichtigen Bestandteil, da ohne sie im Rahmen der „großen Lösung“ für Transsexuelle der Zwang bestehen würde, sich einer geschlechtsanpassenden Operation zu unterziehen.¹¹⁵⁴ Daraufhin rief der Bundesrat, aufgrund seiner weiterhin bestehenden Bedenken gegen die „kleine Lösung“, nach Art. 77 II GG den Vermittlungsausschuss an.¹¹⁵⁵ Dieser empfahl u.a. die Altersschränke für beide Lösungen auf 25 Jahre zu setzen, behielt aber die Grundstruktur der zwei Lösungen bei.¹¹⁵⁶ Damit war ein Kompromiss gefunden und das Gesetz wurde am 04.07.1980 verabschiedet. Beide Altersschränken sollten jedoch aufgrund von zwei Entscheidungen des BVerfG fallen.

¹¹⁵¹ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979.

¹¹⁵² Vgl. BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 20 f.; 8/4120, S. 15; Abg. Dr. Jentsch, StenBer., 8. WP, 220. Sitzung, S. 17733, *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, *BVerfGE* 88, 87 (89). So auch der Bundesminister des Inneren im Namen der Bundesregierung, *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, *BVerfGE* 88, 87 (94).

¹¹⁵³ BT-Drs. 8/4120 v. 23.05.1980.

¹¹⁵⁴ Vgl. BT-Drs. 8/4120, S. 14 und 15; Abg. Dr. Meinecke, StenBer., 8. WP, 220. Sitzung, S. 17736; ParlSt von Schoeler, a.a.O., S. 17737 f.); *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, *BVerfGE* 88, 87 (90).

¹¹⁵⁵ BR-Drs. 329/80 v. 27.06.1980, S. 301 und BT-Drs. 8/4345 v. 27.06.1980.

¹¹⁵⁶ Vgl. Plenarprotokoll des Bundesrats, 490. Sitzung v. 04.07.1980, S. 332–333.

aa. Art. 3 GG

Differenzierungen nach dem Alter fallen nicht unter Art. 3 III GG, sondern Art. 3 I GG. Bei der sog. „Altersdiskriminierung“ hatte sich das BVerfG dagegen gesträubt, eine Prüfung am Maßstab des deutschen Gleichheitssatzes durchzuführen und stattdessen die Lösung einschlägiger Problemkonstellation vorrangig im Unionsrecht gesucht.¹¹⁵⁷ Außerhalb des europarechtlichen Kontexts konnte das BVerfG bislang eine genauere Diskussion des Art. 3 GG vermeiden, indem Altersgrenzen in der beruflichen Betätigung an der Berufsfreiheit gemessen wurden. Gegen einen verschärften Prüfungsmaßstab spricht nicht nur, dass das Alter nicht in Art. 3 III GG aufgezählt wird, sondern es zählt auch nicht zu den historisch besonders problematischen Kategorien, die hier erfasst werden sollten. Auch sind für das Alter vielfach Konstellationen denkbar, in denen es als sachgerechtes Differenzierungsmerkmal verwendet wird. Eine Verschärfung des Prüfungsmaßstabes ist jedoch aufgrund der Berührung von Freiheitsrechten denkbar. Hierzu und zur gemeinsamen Prüfung von Gleichheitsrechten und Freiheitsrechten.¹¹⁵⁸

bb. BVerfG, Beschl. v. 16.03.1982: Altersgrenze bei der „großen Lösung“

Bereits die erste Entscheidung des BVerfG zum TSG beschäftigte sich mit der Altersgrenze der „großen Lösung“ und erklärte diese ein Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes für verfassungswidrig und nichtig. Die Beschwerdeführerin war eine 22-jährige post-operative Transsexuelle. Sie argumentierte zum einen damit, dass für die Durchführung der geschlechtsanpassenden Operation keine Altersgrenze vorgesehen war und die Rechtsordnung in anderen Fällen nicht auf eine Altersgrenze von 25 Jahren abstelle, sondern von 18 Jahren (Anachronismus). Zum anderen gab sie an, dass die Frage der Geschlechtszugehörigkeit schlichtweg nichts mit dem Alter zu tun habe.¹¹⁵⁹

Der Zweck der Altersgrenze (der Schutz vor voreiligem, irreversiblen Handeln und die Reife zu haben die Tragweite der Entscheidung zu erkennen) wurde vom BVerfG als legitim anerkannt.¹¹⁶⁰ Das BVerfG betonte, dass es denkbar wäre, die geschlechtsanpassende Operation von einer Altersgrenze abhängig zu machen.¹¹⁶¹ Ausschlaggebend war für das BVerfG letztlich, dass der Gesetzgeber nur für die formale Anerkennung der Geschlechtsumwandlung eine Altersgrenze vorgesehen hatte, nicht hingegen für die geschlechtsumwandelnde Operation und die daraus resultierende ungerechtfertigte ungleiche Behandlung von operierten Transsexuellen unter und über 25 Jahren. Der Spielraum des Gesetzgebers sei nicht nur durch Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG eingeschränkt (Sexualbereich als Teil der Privatsphäre),

¹¹⁵⁷ *Kischel*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 3 Rn. 139.

¹¹⁵⁸ Vgl. dazu die Ausführungen unter D I 1 a cc (1) (c).

¹¹⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 16.03.1982, BVerfGE 60, 123 (129).

¹¹⁶⁰ *Ibid.*, (132).

¹¹⁶¹ *Ibid.*, (133).

sondern auch und vor allem dadurch, dass die geschlechtsanpassende Operation nicht an eine bestimmte Altersgrenze gekoppelt sei. Die Betroffenen entscheiden im Diskurs mit den Ärzten selbst, ob und wann sie diesen Eingriff vornehmen lassen.¹¹⁶² Für post-operative Transsexuelle unter 25 Jahren entstehe so eine unhaltbare Situation. Die Altersgrenze für die „große Lösung“ verstoße gegen Art. 3 I GG, soweit bei einem Transsexuellen unter 25 Jahren – trotz Durchführung einer geschlechtsumwandelnden Operation und Erfüllung der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen – die personenstandsrechtliche Feststellung der Zugehörigkeit zu dem anderen Geschlecht ausgeschlossen werde.¹¹⁶³

cc. *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993: Altersgrenze bei der „kleinen Lösung“

Die dritte Entscheidung des *BVerfG* bezog sich auf das ursprünglich in § 1 I Nr. 3 TSG für die „kleine Lösung“ vorgesehene Mindestalter von 25 Jahren.¹¹⁶⁴ Zehn Jahre zuvor hatte das *BVerfG* die Altersgrenze für die „große Lösung“ (§ 8 I Nr. 1 TSG) für verfassungswidrig erklärt. Bereits in diesem Verfahren hatte die Beschwerdeführerin die Altersgrenze der „kleinen Lösung“ gerügt, allerdings sah das *BVerfG* die Verfassungswidrigkeit dieser Grenze nicht ohne Weiteres indiziert, da die Voraussetzungen der „kleinen Lösung“ mit denen der „großen Lösung“ nicht annähernd vergleichbar seien.¹¹⁶⁵

(1) Intention ad absurdum

Für die zehn Jahre zwischen den beiden Entscheidungen (bezüglich der Altersgrenzen) entstand die widersprüchliche Situation, dass der als Zwischenschritt geplante reine Vornamenwechsel erst mit 25 Jahren vorgenommen werden konnte, der endgültige rechtliche Wechsel des Geschlechts hingegen ohne Altersbeschränkung möglich war. Dies führte wiederum dazu, dass Betroffene eher die Operation wählten und entgegen der ursprünglichen Intention Schritt 2 vor Schritt 1 durchführten.¹¹⁶⁶ Früh wurde kritisiert, dass das *BVerfG* nicht auch die Altersgrenze der „kleinen Lösung“ geprüft hatte, da insbesondere in diesem Fall keine Missbrauchsgefahr gegeben und kein Übereilungsschutz geboten sei.¹¹⁶⁷

Der damalige Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit erkundigte sich 1983 im Anschluss an den Beschluss I des *BVerfG* (welcher ein gesetzliches Mindestalter für geschlechtsanpassende Operationen nicht ausschloss) bei der Bundesärztekammer und der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung, welche Erfahrungen hinsichtlich des Alters bei der geschlechtsanpassenden Operation

¹¹⁶² *Ibid.*, (134).

¹¹⁶³ *Ibid.*, Leitsatz.

¹¹⁶⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, *BVerfGE* 88, 87.

¹¹⁶⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.1982, *BVerfGE* 60, 123 (135); vgl. zum TSG D I 1 a dd.

¹¹⁶⁶ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, *BVerfGE* 88, 87 (91 f.).

¹¹⁶⁷ *Angstein*, Anmerkung zu *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.1982 – 1 BvR 938/81, *StAZ* 1982, S. 173 (173).

gemacht wurden. Die Bundesärztekammer bejahte, dass die Grenze von 18 Jahren für Operationen sich in Fällen als zu niedrig erweisen könne, eine Grenze von 21 Jahren wiederum relativ hoch sei.¹¹⁶⁸ Auch könne in Ausnahmefällen eine Operation unter 18 Jahren indiziert sein und sollte deswegen nicht ausgeschlossen werden. Die Bundesärztekammer sprach sich also nicht für eine starre Altersgrenze aus, sondern wies auf die individuell sehr unterschiedlichen Entwicklungen im Reifeprozess hin und befürwortete einzelfallbezogene Entscheidungen. Die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung gab an, dass sich die Befürchtungen hinsichtlich der Altersgrenze als gegenstandslos erwiesen hätten.¹¹⁶⁹ Die Indikationsstellung bei den Betroffenen werde mit großer Vorsicht gehandhabt, sodass mit Fehldiagnosen und falschen Therapieempfehlungen nicht häufig zu rechnen sei. Auch sie bestätigte ein uneinheitliches Bild, welches gegen starre Altersgrenzen spricht.¹¹⁷⁰ Außerdem werde durch den Fortbestand der Altersgrenze in § 1 TSG die Intention des Gesetzesentwurfs – mit der „kleinen Lösung“ die Notwendigkeit oder zumindest die Eilbedürftigkeit von Operationen zu relativieren – ins Gegenteil verkehrt.¹¹⁷¹

Diese Argumentation vertraten auch die Amtsgerichte, die die Frage dem BVerfG vorgelegt hatten.¹¹⁷² Die Antragsteller der Ausgangsverfahren zu 1 BvL 40/92 und 1 BvL 43/92 widersprachen ebenfalls der Argumentation des Bundesrats und des Bundesministers des Inneren. Das Argument, die Altersgrenze für die Vornamensänderung verhindere eine vorzeitige Fixierung auf den Transsexualismus bei noch nicht ausgereiften Persönlichkeiten, beruht ihrer Ansicht nach auf einer unzutreffenden Annahme über die Entstehung der Geschlechtsidentität.¹¹⁷³ Es sei zudem nicht ersichtlich (angesichts der seit 1982 bestehenden Möglichkeit für jüngere Transsexuelle nach geschlechtsumwandelnden medizinischen Behandlungen die Personenstandsänderung zu erreichen), inwiefern die zusätzliche Möglichkeit, vor Vollendung des 25. Lebensjahres die Vornamen zu ändern, zu einer größeren Zahl von Transsexuellen führen könnte.¹¹⁷⁴

An dieser Stelle sei kurz darauf hingewiesen, dass der personelle Schutzbereich von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG auch Minderjährige einschließt. Die Ausübung und prozessuale Geltendmachung hängt von der individuellen Einsichtsfähigkeit ab.¹¹⁷⁵

¹¹⁶⁸ Wiedergegeben in *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (91).

¹¹⁶⁹ *Ibid.*

¹¹⁷⁰ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 53.

¹¹⁷¹ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (91).

¹¹⁷² *Ibid.*, (92).

¹¹⁷³ Vgl. dazu B I 1 a und dort Fn. 45 und 46.

¹¹⁷⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (95).

¹¹⁷⁵ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 108. Zu Anträgen von Geschäftsunfähigen und beschränkt Geschäftsfähigen, vgl. *ibid.*, S. 145–146.

(2) Argumentation des BVerfG

Bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der Altersgrenze bei der „kleinen Lösung“ prüfte das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit anhand des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 I GG¹¹⁷⁶. Außerdem sah das BVerfG bei der Differenzierung eine Annäherung zu den personenbezogenen Merkmalen des Art. 3 III GG¹¹⁷⁷ und dass sich diese Differenzierung erheblich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht auswirke. Das BVerfG schlussfolgerte schließlich, dass ein strengerer Prüfungsmaßstab notwendig sei. Zudem schütze Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG die engere persönliche Lebenssphäre, insbesondere auch den Intim- und Sexualbereich und gewährleiste im Rahmen dessen das Recht des Einzelnen selbst zu bestimmen, aus welchem Anlass und in welchen Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte offenbare.¹¹⁷⁸ Im Unterschied zu Transsexuellen, die das 25. Lebensjahr vollendet haben, sei den hier Betroffenen die Möglichkeit versagt, bereits vor einer geschlechtsanpassenden Operation in der Rolle des anderen Geschlechts zu leben, ohne sich wegen ihrer unveränderten Vornamen ständig belastenden Situationen am Arbeitsplatz, in der Ausbildung, im Umgang mit Behörden und allgemein im Alltagsleben aussetzen zu müssen.¹¹⁷⁹

Die Argumentation des BVerfG bezieht sich stark auf Aufbau und Intention des TSG und die nicht erfolgte Reaktion auf die BVerfG-Entscheidung hinsichtlich der „großen Lösung“.¹¹⁸⁰ Nach Ansicht des BVerfG wog die Ungleichbehandlung, unter Berücksichtigung der mit der „kleinen Lösung“ verfolgten Ziele, besonders schwer. § 1 TSG sollte zum einen die rechtlichen Rahmenbedingungen dafür schaffen, dass Transsexuelle den Rollenwechsel frühzeitig vornehmen können, sodass ihnen schon vor operativen Eingriffen geholfen und ihr Leidensdruck erheblich gemindert wird. Darüber hinaus sollte es den Betroffenen ermöglicht werden, das Leben in der anderen Geschlechtsrolle (vor der Entscheidung über weitgehend irreversible medizinische Maßnahmen) über längere Zeit zu erfahren. Ihnen sollte somit eine möglichst belastungsfreie Ausgangslage geboten werden, von der aus sie sich vergewissern können, ob dieses Leben wirklich ihrem Empfinden entspricht und sie auch nicht überfordert. Gerade bei jüngeren Transsexuellen kann sich die Versagung dieser Möglichkeiten besonders empfindlich auswirken.¹¹⁸¹ Sie befinden sich häufig an einem Punkt in ihrem Leben, an dem sie insbesondere berufliche Entscheidungen treffen, die ihre Zukunft maßgeblich beeinflussen. Der Zweck der

¹¹⁷⁶ Das BVerfG lässt die Frage der Verfassungsmäßigkeit hinsichtlich Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG insoweit offen, *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (101).

¹¹⁷⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (97). Bei der Altersgrenze handelt es sich um ein personenbezogenes und nicht verhaltensbezogenes Merkmal, vgl. *Sachs*, Altersgrenze für Vornamensänderung bei Transsexuellen, JuS 1993, 862 (862).

¹¹⁷⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (97).

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, (98).

¹¹⁸⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (101 f.).

¹¹⁸¹ Vgl. *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Report Doc. 13742: Discrimination against transgender people in Europe, 02.04.2015, S. 9 Rn. 33.

„kleinen Lösung“, Schwierigkeiten im Alltag, insbesondere auch im Verhältnis zum Arbeitgeber, vermeiden zu helfen, hat bei ihnen also ein erhebliches Gewicht. Vor allem jüngere Menschen vor nicht hinreichend bedachten Entschlüssen zu bewahren war ein wesentliches Anliegen des Gesetzgebers.¹¹⁸² Dass nun weder die Operation noch die „große Lösung“ von einer Altersgrenze abhängen, der „erste Schritt“ hingegen schon, führte dazu, dass jüngere Transsexuelle zu einer möglichst frühen Entscheidung für eine geschlechtsanpassende Operation veranlasst wurden.¹¹⁸³

Ob die anfängliche Befürchtung, dass eine erleichterte Vornamensänderung jüngere Menschen mit transsexueller Neigung zu einer vorzeitigen Fixierung führen könnte, ließ das BVerfG dahinstehen, da sich diese Annahme zumindest zum Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG nicht mehr begründen ließe.¹¹⁸⁴ Folglich verstieß § 1 I Nr. 3 TSG gegen Art. 3 I GG und wurde mit der Begründung für nichtig erklärt, dass der Gesetzgeber bei Beachtung des allgemeinen Gleichheitssatzes zum selben Ergebnis kommen würde, da er bisher keine Altersgrenze für die „große Lösung“ notwendige geschlechtsanpassende Operation eingeführt habe.¹¹⁸⁵ Darauf, ob eine Abschaffung der „kleinen Lösung“ und Beschränkung des TSG auf die „große Lösung“ das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Transsexuellen verletzen würde, ging das BVerfG nicht ein, da es diesen Schritt des Gesetzgebers aufgrund der Bewährtheit dieser zweiteiligen Lösung für ausgeschlossen hielt.¹¹⁸⁶

dd. Folgen der Entscheidungen

Nach den Entscheidungen des BVerfG ist das Mindestalterserfordernis des TSG sowohl für die „kleine“ als auch die „große Lösung“ verfassungswidrig.¹¹⁸⁷ Klärungsbedürftig war u.a. wie mit Anträgen von beschränkt Geschäftsfähigen umzugehen ist. Das OLG Brandenburg urteilte insofern, dass beschränkt Geschäftsfähige für Verfahren nach dem TSG verfahrensfähig sind.¹¹⁸⁸ Eine Genehmigung durch das Familiengericht sehe das TSG lediglich in § 3 I TSG für einen Antrag von geschäftsunfähigen Personen vor.¹¹⁸⁹ Ein zehn Jahre altes Kind sei aber nicht

¹¹⁸² Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (98 f.).

¹¹⁸³ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (100).

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, (99 f.).

¹¹⁸⁵ *Ibid.*, (101 f.); zur Kritik an dieser Argumentation und zur Freiheit des Gesetzgebers insbesondere in neuen Legislaturperioden vgl. *Wielhötz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 55.

¹¹⁸⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (101 f.).

¹¹⁸⁷ In Sorgerechtsentscheidungen für transsexuelle Kinder müssen die Instanzgerichte auch Feststellungen dazu treffen, welche Entwicklung aufgrund einer Sorgerechtsregelung in der nächsten Zukunft zu erwarten ist (hier: kurz- und mittelfristige Auswirkungen auf die Persönlichkeitsentwicklung eines Jungen, wenn der alleinsorgerechtigende Elternteil dessen Wunsch, Mädchenkleidung zu tragen, nicht entgegenkommt); *BVerfG*, Beschl. v. 07.12.2017 – Az. 1 BvR 1914/17, FamRZ 2018, 266.

¹¹⁸⁸ *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 24.01.2017 – Az. 10 WF 80/16, FamRZ 2017, 1014. Das OLG hat die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, (Rn. 9).

geschäftsunfähig, sondern beschränkt geschäftsfähig. Im Gegensatz zu § 9 FamFG enthält § 3 TSG keine Einschränkung der Verfahrensfähigkeit beschränkt Geschäftsfähiger, im Umkehrschluss seien sie deshalb als verfahrensfähig anzusehen.

Die Verfahrensfähigkeit führe aber nicht dazu, dass die gesetzlichen Vertreter in Bezug auf den Antrag keinerlei Entscheidungsbefugnisse mehr hätten.¹¹⁹⁰ Soweit der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige eine Willenserklärung nach § 1 TSG gerichtet auf eine Vornamensänderung abgibt, fände materiell-rechtlich § 107 BGB Anwendung, wonach der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters bedarf. Namensgestaltende Erklärungen seien solche rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen und der Verlust eines Namens sei ein rechtlicher Nachteil. Entsprechendes soll für die Feststellung einer anderen Geschlechtszugehörigkeit gelten. Ein Antrag ohne elterliche Zustimmung dürfte folglich aufgrund der materiell-rechtlicher Erforderlichkeit nicht erfolgreich sein.

b. EMRK

Zu Altersgrenzen für Transsexuelle bei der Durchsetzung ihrer Rechte musste sich der EGMR bisher nicht äußern. In diesem Abschnitt wird folglich erörtert, wie der EGMR mit solchen Beschränkungen umgehen könnte. Allgemeine Gleichheitssätze finden sich in vielen nationalen Verfassungen und in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948. Die EMRK enthält anders als das GG keinen allgemeinen Gleichheitssatz, sondern nur ein Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK.¹¹⁹¹ Dort erfolgt ebenfalls eine Aufzählung der Merkmale, die für den Staat nicht ausschlaggebend sein dürfen für die Setzung unterschiedlicher Rechtsfolgen. Diese Aufzählung ist, wie sich dem Wortlaut entnehmen lässt, keineswegs abschließend.¹¹⁹² Das Alter wird nicht explizit als Merkmal aufgeführt, gehört aber als sonstige persönliche Eigenschaft dazu.¹¹⁹³

¹¹⁹⁰ *Ibid.*, (Rn. 13).

¹¹⁹¹ Das 12. Zusatzprotokoll, welches 2005 in Kraft getreten ist, enthält in Art. 1 einen allgemeinen Gleichheitssatz; bisher von 20 Staaten ratifiziert und 18 weiteren Staaten unterzeichnet, darunter Deutschland (Stand 14.06.2022); vgl. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=177&CM=8&DF=&CL=GER>. Für eine Charakterisierung im Ergebnis als allgemeinen Gleichheitssatz *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 17.

¹¹⁹² „Der Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten ist ohne Diskriminierung insbesondere wegen [...] oder eines sonstigen Status zu gewährleisten.“

¹¹⁹³ *EGMR*, Urt. v. 10.06.2010 - 25762/07, Rn. 82–99 – Schwizgebel/Schweiz. *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 12; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 211 ff. Zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hinsichtlich der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität, vgl. umfassend *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011.

aa. Anwendung des Art. 14 EMRK

Der Anwendungsbereich von Art. 14 EMRK ist auf die in der EMRK „festgelegten Rechte und Freiheiten“ beschränkt, d.h. der einer möglichen Diskriminierung zugrunde liegende Sachverhalt muss in den Regelungsbereich eines anderen Konventionsrechts fallen (Akzessorietät des Diskriminierungsverbots).¹¹⁹⁴ Um die Prüfung des Art. 14 EMRK zu eröffnen, bedarf es nur einer thematischen Einschlägigkeit, nicht einer Verletzung oder eines Eingriffs in das Konventionsrecht.¹¹⁹⁵ Diese Voraussetzung ist, auf die Transsexuellen Problematik angewendet, unproblematisch erfüllt, da zum einen der EGMR bereits anerkannt hat, dass Transsexuelle einen Anspruch auf rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität haben. Zum anderen haben Transsexuelle zumindest dann ein Recht auf Zugang zu geschlechtsanpassenden Operationen, wenn diese Voraussetzung für eine umfassende Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität sind¹¹⁹⁶. Nach obiger Argumentation müsste der EGMR ebenfalls zu dem Ergebnis kommen, dass ein grundsätzlicher Anspruch auf Anpassung des Vornamens besteht.¹¹⁹⁷ Diese Rechte der Transsexuellen sind Teil von Art. 8 EMRK und fallen unzweifelhaft in den Regelungsbereich eines Konventionsrechts. Folglich käme der EGMR zu einer Überprüfung von Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 8 EMRK.

Eine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK setzt, ähnlich wie Art. 3 GG,¹¹⁹⁸ voraus, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden. Es muss folglich zunächst festgestellt werden, dass zwei Sachverhalte im Vergleich miteinander, in Bezug auf die relevanten Faktoren, sachlich gleich oder sich im Wesentlichen ähnlich sind.¹¹⁹⁹ Bei den vorliegenden Sachverhalten handelt es sich zum einen um Transsexuelle, die sich innerhalb der Altersgrenzen befinden, also bspw. über 25 sind oder unter 65, und zum anderen um Transsexuelle, die sich außerhalb dieser Altersgrenzen befinden. Während der ersten Gruppe der Zugang zur Vornamensänderung, rechtlichen Geschlechtsanpassung oder operativen Geschlechtsanpassung zusteht, sind diese Wege der zweiten Gruppe verschlossen, obwohl sie, wie

¹¹⁹⁴ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 4; *Peukert*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 14 Rn. 2; *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 31 f.; *EGMR*, Urt. v. 23.07.1968 - 1474/62, 1677/62, 1691/62 u.a., B. Interpretation adopted by the Court Rn. 9 – Belgischer Sprachenfall/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 13.06.1979 - 6833/74, Rn. 32 – Marckx/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 23.11.1983 - 8919/80, Rn. 43 – Van der Musselle/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 16.09.1996 - 17371/90, Rn. 36 – Gaygusuz/Österreich.

¹¹⁹⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 5; *EGMR (GK)*, Urt. v. 12.02.2008 - 21906/04, Rn. 159 – Kafkaris/Zypern.

¹¹⁹⁶ *EGMR*, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 57–59 – L./Litauen.

¹¹⁹⁷ Vgl. dazu D I 2 b.

¹¹⁹⁸ Vgl. zu Unterschieden und Gemeinsamkeiten von Art. 14 EMRK und Art. 3 GG *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21.

¹¹⁹⁹ *EGMR*, Urt. v. 13.06.1979 - 6833/74, Rn. 32 – Marckx/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 23.11.1983 - 8919/80, Rn. 46 – Van der Musselle/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 18.02.1991 - 12033/86, Rn. 60 – Fredin/Schweden (No. 1).

die Transsexuellen innerhalb des relevanten Alters, alle anderen rechtlichen Voraussetzungen erfüllen. Bei beiden Sachverhalten handelt es sich um Transsexuelle, die sich bis auf ihr Alter in keinem für den Vorgang relevanten Faktor unterscheiden und damit um zwei Sachverhalte, die miteinander verglichen sachlich gleich sind.

Auch bei Art. 14 EMRK stellt nicht jede Differenzierung anhand eines der Merkmale eine Verletzung des Diskriminierungsverbots dar. Nur dann, wenn keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung von sachlich Gleichem besteht, liegt ein Verstoß gegen die Konventionsnorm vor.¹²⁰⁰

bb. Rechtfertigung einer Differenzierung

(1) Legitimes Ziel

Für eine solche Rechtfertigung setzt der EGMR zunächst ein legitimes Ziel voraus und prüft anschließend, ob zwischen diesem Ziel und dem vom Staat eingesetzten Mittel ein angemessenes Verhältnis besteht.¹²⁰¹ Hinsichtlich des legitimen Ziels steht den Staaten ein weiter Ermessensspielraum zu.¹²⁰² Ein mögliches Ziel, das mit einem Mindestalter erreicht werden soll, ist es, einen gewissen Reifegrad zu erreichen. Dies gilt insbesondere für weiterreichende oder möglicherweise irreversible Entscheidungen und lässt sich unter den Begriff „Jugendschutz“ subsumieren. Auch wurde in der Politik die Befürchtung geäußert, dass junge Menschen, die an ihrem Geschlecht „zweifeln“, sich nicht frühzeitig auf das andere Geschlecht fixieren sollen. Der Schutz vor eigenen Fehlentscheidungen wurde vom BVerfG als legitim anerkannt, aber in der Literatur auch kritisiert¹²⁰³. Im Fall des EGMR würde die Subsumtion unter „Schutz der Gesundheit“ erfolgen.¹²⁰⁴ Die genannten Ziele erscheinen auf den ersten Blick durchaus legitim. Insbesondere in Anbetracht eines weiten Ermessensspielraums. Für Höchstaltersgrenzen fällt es hingegen bereits schwer, ein legitimes Ziel zu finden. Ein Schutz vor verfrühten unreifen Entscheidungen kann als legitimes Ziel nicht greifen. Hier gilt, dass auch ein spätes „Outing“ respektiert werden muss und nicht zu Lasten der Betroffenen ausgelegt werden darf.

¹²⁰⁰ St. Rspr. seit *EGMR*, Urt. v. 23.07.1968 - 1474/62, 1677/62, 1691/62 u.a., B. Interpretation adopted by the Court Rn. 10 – Belgischer Sprachenfall/Belgien, EuGRZ 198, 289, I 4; *Peters/König*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 24.

¹²⁰¹ Vgl. *EGMR (GK)*, Urt. v. 29.04.2008 - 13378/05, Rn. 60 – Burden/Vereinigtes Königreich.

¹²⁰² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 26 Rn. 15.

¹²⁰³ *Weber*, Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 16.03.1982 – 1 BvR 938/81, JuS 1982, S. 936.

¹²⁰⁴ *Theilen*, Der Schutz Transsexueller in der Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG – Ein Vergleich, ZEuS, Heft 3 2012, S. 363 (375 Fn. 97).

(2) Verhältnismäßigkeit

Das Vorgehen des EGMR im Prüfungspunkt der Rechtfertigung, insbesondere in der als nächstes folgenden Verhältnismäßigkeit, ist nicht einheitlich.¹²⁰⁵ Wie auch bei den anderen Rechten, gilt im Kontext des Diskriminierungsverbots der Grundsatz der dynamischen Auslegung der EMRK. Die Kontrolldichte für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung darf und muss an die sich wandelnden gesellschaftlichen Anschauungen angepasst werden.¹²⁰⁶ Grundsätzlich gewährt der EGMR den Mitgliedstaaten hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen für die Anerkennung des Rechts auf Geschlechtsidentität einen weiten Beurteilungsspielraum.¹²⁰⁷

(a) Altersgrenzen für die Personenstandsänderung

Ein gemeinsamer Standard hinsichtlich Altersgrenzen bei der Personenstandsänderung, welche die Prüfungsdichte beeinflussen würde, kann nicht festgestellt werden. Teilweise werden Minderjährige komplett ausgeschlossen (Spanien, Polen, Finnland, Dänemark, Frankreich, Schweden, Litauen, Vereinigtes Königreich, Türkei) oder ein Ausschluss ergibt sich auf Grund der Altersgrenzen für geschlechtsangleichende Operation, welche in diesen Ländern eine Voraussetzung für den rechtlichen Geschlechtswechsel sind.¹²⁰⁸ Andere Länder haben ein eigenes, abgeändertes Verfahren für Minderjährige (Irland, Malta, Norwegen).¹²⁰⁹ Während einige wenige Länder gar keine Altersgrenze vorsehen (Deutschland, Belgien und Kroatien) liegt sie bei vielen Ländern bei 16 (bspw. Irland, Portugal, Belgien, Norwegen, Niederlande).¹²¹⁰ In der Regel sind in den Verfahren die Eltern/Sorgeberechtigten zu beteiligen oder sie müssen den Antrag stellen. In den meisten Ländern kann die Beteiligung der Eltern durch gerichtliche Entscheidungen oder andere Gremien ersetzt werden und dabei sind die obersten Kriterien Wohl und Wille des Kindes.¹²¹¹

¹²⁰⁵ *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 217 f.

¹²⁰⁶ Vgl. mit diversen Beispielen aus der Rechtsprechung *Peters/König*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 219.

¹²⁰⁷ Vgl. *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 93 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 42971/05, S. 10 – Parry/Vereinigtes Königreich.

¹²⁰⁸ *van den Brink/Dunne*, Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, in: European Commission (Hrsg.), 2018, S. 65.

¹²⁰⁹ *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 147.

¹²¹⁰ *van den Brink/Dunne*, Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, in: European Commission (Hrsg.), 2018, S. 66.

¹²¹¹ *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 147, 151, 152.

Insgesamt ist eine internationale Tendenz zur Sicherung der Rechte von transsexuellen Kindern zu vermerken.¹²¹²

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit gilt es, die beiden Seiten einander gegenüberzustellen und abzuwägen. Bisher konnte nicht festgestellt werden, dass Kinder und Jugendliche, die Unterstützung bei der sozialen Auslebung ihrer Geschlechtsidentität erfahren haben, mit größerer Wahrscheinlichkeit diese stärker ausleben werden als andere.¹²¹³ Eine befürchtete frühzeitige Fixierung ist nicht zu erwarten. Die transsexuelle Prägung und der Beginn ihres Entwicklungsverlaufs sind unabhängig vom Willen der Betroffenen.¹²¹⁴ Die Entwicklung der psycho-sexuellen Identität ist häufig schon im Kindesalter abgeschlossen und eine irreversible Transsexualität kann auch bei jüngeren Personen mit hoher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden.¹²¹⁵ Folglich sind medizinische Gründe für eine konkrete Altersgrenze nicht erkennbar.¹²¹⁶ Für die Annahme, dass Operationen von jüngeren Menschen eher bereut werden, gibt es keine Nachweise.¹²¹⁷ Teilweise ist eine medizinische Indikation sogar schon früh gegeben.¹²¹⁸ Da operative Geschlechtsanpassungen jedoch als Voraussetzung für die rechtliche Geschlechtsänderung sehr fraglich sind und von ihr unabhängig betrachtet werden sollten, ist ihre Bedeutung für die Abwägung ohnehin gering.

Gründe für eine Höchstaltersgrenze sind schwer zu finden. *Pfäfflin* weist darauf hin, dass ggf. von einer Person, die viele Jahrzehnte in ihrem Geburtsgeschlecht gelebt hat, zu erwarten ist, dies auch für das restliche Leben zu tun.¹²¹⁹ Auch wenn es stimmt, dass mit steigendem Alter ein Geschlechtswechsel größere Schwierigkeiten mit sich bringt, weil Operationen ein größeres gesundheitliches Risiko involvieren oder die Familie sich an ihr Familienmitglied im bisher gelebten Geschlecht gewöhnt hat und ein Wechsel bei ihr zu großen Irritationen führen kann, stehen diese Argumente in keinem Verhältnis zu dem tiefen inneren Empfinden, die eigene Geschlechtsidentität auszuleben. Insofern kann weder objektiv oder durch Dritte

¹²¹² *van den Brink/Dunne*, Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, in: European Commission (Hrsg.), 2018, S. 65; *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), The legal status of transsexual and transgender persons, 2015, S. 613–663 (628).

¹²¹³ Vgl. *American Psychiatric Association*, DSM-V, 2013, S. 455.

¹²¹⁴ Vgl. *Augstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (11); *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), The legal status of transsexual and transgender persons, 2015, S. 613–663 (627).

¹²¹⁵ Vgl. *Krege*, Störungen der sexuellen Entwicklung und Sexualität im Kindesalter, Der Urologe 2011, S. 1449–1463 (1449).

¹²¹⁶ Vgl. vorlegende Amtsgerichte im Verfahren *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (93), die Antragsteller (95) und das BVerfG selbst (100).

¹²¹⁷ *Augstein*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16.03.1982 – 1 BvR 938/81, StAZ 1982, S. 173 (174).

¹²¹⁸ *Whittle*, Respect and equality: Transsexual and transgender rights, 2002, S. 173 ff.; *Pfäfflin*, Fünf Jahre Transsexuellengesetz, StAZ 1986, S. 199 (201).

¹²¹⁹ *Pfäfflin*, Geschlechtsumwandlung, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 646 (662).

beurteilt werden, ob diese Entscheidung zu diesem Zeitpunkt verhältnismäßig ist. Ebenso wenig sind Unannehmlichkeiten der Umwelt denkbar, die ein ausreichendes Gewicht haben, insbesondere wenn das Verhältnis zu Kindern unabhängig vom Geschlechtswechsel bestehen bleibt.

Des Weiteren sind Altersgrenzen nur bedingt geeignet, etwas so Persönliches und individuell Unterschiedliches, wie den Reifegrad einer Person, richtig zu beurteilen. Hierfür bedarf es viel mehr Einzelfallentscheidungen, gegebenenfalls in Zusammenarbeit der Betroffenen mit Ärzten, Psychologen und der Familie. Bei der Frage der Einwilligungsfähigkeit in medizinische Heileingriffe wird beispielsweise in der Rechtsprechung auf die individuelle Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen abgestellt und als Beurteilungskriterien die Schwere und Dringlichkeit des Eingriffs herangezogen.¹²²⁰ Die Schwere bezieht sich dabei auf die Auswirkungen, die der Eingriff auf das gesundheitliche Gleichgewicht der Person hat und auch auf die (langfristigen) Folgen für die weitere Lebensführung. Dringlichkeit liegt vor, wenn von einer Eilbedürftigkeit gesprochen werden kann, also ein in jedem Fall erforderlicher Eingriff sofort oder in absehbarer Zeit durchgeführt werden muss, um eine Krankheit oder körperliche Beschwerden zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern.¹²²¹ Aufgrund der großen Unterschiede bei einzelnen (jungen) Menschen und nach Kenntnis der Wissenschaft, beispielsweise auch zwischen Jungen und Mädchen im gleichen Alter, spricht Vieles für eine individuelle Beurteilung der Einsichts- und Urteilsfähigkeit. Dafür spricht auch, dass das Recht häufig eine Anhörung von Minderjährigen vorsieht, so beispielsweise in Deutschland auch beim Antrag auf Vornamensänderung von Nichttranssexuellen, die das 16. Lebensjahr vollendet haben, vgl. § 2 II NamÄndG und Allgemeine Verwaltungsvorschriften Nr. 7 II. Auch Minderjährige haben eine Menschenwürde und ein Recht auf Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität. Dies beinhaltet es, ihre Entscheidungen und Erklärungen nicht nur zu respektieren, sondern auch anzuerkennen, indem ihnen geschlechtliche Selbstbestimmung und Selbstakzeptanz ermöglicht werden. Die eigene Geschlechtsidentität ist eine höchstpersönliche Frage. Die Entscheidung diese zu verwirklichen sollte möglichst jedem selbst zugestanden werden.¹²²² Eine genaue Prüfung des Einzelfalls bei der Behandlung von Transsexuellen empfehlen auch verschiedene Leitlinien, wie die *Standards of Care* der *Worlds Professional Association for Transgender Health* (ehemals *Harry Benjamin International Gender Dysphoria Association, Inc.*).¹²²³

¹²²⁰ Vgl. *Knauer/Brose*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 223 StGB Rn. 57.

¹²²¹ *BGH*, Urt. v. 10.02.1959 – Az. 5 StR 533/58, *BGHSt* 12, 379 (382).

¹²²² *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 145.

¹²²³ *Pfäfflin*, *Geschlechtsumwandlung*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 646 (661).

(b) Altersgrenzen zur Vornamensänderung: Bei Transsexuellen und bei Nicht-Transsexuellen

Als der EGMR sich mit der Frage beschäftigen musste, ob es rechtmäßig sei, für den sexuellen Kontakt zwischen Menschen aus unterschiedlichen Altersgruppen unterschiedliche Grenzen vorzusehen, je nachdem ob die Betroffenen homosexuelle oder heterosexuelle Handlungen vornehmen, verwies er auf die Kommission. Diese hatte zum einen die aktuelle Forschung berücksichtigt, nach der sich die sexuelle Orientierung normalerweise bereits vor der Pubertät entwickelt hat. Zum anderen erwog die Kommission die Tatsache, dass die Mehrheit der Vertragsstaaten das gleiche Alter für die Zustimmung anerkannt hatte und kam zum Ergebnis, dass keine Rechtfertigung für das höhere Alter bei homosexuellen Handlungen gegeben sei.¹²²⁴ Ein gemeinsamer Standard hinsichtlich Altersgrenzen bei der Vornamensänderung kann nicht festgestellt werden, eine Anerkennung des Rechts auf Ausübung der Geschlechtsidentität hingegen schon. Der vom EGMR angewandte Gedankengang zu den sexuellen Handlungen lässt sich teilweise auf zwei Vergleichsgruppen bei der Vornamensänderung übertragen. Erstens Menschen, die ihren Vornamen ändern wollen, ohne Zusammenhang zu ihrer Geschlechtsidentität. Zweitens transsexuelle Menschen, die aufgrund der Differenz zwischen ihrem Vornamen und ihrer Geschlechtsidentität eine Änderung ihres Vornamens anstreben.

Vorliegend wird beispielhaft die Situation im deutschen Recht herangezogen. Nach §§ 2 I 1, 11 NamÄndG stellt für beschränkt Geschäftsfähige der gesetzliche Vertreter den Antrag auf Vornamensänderung. Beschränkt geschäftsfähig ist man in Deutschland im Alter von 7 bis 18 Jahren (§§ 106, 2 BGB). Die entsprechenden Allgemeinen Verwaltungsvorschriften sehen dies ebenfalls vor (Nr. 7 I, nach Nr. 62 S. 2 entsprechend anwendbar). Dies bedeutet, dass jeder Bürger nach Vollendung des 18. Lebensjahrs einen Antrag auf Vornamensänderung stellen kann. Bis zum Erreichen der vollen Geschäftsfähigkeit ist es möglich, die Änderung des Vornamens zu beantragen, dann vorzunehmen durch den gesetzlichen Vertreter.

Eine Altersgrenze für die Vornamensänderung bei Transsexuellen bedürfte einer besonderen Begründung. Hauptargument ist bisher die Gefahr einer frühzeitigen Fixierung auf das „andere“ Geschlecht gewesen. Bei der Transsexualität ist es so, dass laut Erfahrungen in der Therapie diese bereits sehr früh festgestellt werden kann, andere Transsexuelle sich ihrer Situation aber auch erst später im Leben bewusst werden können.¹²²⁵ Eine irreversible Transsexualität kann auch bei jüngeren Personen mit hoher Wahrscheinlichkeit festgestellt werden und medizinische Gründe für eine konkrete Altersgrenze sind nicht erkennbar.¹²²⁶ Die Fälle, in denen

¹²²⁴ EGMR, Urt. v. 09.01.2003 - 39392/98 und 39829/98, Rn. 47 ff. – L und V/Österreich.

¹²²⁵ *Ranchfleisch*, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 18; für die nach Alter unterschiedliche Entwicklung der Wahrnehmung von *gender*, vgl. *Reid*, *Psychiatric and Psychological Aspects of Transsexualism*, in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 25 (26 f.).

¹²²⁶ Vgl. vorliegende Amtsgerichte im Verfahren *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (93), die Antragsteller (95) und das BVerfG selbst (100).

Transsexuelle später ihre Entscheidung bereut haben, sind, soweit in der medizinischen Fachliteratur davon berichtet wurde, solche von älteren Patienten. Die Jugendschutzargumentation basiert auf der pathologischen Wahrnehmung von Transsexualität statt einer Akzeptanz als Normvarianz. Darüber hinaus kann sich das Versagen dieser Möglichkeit gerade bei jungen Transsexuellen besonders empfindlich auswirken. Sie befinden sich häufig in einem Alter, in dem sie die ersten Schritte in die Berufswelt wagen, eine Ausbildung beginnen, diese abschließen und ihren ersten Arbeitsplatz suchen müssen.¹²²⁷ Hier ergeben sich besonders viele mögliche belastende Situationen, in denen die Differenz zwischen dem persönlichen Auftreten und dem in Ausweisen verwendeten Namen deutlich wird. Schwierigkeiten im Umgang mit dem Arbeitgeber und der Berufswelt können durch eine Änderung des Vornamens vermieden werden. Gleichzeitig haben die jungen Menschen die Möglichkeit, in der ihrem Empfinden entsprechenden Rolle Selbstvertrauen zu gewinnen.¹²²⁸

Damit überwiegen die Interessen von jüngeren Transsexuellen gegenüber den Schutzinteressen des Staates. Starre Altersgrenzen, insbesondere über die Volljährigkeit hinausgehend, entsprechen einer Bevormundung. Gegen eine hohe Altersgrenze bei der Vornamensänderung spricht, dass diese eine Möglichkeit darstellt, eine enorme alltägliche Erleichterung zu schaffen. Zum einen ist in einigen Ländern eine Vornamensänderung unter geringeren oder gar keinen Voraussetzungen möglich. Es müssen also nicht die gleichen irreversiblen operativen Voraussetzungen erfüllt sein. Zum anderen gilt auch für Länder, in denen die Voraussetzungen gleich oder ähnlich sind, dass eine Vornamensänderung leichter reversibel wäre. Sobald jedoch der Personenstand mit der Folge geändert wurde, dass sich alle Rechte und Pflichten nach dem nun eingetragenen Geschlecht richten, ist eine Rückgängigmachung mit erhöhtem Aufwand verbunden.

Da folglich keine eindeutigen Gründe für unterschiedliche Altersgrenzen bei der Änderung von Vornamen ersichtlich sind und diese Änderung eine weitreichende Erleichterung für Transsexuelle darstellt, ohne einen irreversiblen Eingriff darzustellen und die Möglichkeit gibt, das eigene Geschlecht möglichst problemfrei (testweise) auszuleben, sind Altersgrenzen über der Geschäftsfähigkeit hinaus nicht gerechtfertigt.

¹²²⁷ Vgl. *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Report Doc. 13742 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 02.04.2015, S. 9 Rn. 33.

¹²²⁸ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 26.01.1993, BVerfGE 88, 87 (99).

c. EU

Nach dem EuGH Urteil *MB v Secretary of State for Work and Pension* kommt eine Kontrolle der Altersgrenzen als Voraussetzung für die Geschlechtsänderung auch unter den Gleichstellungs- und Diskriminierungsvoraussetzungen in Betracht. Auf Grund des notwendigen Bezugs zu Rechten und Ansprüche, die in den Zuständigkeitsbereich der EU fallen und damit vor allem die Wirtschaft und Freizügigkeit betreffen, sind Konstellationen für Minderjährige jedoch eher unwahrscheinlich. Innerhalb der GR-Charta verbietet Art. 21 ausdrücklich Diskriminierungen auf Grund des Alters. In der Vergangenheit ging es primär um Altersdiskriminierung, die Vorschrift kommt jedoch auch Kindern zu Gute.¹²²⁹

d. Schlussfolgerung

Im Ergebnis sind Altersgrenzen über die Geschäftsfähigkeit hinaus rechtswidrig¹²³⁰ und ein Abstellen auf die individuelle Einsichtsfähigkeit ist wünschenswert.¹²³¹ In keinem der Länder ohne Altersbeschränkungen kam es zu größeren Problemen.¹²³²

3. Geschlechtsangleichende Operation und Sterilisation

Ein besonders starker Bezug zur Medizin und zur vielfach und verstärkt kritisierten Pathologisierung von Transsexualität besteht bei der Frage, ob die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität von geschlechtsangleichenden Operationen und der (dauerhaften) Fortpflanzungsunfähigkeit abhängig gemacht werden darf. Der öffentlichen Debatte und den gesetzlichen Regelungen liegen zwei Annahmen zu Grunde. Erstens, dass alle Transsexuellen den Wunsch verspüren ihren Körper operativ anzupassen und zweitens, dass alle „Geschlechtsumwandlungen“ unweigerlich in chirurgischen Eingriffen enden.¹²³³

¹²²⁹ Jarass, Charta der GR der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 21 Rn. 23 m.w.N.

¹²³⁰ Auch Pfäfflin weist auf begründete Ausnahmen unter der Volljährigkeitsgrenze hin, Pfäfflin, Geschlechtsumwandlung, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl. 2010, S. 646 (660).

¹²³¹ Zu den Rechten von transidenten Kindern unter der UN-Kinderrechtskonvention, vgl. Henzel, BACK ME UP! Rights of Trans Children under the Convention on the Rights of the Child, Working Paper Nr. 13, 2016, <http://hcmr.de/wp-content/uploads/2017/01/Back-Me-Up.pdf> (zuletzt aufgerufen 24.01.2017).

¹²³² Scherpe/Dunne, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), The legal status of transsexual and transgender persons, 2015, S. 613–663 (628).

¹²³³ Vgl. Scherpe/Dunne, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), The legal status of transsexual and transgender persons, 2015, S. 613–663 (639 f.).

a. *Geschlechtsangleichende Operation*

Teilweise wird vertreten, dass der Anspruch auf Änderung des Personenregisters nur nach einer Geschlechtsumwandlung bestehe.¹²³⁴ Folglich würde sich aus Art. 1 I GG und Art. 8 EMRK kein Recht auf Personenstandsänderung basierend auf der psychischen Konstitution ableiten lassen. Dabei wird jedoch verkannt, dass die Geschlechtsidentität eines Menschen nicht zu seiner Disposition steht. Das Geschlecht eines Menschen wird zum Zeitpunkt seiner Geburt ausschließlich basierend auf körperlichen Merkmalen festgestellt. Im Laufe seines Lebens kann sich diese Annahme als falsch herausstellen. Ob das Geschlecht sich in dieser Zeit erst entwickelt hatte, also erst erworben wurde, ob es geprägt wurde oder eine genetische Disposition vorliegt, ist insofern irrelevant. In keinem dieser Erklärungsmodelle ist es einem Menschen möglich, seine geschlechtliche Identität willentlich zu beeinflussen und sich für ein Geschlecht zu entscheiden oder dieses umzuwandeln. Die „Entscheidung“ für ein Geschlecht ist somit immer nur die Entscheidung sein Geschlecht auszuleben, nicht dieses zu wählen.

aa. Deutschland

In Deutschland sah das TSG für die „große Lösung“ die dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 I Nr. 3) sowie die körperliche Angleichung (§ 8 I Nr. 4) vor. Beide Voraussetzungen wurden 2011 für verfassungswidrig erklärt und sind damit nicht mehr anwendbar, wurden bisher aber nicht aus den Gesetzestexten gestrichen, da sie nicht für nichtig erklärt wurden.

Die Voraussetzung der operativen Geschlechtsangleichung war im Gesetzgebungsverfahren unumstritten und wurde von der Bundesregierung damit begründet, dass gleichgeschlechtliche Ehen verhindert werden sollten.¹²³⁵ Der medizinische Eingriff wurde in Deutschland zu keiner Zeit von einer gerichtlichen Entscheidung abhängig gemacht.¹²³⁶ Im Jahr 2009 hatte das Bundesministerium des Inneren einen Reformentwurf für das Transsexuellengesetz entwickelt, welcher jedoch nicht in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht wurde. Dieser sah vor, dass neben der Fortpflanzungsunfähigkeit eine in körperlicher Hinsicht erfolgte Anpassung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts zur Voraussetzung gemacht wird, jedoch nur, soweit die dafür notwendige medizinische Behandlung nicht zu einer Gefahr für das Leben oder zu einer schweren dauerhaften Gesundheitsbeeinträchtigung des Betroffenen führe.¹²³⁷

¹²³⁴ *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 1 I Rn. 85. *Hufen* spricht davon, dass „[...] der Mensch durch eine Geschlechtsumwandlung seine geschlechtliche Identität verändert [...]“, vgl. Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen, JuS 2009, S. 259 (259).

¹²³⁵ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 12.

¹²³⁶ *Sigusch*, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, S. 2740–2745 (2741). Anders bspw. im italienischen Gesetz.

¹²³⁷ BT-Drs. 16/13157, S. 1; *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 29, BVerfGE 128, 109 (113).

(1) Anforderungen an die körperliche Angleichung bis zur BVerfG Entscheidung

Die Angleichung kann für die primären Geschlechtsmerkmale gefordert werden, gemeint sind damit die äußeren Geschlechtsorgane.¹²³⁸ Sofern hierunter auch die damit zusammenhängenden inneren Organe verstanden werden, ist *Theile* zuzustimmen, dass derartige Eingriffe nicht vom Wortlaut des § 8 I Nr. 4 TSG umfasst sind.¹²³⁹ Ebenso kann sich die Angleichung auf die sekundären Geschlechtsmerkmale beziehen. Unter sekundären Geschlechtsmerkmalen versteht man das gesamte körperliche Erscheinungsbild, welches bei Frauen z.B. durch die Brust und bei Männern durch einen Bart geprägt wird. Die in der Praxis durch die Gerichte gestellten Anforderungen an die körperliche Angleichung an das Gegengeschlecht waren nicht einheitlich. Auch in der Medizin wurden diesbezüglich unterschiedliche Ansätze vertreten.

Zwischen den Gerichten und Instanzen herrschte Uneinigkeit darüber, ob die Auslegung und Anwendung des TSG vom jeweiligen medizinischen Wissensstand abhängig gemacht werden dürfe.¹²⁴⁰ Die teilweise enge Auslegung von § 8 I Nr. 4 TSG durch die Gerichte ging zu Lasten der Transsexuellen und führte zur Erforderlichkeit von weitgehenden Maßnahmen. Das OLG Zweibrücken begrenzte die Anpassung durch das, was nach dem momentanen Stand in der Medizin möglich war und dem Transsexuellen zugemutet werden könne.¹²⁴¹ Unterstützend wies das OLG darauf hin, dass dies regelmäßig mit dem Willen des Transsexuellen korrespondiere. Insofern wurde durch die Gerichte nicht ausreichend berücksichtigt, dass ein „regelmäßig“ kein „immer“ ist und ebenfalls die Reichweite der Wünsche individuell unterschiedlich sein kann. Das bayerische OLG begrenzte das medizinisch Mögliche durch das nach dem Stand der Medizin und dem Wunsch des Transsexuellen Sinnvolle und in einem angemessenen Verhältnis von Erfolgsaussicht und Risiko Stehende.¹²⁴² Das OLG Hamm wiederum akzeptierte bereits 1983 die Erkenntnis, dass bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen nach dem damaligen Wissensstand in der Medizin eine geschlechtsangleichende Operation im Genitalbereich nicht möglich bzw. sinnvoll sei und folglich nur die operative Entfernung der Brüste verlangt werden könne.¹²⁴³ Das OLG Zweibrücken stimmte dieser Erkenntnis 1991 zu, da diese operative Möglichkeit zu dieser Zeit in der Medizin differenziert und

¹²³⁸ Zur bereits frühen Begründung, warum geschlechtsangleichende Maßnahmen, insbesondere die Schaffung von nicht gewachsenen Geschlechtsmerkmalen, nicht sittenwidrig sind, vgl. *Walter*, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263–267.

¹²³⁹ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 124. Warum dies einen Eingriff in die besonders geschützte Intimsphäre des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG darstellen soll und die anderen Eingriffe nicht, wird nicht begründet und ist nicht nachvollziehbar.

¹²⁴⁰ Vgl. der Vorinstanz widersprechend und dafür *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 24.06.1991 – Az. 3 W 17/91, NJW 1992, S. 760 (761).

¹²⁴¹ *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 24.06.1991 – Az. 3 W 17/91, NJW 1992, S. 760 (761).

¹²⁴² *BayObLG*, Beschl. v. 14.06.1995 – Az. 1Z BR 95/94, NJW 1996, S. 791 (792).

¹²⁴³ *OLG Hamm*, Beschl. v. 15.02.1983 – Az. 15 W 384/82, OLGZ 1983, S. 153 (158).

kontrovers beurteilt werde. Des Weiteren betonte das OLG, dass eine zukünftig andere Beurteilung möglich oder erforderlich sei, da dies vom Fortschritt in der plastischen Chirurgie abhängt.¹²⁴⁴ Mit der Zeit hielten auch weitere Gerichte die künstliche Schaffung eines Penis und die Vornahme einer Scheidenverschlusßoperation für nicht notwendig.¹²⁴⁵ Für das Kriterium der Angleichung sollten bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen die Entfernung oder Verkleinerung der Brüste genügen.¹²⁴⁶

Nach herrschender Meinung sollte eine geschlechtliche Betätigung im neuen Geschlecht möglich sein und eine im alten Geschlecht unterbunden werden.¹²⁴⁷ Insofern wurde ein Bezug zur Ehe und etwaigen ehelichen Pflichten hergestellt.¹²⁴⁸ Da sich Rechte und Pflichten von Transsexuellen gem. § 10 TSG nach dem neuen Geschlecht richteten, gelte dies auch für Rechte und Pflichten in einer künftigen Ehe. Unter diesem Aspekt wurden ordnungs- und ehepolitische Bedenken geäußert, z. B. dass es nicht ausreiche § 8 I Nr. 4 TSG extensiv so auszulegen, dass die Unmöglichkeit einer geschlechtlichen Betätigung im Ursprungsgeschlecht ausreiche.¹²⁴⁹ Ordnungspolitische Bedenken sind jedoch nicht nachvollziehbar. Die Genitalien einer Person sind außerhalb von Schwimmbädern u.ä. nicht offensichtlich und in diesen Örtlichkeiten sind Maßnahmen denkbar. Auch die ehepolitischen Bedenken wirken aus heutiger Sicht veraltet, aber auch damals konstruiert. Es scheint fernab von der Realität, dass Ehepartner nicht bewusst eine Ehe eingehen und über die Ausübungsmöglichkeiten des Geschlechtsakts mit ihrem Partner im Bilde sind. Eine freie Entscheidung hierfür darf nicht durch den Staat bewertet oder verhindert werden. Dies gilt auch, wenn man berücksichtigt, dass von nicht-transsexuellen Menschen mit Erektionsproblemen oder anderen Einschränkungen aufgrund von Unfällen oder Krankheiten ebenfalls keine Operation verlangt wird, um den Ehepartner zu schützen und ehepolitischen Bedenken entgegen zu wirken. Des Weiteren wurde bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen auf den heutzutage nicht mehr existenten Straftatbestand des § 175 StGB verwiesen.¹²⁵⁰

Gegen eine extensive Auslegung wurde weiterhin vorgebracht, dass es sich um einen Sonderfall der Gesetzgebung handle. Dieser verlange eine restriktive Auslegung. Für diese restriktive Auslegung wurde auch die Gesetzesbegründung der

¹²⁴⁴ OLG Zweibrücken, Beschl. v. 24.06.1991 – Az. 3 W 17/91, NJW 1992, S. 760 (762).

¹²⁴⁵ LG Frankenthal, Beschl. v. 16.12.1992 – Az. 1 T 244/91, R & P 1993, S. 42–43; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 07.05.1993 – Az. 3 W 5/93, R & P 1993, S. 150; BayObLG, Beschl. v. 14.06.1995 – Az. 1 Z BR 95/94, NJW 1996, S. 791 (792). So auch bereits 1980, Sigusch, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, S. 2740 (2744).

¹²⁴⁶ Rauchfleisch, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 39.

¹²⁴⁷ Walter, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (264); OLG Zweibrücken, Beschl. v. 24.06.1991 – Az. 3 W 17/91, NJW 1992, S. 760 (761); BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 12.

¹²⁴⁸ Schneider, Zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem Transsexuellengesetz, NJW 1992, S. 2940 (2941).

¹²⁴⁹ *Ibid.*

¹²⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 26.

Bundesregierung herangezogen, wonach der Antragsteller das Risiko einer negativ verlaufenen Operation trage. Eine Freistellung hiervon sei nicht billig, da der Antragsteller das Risiko bewusst eingegangen sei.¹²⁵¹ Diese Aussage ist in mehrfacher Weise inkorrekt. Weder hat der Transsexuelle sich seine Transsexualität ausgesucht, noch möchte oder kann jeder Transsexuelle eine umfassende geschlechtsangleichende Operation vornehmen lassen.

Bei der Auslegung des TSG gilt es, die BVerfG-Rechtsprechung und die darauf aufbauende Zielsetzung des Gesetzgebers zu berücksichtigen. Demnach dürfen die Voraussetzungen für die Verwirklichung der Persönlichkeit nicht zu hoch angesetzt werden, sodass medizinisch nicht indizierte Eingriffe nicht zu rechtfertigen sind, insbesondere wenn eine Annäherung an das Erscheinungsbild bereits auf andere Weise erreicht worden ist.¹²⁵² Rückblickend waren die Forderungen durch die Gerichte vielfach überhöht und gingen über eine Angleichung der äußeren Merkmale hinaus.¹²⁵³ Es wurden stereotypische Merkmale von Transsexuellen eingefordert, um ihr Geschlecht zu beweisen und nachzuweisen, welche weder von allen anderen Menschen gefordert noch von ihnen stringent gelebt werden.

Diese Gesetzesauslegung in der Rechtsprechung sah sich zunehmend Kritik ausgesetzt. Das BVerfG beschäftigte sich in seiner fünften Entscheidung zum TSG 2005 mit der Verfassungsmäßigkeit von § 7 I Nr. 3 TSG, welcher die Vornamensänderung für unwirksam erklärte, wenn ein Transsexueller nach dieser eine Ehe einging.¹²⁵⁴ In diesem Zusammenhang stellte das BVerfG zum ersten Mal fest, dass die Fachliteratur die unterschiedliche personenstandsrechtliche Behandlung von Transsexuellen mit und ohne Operation als nicht haltbar einstufte, da nicht bei jedem Transsexuellen geschlechtsumwandelnde Maßnahmen indiziert seien.¹²⁵⁵ Das BVerfG nannte dem Gesetzgeber drei Beispiele, wie eine verfassungsgemäße Rechtslage hergestellt werden könnte. Der zweite Vorschlag umfasste das Personenstandsrecht so zu ändern, dass Transsexuelle auch ohne Operation dem anderen, neuen Geschlecht zugeordnet werden können, sodass homosexuell orientierte Transsexuelle nun eine Lebenspartnerschaft eingehen können.¹²⁵⁶ Dieser Vorschlag hätte zu einer Gleichstellung der „kleinen“ und der „großen“ Lösung geführt. Bis zum heutigen Tag, immerhin zehn Jahre später, ist der Gesetzgeber jedoch untätig geblieben. Damit liegt faktisch der gleiche Zustand vor, als wenn man den ersten Lösungsvorschlag umgesetzt und § 7 I Nr. 3 TSG ersatzlos gestrichen hätte. Tatsächlich wurde auch in der juristischen Literatur die Streichung des § 8 I Nr. 4 TSG gefordert. Teilweise mit dem Argument, dass für die Zuordnung der Geschlechter in der Gesellschaft die körperlichen Faktoren von schwindender Bedeutung

¹²⁵¹ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 15.

¹²⁵² Vgl. *BayObLG*, Beschl. v. 14.06.1995 – Az. 1 Z BR 95/94, NJW 1996, S. 791 (793).

¹²⁵³ So auch *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 125.

¹²⁵⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, BVerfGE 115, 1; vgl. dazu später D II 4 d aa.

¹²⁵⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 66, BVerfGE 115, 1 (21–22).

¹²⁵⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 72, BVerfGE 115, 1 (25).

seien.¹²⁵⁷ Unter Berücksichtigung der Rechtslage in anderen Ländern sieht man, dass eine Änderung des Personenstands ohne operative Eingriffe bereits seit längerem rechtlich vertretbar war.¹²⁵⁸

Im Übrigen ist die geschlechtsumwandelnde Operation keine solche, sondern nur eine geschlechtsanpassende Operation. Die Operation selbst stellt nicht den Übergang zum anderen Geschlecht dar. Ihre Aufgabe ist die Anpassung und Harmonisierung.¹²⁵⁹ Es stimmt zwar, dass die Psyche weniger greifbar ist als das körperliche Erscheinungsbild und sich so schlechter als Ordnungsmerkmal eignet. Dies sagt allerdings nichts über ihre Bedeutung aus.¹²⁶⁰

(2) Verfassungsrechtlicher Kontext

Die Frage der Verfassungsmäßigkeit dieser Voraussetzungen präsentiert sich im Kontext mehrerer Grundrechte. Zunächst ist fraglich, ob sich aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG ein Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität nur unter der Bedingung der körperlichen Angleichung und Fortpflanzungsunfähigkeit ergibt. Diese Frage kann zweifellos nicht ohne Berücksichtigung von Art. 2 II 1 GG und dem Recht auf körperliche Unversehrtheit beantwortet werden. Des Weiteren ergeben sich noch Bezüge zu Art. 6 GG und dem Recht auf Eingehung einer Ehe, zumindest solange in Deutschland keine gleichgeschlechtliche Ehe vorgesehen war. Möglicherweise müssen auch Aspekte des Gleichheitsgedankens aus Art. 3 GG berücksichtigt werden.

(a) Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

Auf Entstehung und Inhalt des Rechts auf Achtung der Geschlechtsidentität als Teil des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, welche eine Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellt, wurde bereits oben eingegangen.¹²⁶¹ Es beinhaltet das Finden und Erkennen der eigenen Geschlechtsidentität und verbietet es, das rechtliche Geschlecht allein von physischen Merkmalen abhängig zu machen.

¹²⁵⁷ *Windel*, Transsexualität und Recht – Ein Überblick, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, 2008, S. 67–80 (76); unter Verweis auf Intersexualität *Coester-Waltjen*, *Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?*, JZ 2010, S. 852 (856).

¹²⁵⁸ So z.B. in Finnland (*Pimenoff/Will*, Zum neuen finnischen Transsexuellengesetz, StAZ 2003, S. 71–73 (73)), England (*Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 128).

¹²⁵⁹ *Walter*, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (266). Zustimmend unter Verweis auf den theoretischen Fall, dass sich ein nicht-transsexueller Mensch einer derartigen Operation unterzöge und sich dadurch am Zugehörigkeitsempfinden nichts ändern würde *Pfäfflin*, *Geschlechtsumwandlung*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 646 (655).

¹²⁶⁰ *Walter*, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (267).

¹²⁶¹ Vgl. D I 1 a cc (1).

(aa) Schutzbereich und Eingriff

Nach der Rechtsprechung des BVerfG, ergab sich aus dem Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts das Recht des Einzelnen, den Personenstand entsprechend der eigenen „psychischen und physischen Konstitution“ zu erhalten.¹²⁶² Aus dieser doppelten Konditionierung ließ sich die Schlussfolgerung ziehen, dass ein Recht auf Geschlechtsanpassung nur nach operativen geschlechtsanpassenden Maßnahmen bestehe, die das Erscheinungsbild der Geschlechtsidentität anpassen.¹²⁶³ Nach Ansicht des OLG Düsseldorf gebieten Art. 1 I und Art. 2 I GG zwar eine Zuordnung des Personenstands nach dem psychischen und physischen Geschlecht einer Person, aber nicht, dass bei der Bewertung und Beurkundung der Geschlechtszugehörigkeit dem subjektiven Zugehörigkeitsempfinden Vorrang einzuräumen sei gegenüber den physischen Attributen.¹²⁶⁴ Dass das Geschlecht nicht frei wählbar und disponibel sei, ergebe sich daraus, dass das soziale Leben, Rechts- und Sittenordnung von dem Prinzip ausgingen, dass jeder Mensch entweder männlich oder weiblich sei.

Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG gewährleistet die freie Entfaltung der im Menschen angelegten Fähigkeiten.¹²⁶⁵ Dass es Teil dieser Entfaltung ist die Übereinstimmung von Körper und Seele anzustreben, wurde vielfach in Rechtsprechung und Literatur betont.¹²⁶⁶ Die einst vorherrschenden Meinungen und Erfahrungen in der Medizin gingen davon aus, dass Transsexuelle nach einer möglichst umfassenden körperlichen Angleichung streben und verstanden diesen Wunsch als Anspruch und Schutz der Betroffenen. Diesen Wunsch kann man aber auch als Ausprägung der vorherrschenden dichotomen Geschlechtsvorstellung deuten, welche der Gesellschaft und in ihr lebenden „Sonderfällen“ aufgezwungen wird. Unabhängig von der Erklärung ist das Erfordernis einer körperlichen Angleichung vom Schutzbereich umfasst. Die prinzipielle Befugnis sein Äußeres nach eigenem Gutdünken zu gestalten ist im Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit enthalten.¹²⁶⁷ Der vom Staat auferlegte Zwang operative Maßnahmen vornehmen zu lassen, um im Erscheinungsbild stereotype Vorstellungen der Geschlechter gerecht zu werden, stellt einen Eingriff in den Schutzbereich dar.¹²⁶⁸ Dafür sprach auch die Aussage des BVerfG, dass dieses Recht es verbiete die Geschlechtszugehörigkeit allein von physischen Merkmalen abhängig zu machen.¹²⁶⁹ Laut *Wielpütz* hatte diese Ansicht durch die fünfte

¹²⁶² BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

¹²⁶³ So auch *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 83; *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger Frauenstudien, Queering Gender 2005, S. 115 (127).

¹²⁶⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.04.1995 – Az. 3 Wx 88/95, NJW 1996, S. 793 (793).

¹²⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (298).

¹²⁶⁶ *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 2 I Rn. 110.

¹²⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 14.02.1978 – 2 BvR 406/77, Rn. 38, BVerfGE 47, 239–253 (249).

¹²⁶⁸ *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (269); *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (361).

¹²⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 50, BVerfGE 115, 1 (15).

Entscheidung des BVerfG (zum Verlust der Vornamensänderung bei Eheschließung) Unterstützung erfahren, als das BVerfG betonte, dass Transsexualität auch gegeben sei, wenn kein Operationswunsch vorliege.¹²⁷⁰

Des Weiteren ist davon auszugehen, dass grundsätzlich jede Voraussetzung, von der die Verwirklichung der eigenen Geschlechtsidentität abhängig gemacht wird, einen Eingriff in das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität darstellt, welcher der Rechtfertigung bedarf. Insofern liegt auch kein „freiwilliger Eingriff“ vor.¹²⁷¹ Diese Argumentation kommt allenfalls hinsichtlich Art. 2 II GG in Betracht und wird dort diskutiert werden.

Damit liegen ein Eingriff in das Recht seinen Körper und sein Äußeres nach eigener Vorstellung zu gestalten (als Teil des Rechts auf Achtung der Persönlichkeit) und ein Eingriff in das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität vor.

(bb) Rechtfertigung

(i) Legitime Zwecke

Die Legislative verfügt über einen weiten Spielraum, da sie gem. Art. 20 III GG allein an das Grundgesetz gebunden ist. Somit ist nur die Verfolgung verfassungswidriger Ziele verboten und der Gesetzgeber ansonsten bei seiner Zweckwahl frei.¹²⁷² Da sich der Zweck jedoch nicht direkt aus der Verfassung ergeben muss, kommen grds. alle Staatsaufgaben in Frage.¹²⁷³ Im Zusammenhang mit Transsexualität und der eindeutigen Bestimmung des Geschlechts wird vielfach auf ordnungspolitische Interessen des Staates verwiesen, ohne auf diesen Begriff näher einzugehen. Gemeinhin umfasst der Begriff der Ordnungspolitik alle staatlichen Maßnahmen, welche die Rahmenbedingungen des Wirtschaftens setzen und der Erhaltung, Anpassung oder Verbesserung der Wirtschaftsordnung dienen sollen.¹²⁷⁴ Insbesondere im Zusammenhang mit der EU hat die Ordnungspolitik eine primär wirtschaftsbezogene Bedeutung. Bei der Frage des Geschlechts geht es jedoch nicht um die Regelung des Wirtschaftslebens, sondern der inneren und äußeren Ordnung sowie der (Rechts-)Sicherheit. Mit der inneren Ordnung ist die gesellschaftliche Ordnung samt ihrer Werte, Vorstellungen und Erwartungen gemeint wie auch die rechtliche Ordnung. Im Rahmen des legitimen Zwecks der Ordnungspolitik soll bereits an dieser Stelle angemerkt werden, dass mit ihr auch neue Anreize geschaffen werden können, für die Menschen Dinge zu tun oder zu lassen. Ebenso kann ihre Denkweise beeinflusst werden und Offenheit geschaffen werden. Die Kategorie Geschlecht hat heutzutage aufgrund ihrer ordnungspolitischen Funktion vor allem

¹²⁷⁰ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 92 Fn. 329; *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 66, *BVerfGE* 115, 1 (22).

¹²⁷¹ So die rot-grüne Bundesregierung BT.-Drs. 14/9837 v. 31.07.2002, S. 7; widersprechend *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, *StAZ* 2007, S. 357 (361).

¹²⁷² Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.1971, Az. 1 BvR 52/66, *BVerfGE* 30, 292 (316).

¹²⁷³ Hufen, *Staatsrecht II*, 3. Aufl. 2011, § 9 Rn. 19.

¹²⁷⁴ *Schubert/Klein*, *Das Politiklexikon*, 5. Aufl., 2011.

als Einschränkung von Freiheiten Bedeutung.¹²⁷⁵ Gemeint sind die Dichotomie bzw. die Begrenzung der Geschlechter und das geforderte Übereinstimmen zwischen *sex* und *gender*, also biologischem und kulturellem Geschlecht.

Das Geschlecht hat nach wie vor in der Gesellschaft eine große Bedeutung für den Umgang miteinander, vor allem im sozialen Bereich. Beispielsweise schreiben Menschen dem Geschlecht einer Person im Alltag gewisse Fähigkeiten und Eigenschaften zu. Diese Eingruppierung hilft dem Menschen im Alltag zu Recht zu kommen, insofern arbeitet er mit Erfahrungswerten, Vermutungen und der Wahrscheinlichkeit, dass von einer Person eines Geschlechts etwas erwartet werden kann. Ein Verhalten, Fähigkeiten oder Aussehen entsprechend dem anderen Geschlecht werden als auffällig und etwas Besonderes – nicht Normales – wahrgenommen. Wenn das äußerliche, biologische Geschlecht von dem rechtlichen Geschlecht abweicht, kann dies zu Irritationen führen. Dabei gilt es zu bedenken, dass in einem großen Teil des Alltags das rechtliche Geschlecht nicht zur Geltung kommt. Auftreten und Aussehen können unabhängig vom Geschlecht zu Verwirrung führen und werden dennoch staatlich nicht zu begrenzen sein. Seit Ende 2013 kann bei Uneindeutigkeit zum Zeitpunkt der Geburt das Geschlecht offengelassen werden und seit 2019 gibt es den Geschlechtseintrag „divers“¹²⁷⁶ Gesetz, Staat und Recht sind damit eine gewisse Flexibilität bei der Angabe des Geschlechts nicht mehr völlig fremd.

Die rechtliche Bedeutung einer eindeutigen Geschlechtszuordnung nimmt immer mehr ab. Als Hauptbereich blieb das Familienrecht – solange eine Ehe nur von zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts eingegangen werden konnte – sowie die Rechte und Pflichten gegenüber Kindern. In der Gesetzesbegründung hieß es, es sei nicht angängig, eine Eheschließung zu ermöglichen, solange sich eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle geschlechtlich noch als Mann betätigen könne.¹²⁷⁷ Die familienrechtliche Notwendigkeit eindeutig einem der zwei Geschlechter zuzugehören ist mit der Vorstellung verbunden, dass nur ein Mann und eine Frau eine Ehe eingehen können, Männer Kinder zeugen, Frauen Kinder gebären, Männer Väter sind, Frauen Mütter sind und ein Mann/Vater und eine Frau/Mutter die Eltern sind. Traditionell wurde der Ehe die Funktion für die Fortpflanzung in der Familie zugeschrieben, woraus sich die große Bedeutung der Reproduktionsfunktion für den Geschlechtseintrag ergibt. Diese Vorstellung ist inzwischen überholt.¹²⁷⁸ Die Ehe ist schon seit vielen Jahren nicht mehr ausschließlich auf die Kinderzeugung ausge-

¹²⁷⁵ *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger Frauenstudien, Queering Gender 2005, S. 115 (132).

¹²⁷⁶ Vgl. dazu B II 2 b bb und E II 2 c.

¹²⁷⁷ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 12. So auch bereits zuvor *BGH*, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, 330 (333). Für nicht tragfähig hält diesen Grund *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (361).

¹²⁷⁸ Vgl. *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 2008, insbesondere S. 11–28 (Kapitel „Ehe und Familie im Umbruch: Ein einführender Überblick“) und S. 381–404 „Entkoppelung von biologischer und sozialer Elternschaft“).

richtet, sondern gilt neben ganz persönlichen Gründen vor allem der rechtlichen Absicherung einer Partnerschaft, sodass es viele kinderlose Ehen gibt. Alternativ werden Kinder auch von alleinerziehenden Eltern, gleichgeschlechtlichen oder unverheirateten Paaren groß gezogen.¹²⁷⁹ Außerdem steigt die Zahl der Länder, die die gleichgeschlechtliche Ehe sowie die Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare zulassen. Die Bedeutung des Geschlechts nimmt somit auch im Familienrecht mehr und mehr ab. Auch geht die geschlechtliche Betätigung selbst den Staat nichts an, wenn sie nicht gesetzlich verboten ist.¹²⁸⁰ Mit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare durch den Gesetzgeber¹²⁸¹ bleibt nur noch das Abstammungsrecht.

Hinsichtlich der Bedeutung des Geschlechts im Recht wurde früher auf die strafrechtliche Norm § 175 StGB a.F. verwiesen. Dieser Paragraph stellte sexuelle Handlungen zwischen Männern unter Strafe.¹²⁸² Nachdem § 175 StGB seit 1994 nicht mehr in Kraft ist, bleiben vereinzelt Normen im Strafrecht, die explizit auf das Geschlecht abstellen (§ 183 StGB Exhibitionismus, § 218 III StGB Selbstabtreibung) oder implizit an dieses anknüpfen (§ 109 StGB Wehrpflichtentziehung durch Verstümmelung, § 173 StGB Geschwisterinzest).¹²⁸³ Neu hinzugekommen zur ersten Gruppe ist 2013 § 226 a StGB, die Verstümmelung weiblicher Genitalien. Im Rahmen dieser Normen stellt sich die Frage, ob und ab wann sie auf Transsexuelle (oder Intersexuelle oder Menschen, die nach § 22 III PStG keinen Geschlechtseintrag haben) anwendbar sind. Legitimer Zweck soll die Verhinderung eines Missbrauchs zur Begehung von Straftaten sein. Insofern ist fraglich, ob es auf die personenstandsrechtliche Änderung des Geschlechtseintrags oder die Veränderung der äußerlichen Geschlechtsmerkmale ankommt. Mit Inkrafttreten des TSG wurde von der herrschenden Kommentarliteratur vertreten, dass nach § 10 I TSG die Rechtskraft der Entscheidung über den Geschlechtswechsel maßgeblich sei. Hierfür spricht die dadurch gewonnene Rechtssicherheit. Unproblematisch ist damit die Situation, dass die „große Lösung“ vollzogen wurde und eine Operation vorliegt. Fraglich sind jedoch die Fälle, in denen nur eine Operation vorliegt, aber keine Entscheidung nach § 10 TSG oder in denen eine Entscheidung nach § 10 TSG vorliegt, aber keine Operation. Gegen die reine Anknüpfung an die rechtliche Einordnung spricht, dass so Fälle ausgeschlossen würden, die vom Schutzzweck der Norm umfasst wären.¹²⁸⁴ Für die Eignung als Opfer oder Täter müssen

¹²⁷⁹ Vgl. *Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 4.

¹²⁸⁰ *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (269).

¹²⁸¹ Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, v. 20.07.2017 (BGBl. I 2017 S. 2787).

¹²⁸² So bspw. *BGH*, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, 330 (333).

¹²⁸³ Das BVerfG setzt für eine Strafbarkeit des Geschwisterinzests nach § 173 StGB den Geschlechtsverkehr von Personen unterschiedlichen Geschlechts voraus, *BVerfG*, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224 (250).

¹²⁸⁴ *Ladiges*, Der Geschlechtsbegriff im Strafrecht, RuP 2014, S. 15 (16 f.); *Walter*, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (267 Fn. 33).

der Schutzzweck der Normen und die tatsächlichen biologischen Gegebenheiten ausschlaggebend sein. Es handelt sich nicht um ein rein normatives Merkmal und auch nicht um ein Recht oder eine Pflicht, wie in § 10 TSG formuliert.¹²⁸⁵ Beispielsweise dient § 183 StGB dem Schutz vor der Belästigung durch das Zeigen männlicher Geschlechtsorgane.¹²⁸⁶ Dieser Schutz kann sowohl von jemandem mit einem männlichen Geschlechtsorgan verletzt werden, der rechtlich ein Mann ist, als auch von einer Person, die einen Geschlechtseintrag als Frau hat. Beides lässt sich unter den Begriff „Mann“ i.S.d. § 183 StGB subsumieren.¹²⁸⁷ Mit dieser Argumentation ist ein Verweis auf die Bedeutung des Geschlechts im Strafrecht als legitimen Zweck fraglich. Wenn in jedem Einzelfall nach dem Zweck der gesetzlichen Differenzierung zwischen den Geschlechtern unterschieden und auf die tatsächlichen Gegebenheiten abgestellt wird, resultiert aus der Verknüpfung von operativem Eingriff und rechtlicher Geschlechtsänderung keine Erhöhung der Rechtssicherheit.

Mit der Aussetzung des Wehrdienstes für Männer nach Art. 12 a GG ist diese von geringer praktischer Bedeutung. Auf den Wehrdienst wird mit dem Argument der Gefahr des Missbrauchs einer Änderung des Geschlechts verwiesen, was strengere Voraussetzungen an die Änderung rechtfertigen soll. Als Gründe für die Anerkennung von nur zwei Geschlechtern und die Zuordnung zu diesen werden außerdem die Identifizierbarkeit, Statistiken, Erkennbarkeit von Rechten und Pflichten der Bürger und die Übereinstimmung mit internationalen Standards genannt.¹²⁸⁸

Früher setzte die Diagnose Transsexualität den unbedingten und umfassenden Operationswunsch der Betroffenen voraus.¹²⁸⁹ Zweck der Voraussetzung des operativen Eingriffs könnte auch die Absicherung dieser Diagnose sein. Mittlerweile ist jedoch anerkannt, dass der Operationswunsch keine zwingende Voraussetzung ist, sodass es sich um keinen legitimen Zweck handelt bzw. es zumindest an der Geeignetheit mangelt.¹²⁹⁰

Zwar wurde in diesem Abschnitt aufgezeigt, dass die Gründe für eine eindeutige Einteilung in zwei bzw. drei Geschlechter zunehmend an Bedeutung verlieren, aufgrund des weiten Ermessens des Staates bei der Wahl seiner Ziele sind diese jedoch weiterhin anzuerkennen und ggf. in der späteren Abwägung zu berücksichtigen. Grundsätzlich gilt, dass die ordnungspolitischen Interessen und die Verhinderung von Missbrauch legitime Zwecke darstellen.¹²⁹¹

¹²⁸⁵ Vgl. Reinhard, Anmerkung zu LG Mannheim, Urt. v. 16.11.1995 – (4) 3 Kls 5/95, NStZ 1997, S. 86 (87).

¹²⁸⁶ Vgl. Heger, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 28. Aufl. 2014, § 183 Rn. 2.

¹²⁸⁷ Ladiges, Der Geschlechtsbegriff im Strafrecht, RuP 2014, S. 15 (17).

¹²⁸⁸ Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 107.

¹²⁸⁹ Vgl. dazu B I 1 a cc.

¹²⁹⁰ Bei der Geeignetheit setzt an: Wielpiütz, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 140.

¹²⁹¹ So auch Wielpiütz, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 138; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 107.

(ii) Geeignetheit

Das staatliche Mittel, vorliegend der Eingriff durch die Voraussetzung der körperlichen Angleichung, muss geeignet sein, diese Zwecke zu erreichen oder zumindest zu fördern¹²⁹². Nicht notwendig ist, dass der Zweck vollständig erreicht wird. Es genügt, dass durch den Eingriff die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass der angestrebte Erfolg zumindest teilweise eintritt.¹²⁹³

Hinsichtlich der unterschiedlichen ordnungsrechtlichen Interessen gilt, dass durch das Abhängigmachen der Personenstandsänderung vom Anpassen des äußeren Erscheinungsbilds Irritationen in der Gesellschaft verhindert oder zumindest verringert werden.

In Bezug auf das Eltern-Kind-Verhältnis erscheint die Geeignetheit hingegen fraglich. Zum einen klärt bereits § 11 S. 1 TSG, dass das Verhältnis zu etwaigen Kindern unverändert bleibt. Dies gilt sowohl für Kinder, die vor der Geschlechtsänderung geboren oder gezeugt wurden, als auch für nach der Geschlechtsanpassung geborene und gezeugte Kinder. Sofern Kinder bereits existieren, kann durch die Vorgabe der operativen Angleichung das Verhältnis nicht beeinflusst werden. Praktisch lässt es sich nicht verhindern, dass ein bisheriger Vater eine Mutterrolle übernimmt oder andersrum. Des Weiteren ist die körperliche Geschlechtsangleichung nur für Mann-zu-Frau-Transsexuelle von Bedeutung. Durch die Entfernung von Penis und Hoden können sie auf natürliche Weise keine Kinder mehr zeugen. Es besteht jedoch weiterhin die Möglichkeit der künstlichen Befruchtung mit vorher konservierten Spermien. Damit wären aber auf natürliche Weise zeugende Frauen ausgeschlossen. Da bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen die Scheidenverschlussoperation in der Rechtsprechung abgelehnt wird¹²⁹⁴, bleiben gebärende Männer weiterhin möglich. Zwar wird teilweise durch eine Hormontherapie, die aber nicht zwingend ist, eine Unfruchtbarkeit erzeugt, mit Absetzen der Medikation setzt diese jedoch vielfach wieder ein. Damit bleibt eine teilweise Zweckförderung bestehen, welche aufgrund des weiten Einschätzungsspielraums für die Bejahung der Geeignetheit ausreicht.

Missbrauch und Täuschung werden durch hohe Hürden wie einen operativen Eingriff mit dauerhaften Folgen fast ausgeschlossen. Allerdings sind bisher noch keine derartigen Fälle bekannt geworden und aufgrund der bestehenden Voraussetzungen auch unwahrscheinlich. Infolge des weiten Einschätzungsspielraums des Gesetzgebers ist die Zweckförderlichkeit zu bejahen. Gleiches gilt für die Zwecke der Identifizierbarkeit, Statistiken und internationale Standards.

¹²⁹² Vgl. *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 20 GG Rn. 112.

¹²⁹³ St. Rspr., vgl. nur *BVerfG*, Urt. v. 22.05.1963 – 1 BvR 78/56, BVerfGE 16, 147 (183); *BVerfG*, Beschl. v. 10.04.1997 – 2 BvL 45/92, BVerfGE 96, 10 (23 ff).

¹²⁹⁴ Vgl. dazu D II 3 a aa (1).

(iii) Erforderlichkeit

Damit ein Mittel erforderlich ist, dürfen neben ihm keine gleich geeigneten milderen, das geschützte Rechtsgut weniger beeinträchtigende, Mittel bestehen.¹²⁹⁵ Mildere Mittel stellen alle Voraussetzungen dar, die gar nicht oder weniger stark in die körperliche Unversehrtheit eingreifen. Das geschlechtsbezogene Erscheinungsbild einer Person kann auch durch nicht-operative Veränderungen der Äußerlichkeit stark an das Geschlecht angepasst werden, bspw. durch Make-up, Haarverlängerungen/Perücken, Silikonbrüste und Silikonkörperformung. Da die primären Geschlechtsmerkmale im Alltag im Normalfall verhüllt sind, besteht hinsichtlich der Geeignetheit kein Unterschied. *Wielhötz* ist der Ansicht, dass es dennoch zu Ablehnung und Ausgrenzung komme, wenn primäre, äußerliche Geschlechtsmerkmale bestehen, die dem rechtlichen Geschlecht widersprechen.¹²⁹⁶ Das ordnungspolitische Interesse sei daher nur erfüllt, wenn die Einteilung in zwei Geschlechtern nicht durch geschlechtsatypische äußere Merkmale konterkariert werde. Das gelte im Übrigen auch für die Abstammung.¹²⁹⁷ Inwiefern diese Einteilung hinsichtlich der ordnungspolitischen Interessen untergraben wird, wird nicht deutlich gemacht. Sofern man davon ausgeht, dass es ein legitimes Interesse des Staates darstellt, nur zwei Geschlechter zu haben, wird dieses System nicht dadurch aufgehoben, dass ein Mensch mit einem neuen rechtlichen Geschlecht äußere Geschlechtsmerkmale seines ursprünglichen rechtlichen Geschlechts behält. Das System kann genauso aufrechterhalten werden, wenn eine allgemeinere Annäherung des äußeren Erscheinungsbilds verlangt wird. Dieses Vorgehen wäre ebenso geeignet, um eine optische Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter vorzunehmen. Da die Gesellschaft nur mit dem ersten optischen Eindruck in Berührung kommt, kann sie nur eine Annäherung des äußeren Erscheinungsbilds fordern. Auch von Nicht-Transsexuellen verlangt keiner einen Blick unter den Rock oder in die Hose, um sich bestätigen zu lassen, dass alle Merkmale dem Geschlecht entsprechen. Das grundsätzliche Wissen, um die Möglichkeit Geschlechtsmerkmale zu haben, die mit dem rechtlichen Geschlecht nicht übereinstimmen, führt zu keiner Betroffenheit der Gesellschaft und des ordnungspolitischen Interesses. Aufgrund des Bestehens von einem gleich geeigneten, milderen Mittel zur Erreichung des Zwecks scheitert eine Rechtfertigung an der Erforderlichkeit.

Sofern durch die Voraussetzung der körperlichen Angleichung ein Missbrauch verhindert werden soll, wird dies damit begründet, indem Hürden aufgestellt würden, werde es Tätern nicht zu einfach gemacht sich Vorteile zu erschleichen oder Nachteilen zu entziehen. Weitere Voraussetzung für die Änderung des Personenstands sind beispielsweise Begutachtungen, um nachzuweisen, dass der Antragsteller sich aufgrund der transsexuellen Prägung nicht mehr zum Geburtsgeschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei

¹²⁹⁵ *BVerfG*, Urt. v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94, BVerfGE 100, 313 (375).

¹²⁹⁶ *Wielhötz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 142.

¹²⁹⁷ *Wielhötz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 143.

Jahren unter dem Zwang steht, dieser Vorstellungen entsprechend zu leben (vgl. § 8 I Nr. 1 i.V.m. § 1 I Nr. 1 TSG). Mit diesem Zwang gehen meist der Alltagstest und eine Hormontherapie einher. Diese Voraussetzungen stellen bereits umfangreiche Maßnahmen dar, die über einen längeren Zeitraum stattfinden. Folglich ist eine Änderung des Geschlechts keine Möglichkeit, um sich kurzfristig der Strafverfolgung oder dem Wehrdienst zu entziehen. Auch langfristig ist dies ungeeignet, da eine Person sich über einen sehr langen Zeitraum verstellen müsste, um ihr Ziel zu erreichen, was in keinem Verhältnis stände zu den dadurch erlangten Vorteilen. Des Weiteren ist die Missbrauchsgefahr gering, da Transsexualität in der Gesellschaft bis dato ein großes Stigma darstellt. Die Tatsache, dass das Geschlecht eine zentrale Kategorie für die Identitätsbildung ist, spricht gegen eine hohe Missbrauchsgefahr.¹²⁹⁸ Es sind mithin mildere Mittel vorhanden, die sofern ersichtlich gleich geeignet sind.¹²⁹⁹ „Rechtswidriges Verhalten mancher darf [im Übrigen] nicht dazu führen, dass anderen Grundrechtsschutz versagt wird.“¹³⁰⁰ Seit dem Entstehen des TSG gab es kaum Missbrauch, auch nicht mit der „kleinen Lösung“¹³⁰¹ und nur sehr wenige Anträge werden von den Gerichten abgelehnt¹³⁰². Denkbar sind auch mildere Maßnahmen, die beim Zweigeschlechtersystem an sich anknüpfen, wie eine Abschaffung der Registrierung des Geschlechts zum Zeitpunkt der Geburt (nachzuholen bei Heiratswunsch oder der Wehrpflicht mit 18 Jahren), eine provisorische Eintragung, die man mit 18 Jahren ändern kann oder ein drittes Geschlecht.¹³⁰³ Zudem wäre es möglich die Kategorie Geschlecht gänzlich aus dem Recht zu streichen.¹³⁰⁴ Die Identifikation von Personen könnte auch anderweitig sichergestellt werden, beispielsweise durch gleichbleibende Identifikationsnummern oder Einträge in Handels- und Strafregister.

Sofern auf den weiten Ermessensspielraum des Gesetzgebers und die erhöhte Abschreckung durch die Voraussetzung einer körperlichen Angleichung abgestellt

¹²⁹⁸ *Sacksofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (701).

¹²⁹⁹ So auch *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (361).

¹³⁰⁰ *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 109.

¹³⁰¹ Nach den ersten fünf Jahren festgestellt von *Pjöfflin*, Fünf Jahre Transsexuellengesetz, StAZ 1986, S. 199 (202).

¹³⁰² Vgl. Angaben in der BT.-Drs. 14/9837 v. 31.07.2002, S. 4; mit Verweis auf die Geschäftsübersichten der Amtsgerichte und die Untersuchung „Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz“ von *Osburg/Weitzke*, R & P 1993, S. 94 ff.

¹³⁰³ Siehe dazu *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 108 ff.; *Brücklein*, Eine Ehe ist eine Ehe ist eine Ehe?, StAZ 2008, S. 297 (299).

¹³⁰⁴ Vgl. *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 175 (für eine echte Geschlechtsfreiheit jenseits von „Mann“ und „Frau“); *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 179 ff.; *Brücklein*, Eine Ehe ist eine Ehe ist eine Ehe?, StAZ 2008, S. 297 (299); *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger Frauenstudien, Queering Gender 2005, S. 115–131 f.; *Sacksofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (701).

wird und die Erforderlichkeit bejaht wird, kommt es auf die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne an.

(iv) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Letztlich müsste das Mittel in einem angemessenen Verhältnis zum Zweck stehen.¹³⁰⁵ Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne gilt es zu untersuchen, welche Wertigkeit der verfolgte Zweck hat und wie sich das Verhältnis zu den Folgen für das Individuum darstellt. Je schwerwiegender der Eingriff (mithin umso gravierender die Konsequenzen der eingreifenden Regelung sind) desto bedeutsamer muss das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel sein.

Wenn man das Ziel anerkennt, keine gebärenden Männer und keine zeugenden Mütter zu wollen, stellt sich die Frage, was sich hinter diesem Ziel verbirgt. Die Definition von Mutterschaft und Vaterschaft orientiert sich zwar an den Merkmalen „Frau“ und „Mann“ (vgl. §§ 1591, 1592 BGB), tatsächlich ist es jedoch so, dass sich für die Vaterschaft oder Mutterschaft keine unterschiedlichen Rechte oder Pflichten, beispielweise für die Unterhaltspflicht, ergeben. Obwohl unter Umständen die Definition nicht mehr anwendbar wäre, käme eine entsprechende Anwendung der §§ 1591 ff. BGB in Frage. Für die Fragen des Mutterschutzes und Ähnliches wäre es angebracht, auf den Zweck der Vorschrift abzustellen. Dieser knüpft an die Geburt des Kindes und dessen Folgen an und nicht an das „Frausein“ an sich. Ist es das Ziel zu verhindern, dass rechtlich zwei Personen gleichen Geschlechts gemeinsam Eltern eines Kindes werden, dann sei auf die inzwischen zulässige Stiefkindadoption durch Lebenspartner verwiesen. Gleichgeschlechtliche Eltern sind bereits Realität.

Der eindeutigen Zuordnung zu einem Geschlecht soll eine besondere Bedeutung für die Gesellschaft zukommen.¹³⁰⁶ Hinsichtlich des Ziels Erwartungen in der Gesellschaft zu entsprechen und Irritationen zu vermeiden, gilt es konkret die Folgen für die Gesellschaft und das Individuum zu vergleichen. Von der restlichen Gesellschaft wird nicht verlangt ihrem Geschlecht entsprechend aufzutreten oder ihr Geschlecht im Alltag deutlich zu machen. Dies stellt zum einen eine Ungleichbehandlung dar, zum anderen spricht dies gegen die Bedeutung dieses Zweckes. Des Weiteren sind die Folgen für die Gesellschaft nur schwach. Eine Identifizierung der Person erfolgt anhand ihres Namens oder einer Identifikationsnummer. Verwirrung und Irritation stellen eine zeitlich begrenzte Unannehmlichkeit dar, der ein weitreichender, dauerhafter Eingriff in die Rechte von Transsexuellen gegenüber steht. Von ihnen wird verlangt, einen Teil ihrer Selbstbestimmung aufzugeben und ihre körperliche Integrität fremdbestimmen zu lassen.¹³⁰⁷ Aufgrund der herrschenden Umstände haben sie häufig einen Leidensweg hinter und vor sich, der noch zusätzlich erschwert wird. Insofern stehen Mittel und Zweck unverhältnismäßig zu-

¹³⁰⁵ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 20 GG Rn. 117.

¹³⁰⁶ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 146 f.

¹³⁰⁷ So auch *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 149.

einander, der Gesellschaft sind gewisse Unannehmlichkeiten zuzumuten, wenn es um gravierende und höchstpersönliche Rechte geht.¹³⁰⁸ Des Weiteren beruht der Zwang zur körperlichen Angleichung auf geschlechtsbezogenen Stereotypen, die hinsichtlich Art. 3 II GG fragwürdig sind.¹³⁰⁹ Bezüglich Genitaloperationen gilt es auch zu berücksichtigen, dass die sexuelle Sensibilität und Orgasmusfähigkeit geschädigt oder ganz verloren gehen können, die sexuelle Erfüllung aber für die meisten Menschen von großer Bedeutung ist.¹³¹⁰ Ein Verweis auf die „kleine Lösung“ ist inakzeptabel. Die Änderung des Vornamens schafft zwar eine Erleichterung, es bleiben aber diverse Situationen bestehen, in denen das höchstpersönliche Detail der Geschlechtsidentität offenbart wird, was zu unangenehmen Situationen führt. Dazu gehören beispielsweise Arztbesuche, Krankenhausaufenthalte, Behördengänge (Verrechtlichung der Partnerschaft, Ausweise, Arbeitslosengeld, usw.), Strafvollzug, Auslandsreisen oder das Verhältnis zum Arbeitgeber.¹³¹¹ Das zu erwartende Gegenargument, dass wenn keine körperliche Angleichung vorgenommen wird, sich diese unangenehmen Situationen vermehrt präsentieren würden, kann zumindest in dieser Absolutheit nicht stehen gelassen werden. Auch durch weniger oder gar nicht invasive Maßnahmen ist es möglich, eine äußerliche Angleichung zu schaffen. Die rechtliche Anerkennung involviert einen weiteren eigenen Mehrwert. Sie gibt den Betroffenen eine Bestätigung, eine „rechtliche Legitimation“, die ihr Selbstbewusstsein stärken kann.¹³¹² In diesem Kontext ist zu berücksichtigen, dass durch den Eingriff nur eine scheinbare Eindeutigkeit des Geschlechts hergestellt wird.¹³¹³

Aus dieser Argumentation folgt, dass die Voraussetzung einer körperlichen Angleichung, in ihrer in der Vergangenheit praktizierten Absolutheit, klar unverhältnismäßig ist. Bei der Prüfung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, gilt es aufgrund des Zusammenspiels von Art. 2 I mit Art. 1 I GG, ein besonderes Gewicht auf die Einzigartigkeit jedes Menschen zu legen.¹³¹⁴ Notwendig ist in diesem diskutierten Kontext mindestens ein Abstellen auf den Einzelfall an Stelle der Auferzwingung von fremden Vorstellungen vom Geschlecht. Faktoren wie die medizinische Indikation, die gesundheitliche Indikation und der Umfang des Wunsches müssen individuell berücksichtigt werden. Das ergibt sich aus der veränderten medizinischen Bewertung von Transsexualität, aber auch aus der oben vorgenommenen Verhältnismäßigkeitsprüfung.

¹³⁰⁸ Vgl. *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 91 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 71 – I./Vereinigtes Königreich.

¹³⁰⁹ Vgl. dazu D II 3 a aa (4).

¹³¹⁰ *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 171. Teilweise war Transsexuellen im Rahmen der „Sanitisierung“ sexuelle Stimulierbarkeit abgesprochen worden, *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 164.

¹³¹¹ Vgl. *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 145.

¹³¹² *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 146.

¹³¹³ *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (260).

¹³¹⁴ Vgl. *Dreier*, in: *Dreier (Hrsg.)*, GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 24, 69.

(b) Art. 2 II 1 Alt. 2 GG: Recht auf körperliche Unversehrtheit

Art. 2 II 1 GG beinhaltet neben dem Recht auf Leben (Alt. 1) das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Alt. 2). Beide Rechte waren zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes neu in der Klarheit ihrer Aussage und eine Reaktion auf den Nationalsozialismus und einen Staat, der die Gesundheit seiner Bürger missachtete, instrumentalisierte oder ignorierte.¹³¹⁵ Diese Rechte stellen ein Bekenntnis zum Wert des Lebens und der körperlichen Integrität jedes Menschen als natürliche Grundlage der Freiheit dar.¹³¹⁶ Das Grundrecht ist als Abwehrrecht konzipiert, sodass sich aus ihm keine Leistungsansprüche gegen den Staat oder Privatpersonen, wie ein umfassendes Recht auf Gesundheit oder auf Krankenfürsorge, ergeben. In Konstellationen, in denen der Einzelne in besonderer Weise der Hilfe oder der Vorsorge durch die öffentliche Gewalt bedarf, sind individuelle Schutzansprüche denkbar.¹³¹⁷

(aa) Schutzbereich

Dürig nimmt eine Aufteilung des Schutzguts in vier Teilbereiche vor: Erstens die Freiheit vor Unfruchtbarmachung, zweitens die Freiheit vor Verletzung der körperlichen Gesundheit, drittens die Freiheit vor Schmerzen und viertens die Freiheit vor Verunstaltung.¹³¹⁸ Geschützt wird zwar primär die physische Existenz, diese ist jedoch wiederum Voraussetzung für die geistige Existenz und Entwicklung eines Menschen, sodass das Grundrecht positivrechtlich die elementaren Bedingungen für die Entfaltung der Persönlichkeit statuiert.¹³¹⁹ Inzwischen ist anerkannt, dass der Schutzbereich über die körperliche Unversehrtheit im biologisch-physischen Sinne und die körperliche Integrität hinausgeht und auch der geistig-seelische Bereich, das psychische Wohlbefinden, vom Schutzgehalt umfasst sind, zumindest soweit die Einwirkung zu körperlichen Schmerzen oder zu anderen körperlichen Beeinträchtigungen mit vergleichbaren Wirkungen führt.¹³²⁰

¹³¹⁵ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 2 II 1 GG Rn. 51.

¹³¹⁶ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 2 II 1 GG Rn. 51.

¹³¹⁷ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 2 II 1 GG Rn. 51.

¹³¹⁸ *Dürig*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 73. EGL 2014, Art. 2 II Rn. 30 ff.

¹³¹⁹ *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 20.

¹³²⁰ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 2 II 1 GG Rn. 57

m.w.N.; *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.03.2015 Ed. 26, Art. 2 Rn. 62.

(bb) Eingriff

Die herrschende Meinung ist sich einig, dass vom Schutzbereich grundsätzlich sogenannte medizinische Heileingriffe, die der Wiederherstellung der Gesundheit dienen, umfasst sind. Bei Vorliegen einer Aufklärung über die Risiken und einer selbstbestimmten Einwilligung scheiden medizinische Eingriffe jedoch entweder begrifflich als Eingriff aus¹³²¹ oder es liegt eine Rechtfertigung vor¹³²².

Es ist bereits fraglich, ob bei einer geschlechtsangleichenden Operation von einem Heileingriff gesprochen werden kann. Ärztliche Heileingriffe sind Behandlungen, die in die Körperintegrität eingreifen und vorgenommen werden, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern.¹³²³ Eine „Heilung“ von Transsexualität ist per se nicht möglich. Zwar ist die körperliche Angleichung als eine Möglichkeit anerkannt, um das Leiden von Transsexuellen zu lindern, allerdings ist mittlerweile ebenfalls anerkannt, dass sie weder zwingend noch obligatorisch ist, um Transsexualität bzw. ihre Folgen zu behandeln.¹³²⁴ Für den individuellen Therapieverlauf kann ein Zugewinn an Gesundheit und Wohlbefinden nicht zwingend vorhergesagt werden.¹³²⁵

Um als Eingriff zu gelten, müssen medizinische Behandlungen dem Staat als eigenes Handeln zugerechnet werden können.¹³²⁶ Dies wird in der Literatur teilweise verneint, wenn nur mittelbar von einer Person verlangt wird, medizinische Maßnahmen vornehmen zu lassen, beispielsweise um sozialversicherungsrechtliche Ansprüche nicht zu verlieren oder einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen oder Nachteile zu verhindern.¹³²⁷ Obwohl die Voraussetzungen in § 8 I Nr. 3 und 4 TSG keine unmittelbare Verpflichtung darstellten, waren sie unabdingbar, um eine Änderung des Personenstands zu erreichen. Fraglich ist jedoch, ob dies für eine Qualifikation als Eingriff genügt. Nach dem klassischen Eingriffsbegriff muss es sich um ein finales, unmittelbares staatliches Handeln durch Rechtsakt handeln, welches mit Befehl und Zwang durchgesetzt werden kann. Der Verpflichtung zur Vornahme eines operativen Eingriffs an einem gesunden Körper mangelt es an der Zielgerichtetheit. Es bestand kein direkter Zwang zur Vornahme der Maßnahmen, die Letztentscheidung lag stets beim Transsexuellen selbst. Der moderne Eingriffsbegriff umfasst jedes staatliche Handeln, das ein grundrechtlich geschütztes Verhalten erschwert, beeinträchtigt oder unmöglich macht. Hieran orientiert wird teilweise auch vertreten, es handele sich um einen Eingriff, wenn der Staat an eine verwei-

¹³²¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 2 II 1 GG Rn. 69.

¹³²² St. Rspr. des BGH, vgl. *BGH*, Beschl. v. 01.02.1961 – Az. 2 StR 457/60, BGHSt 16, 309, NJW 1962, 682; *BGH*, Beschl. v. 20.01.2004 – Az. 1 StR 319/03, NStZ 2004, 442, JR 2004, 469.

¹³²³ *Kühl*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB, 28. Aufl. 2014, § 223 Rn. 9.

¹³²⁴ BVerfGE 115, 1 (5); *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (261, 266).

¹³²⁵ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 171.

¹³²⁶ Vgl. *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 67.

¹³²⁷ Vgl. *Kunig*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 65 f.

gerte Operation Nachteile knüpft.¹³²⁸ Bei derartigen mittelbaren Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit liegt eine Willensentscheidung des Grundrechtsträgers vor, weshalb teilweise für die Zurechnung des Eingriffserfolgs an den Staat, eine wertende Betrachtung vorausgesetzt wird. Diese wertende Betrachtung verlangt, dass der Eingriffserfolg nicht auf einer autonomen Entscheidung des Betroffenen beruht, sondern „realiter von den staatlichen Vorgaben diktiert wurde“.¹³²⁹ Kritiker sprechen davon, dass die Einwilligung die Verletzung des Grundrechts nicht ausschließe, wenn die Betroffenen auf die Leistung angewiesen seien.¹³³⁰ Im vorliegenden Fall wurden zwar keine Nachteile an die Entscheidung gekoppelt, es handelte sich jedoch um die Verweigerung von Vorteilen, da eine operative Anpassung des Körpers die einzige Möglichkeit darstellte, eine Änderung des Personenstands zu erreichen und so die von Transsexuellen getroffene Entscheidung letztlich doch keine freie und eigenständige Entscheidung darstellte. Sie mussten ein Grundrecht vernachlässigen bzw. eine Einschränkung dessen hinnehmen, um ein anderes Recht zu verwirklichen. Eine Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität ist für sie lebenswichtig. Sie handeln und entscheiden als Mittelsmann des Staates, der seine stereotypen Vorstellungen verwirklicht sehen will, wenn sie ohne Indikation oder ohne eigenen Wunsch die Entscheidung für die Operation treffen.

(cc) Rechtfertigung

Art. 2 II 3 GG sieht für die Rechte des zweiten Absatzes einen allgemeinen Gesetzesvorbehalt vor. Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit ist Voraussetzung des Lebensschutzes.¹³³¹ Die Nähe des Rechts auf körperliche Unversehrtheit zum Recht auf Leben führt dazu, dass je höher die Wahrscheinlichkeit, dass ein Eingriff auch lebensverkürzende Auswirkungen haben kann, desto höher die Rechtfertigungsanforderungen sind.¹³³²

Hinsichtlich des legitimen Zwecks, der Geeignetheit und der Erforderlichkeit kann auf die oben vorgenommene Prüfung des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG verwiesen werden.

¹³²⁸ *Murswiek*, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 157; *Schmidt*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar, 14. Aufl. 2014, Art. 2 GG Rn. 109; *Lang*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.03.2015 Ed. 26, Art. 2 Rn. 67; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 2 II 1 GG Rn. 66; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 II Rn. 51; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 13. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 88. Weitere Beispiele hierfür sind die Verweigerung der Immatrikulation ohne vorherige Röntgenuntersuchung, die Einstellung von Sozialleistungen bei Ablehnung einer Heilbehandlung, der Beamtenstatus und (gen-)diagnostische Maßnahmen.

¹³²⁹ *Müller-Trepitz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbdStR, Bd. 7, § 147 Rn. 48 m.w.N.

¹³³⁰ Anstatt vieler vgl. nur *Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Rn. 51; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, 13. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 88.

¹³³¹ *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 2 II Rn. 190.

¹³³² *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 2 II 1 GG Rn. 53.

Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung gilt es, die Besonderheiten des Schutzgutes der körperlichen Unversehrtheit herauszuarbeiten. Von besonderer Bedeutung ist hierbei die Intensität des Eingriffs. Die frühere bestehende Anforderung einer umfassenden Genitaloperation bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen barg große Risiken. Häufig blieb es nicht nur bei einer Operation. Des Weiteren müssen sich sowohl Mann-zu-Frau, als auch Frau-zu-Mann-Transsexuelle nach Vornahme der operativen Maßnahmen für den Rest ihres Lebens einer Hormonbehandlung unterziehen, welche ein eigenes gesundheitliches Risiko mit sich bringt. Demgegenüber stehen die oben besprochenen ordnungspolitischen Interessen, welche sich primär auf Erwartungshaltungen und Äußerlichkeiten beziehen. Diesen Erwartungen zu entsprechen, verlangt von Transsexuellen eine rechtlich einmalige Aufgabe ihrer eigenen körperlichen Unversehrtheit mit lebenslangen medizinischen Auswirkungen und die Übernahme von gesellschaftlich akzeptierten Stereotypen auf ihren eigenen Körper – unabhängig von ihrem eigenen Operationswunsch und dessen Umfang. In der Wissenschaft ist mittlerweile anerkannt, dass Transsexualität unabhängig von einem Operationswunsch „echt“ ist. Damit stellt die Voraussetzung einer operativen Angleichung einen Verstoß gegen das Recht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit aus Art. 2 II GG dar.

(3) *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011: § 8 I Nr. 3 & 4 TSG

Das Verständnis des *BVerfG* vom Zusammenhang von Körper und Geschlecht hat sich über die Jahre verändert. In seiner ersten Transsexuellen-Entscheidung 1978 hatte das Gericht (damals fortschrittlich) die These des BGH vom unwandelbaren Geschlecht, welches auf den bei der Geburt gegebenen Geschlechtsmerkmalen beruhe, für in dieser Absolutheit nicht mehr haltbar erklärt.¹³³³ Die einzig sinnvolle und hilfreiche therapeutische Maßnahme sei die Anpassung des Körpers des Transsexuellen an die erlebte Geschlechtsidentität. Unter dieser Voraussetzung ergebe sich ein Recht auf Änderung des Geschlechtseintrags.¹³³⁴ Die Entscheidung basierte maßgeblich auf der Herstellung einer Kongruenz zwischen körperlichem Erscheinungsbild und Geschlechtsidentität. Bereits 2005 deutete das *BVerfG* an, dass der Personenstand von dem durch die Geschlechtsmerkmale suggerierten Geschlecht abweichen könnte.¹³³⁵ Das Gericht hielt geschlechtsanpassende Maßnahmen nicht mehr für zwingend notwendig und verwies auf die Fachliteratur.¹³³⁶ Die Entscheidung bezog sich jedoch auf den Verlust der Vornamensänderung bei Ehescheidung und nicht explizit auf die Vorschrift des § 8 I Nr. 3 und 4 TSG. Wissenschaftliche Erkenntnisse und rechtliche Argumentationen waren teilweise schon länger bekannt,

¹³³³ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, *BVerfGE* 49, 286 (298).

¹³³⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, *BVerfGE* 49, 286 (288).

¹³³⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 72, *BVerfGE* 115, 1 (25): Vorschlag die Regelung des § 7 I Nr. 3 TSG ersatzlos zu streichen.

¹³³⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 65 f., *BVerfGE* 115, 1 (21 f.).

brachten den deutschen Gesetzgeber aber nicht dazu zu handeln. So kam es 2011 zur achten Entscheidung des BVerfG.

(a) Hintergrund

Der Beschwerde vor dem BVerfG lag folgender Sachverhalt zu Grunde.¹³³⁷ Eine homosexuell orientierte Mann-zu-Frau-Transsexuelle lebte mit ihrer Partnerin in einer lesbischen, also gleichgeschlechtlichen, Partnerschaft. Die zur Zeit der Entscheidung 62-Jährige hatte gem. § 1 TSG ihren Vornamen geändert aber nicht ihren Personenstand, da sie die dafür notwendigen Operationen nicht hatte vornehmen lassen. In Anbetracht ihres hohen Alters sei eine geschlechtsanpassende Operation mit nicht abzuschätzenden gesundheitlichen Risiken verbunden.¹³³⁸ Ihre Beziehung wollte sie rechtlich absichern. Auch wenn die übliche Assoziation zur eingetragenen Partnerschaft die homosexuelle Orientierung der Partner und zur Ehe die heterosexuelle Orientierung der Partner war, wurde von den Standesbeamten nicht die sexuelle Orientierung der Partner, sondern ihr Personenstand überprüft. Rechtlich gesehen handelte es sich um eine Beziehung zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, sodass den beiden als Option nur die Eingehung einer Ehe möglich war, eine eingetragene Lebenspartnerschaft hingegen nicht. Nur Letzteres entsprach dem Selbstverständnis des homosexuellen Paares, wurde aber vom Standesamt Berlin abgelehnt. Das LG und KG Berlin stimmten dem zu, mit der Begründung, dass eine Eheschließung nicht zumutbar sei, da diese im deutschen Recht nur verschiedengeschlechtlichen Paaren offenstand. Da die Beschwerdeführerin als Frau lebte, würde offenkundig, dass sie oder ihre Partnerin transsexuell seien. Ein unauffälliges und diskriminierungsfreies Leben sei ihnen so nicht möglich.¹³³⁹

Die Beschwerdeführerin rügte in ihrer Ende 2007 erhobenen Beschwerde eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausprägung als Recht auf sexuelle Selbstbestimmung. Sie ging schließlich eine Ehe ein, weil sie nicht länger warten wollte, um ihre Partnerschaft abzusichern. Obwohl für das BVerfG auf der Basis eines fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses eine Grundlage für die Nichtannahme zur Entscheidung bestanden hätte, nahm es die Beschwerde zu einer seit einiger Zeit stark umstrittenen Vorschrift an und nutzte die Gelegenheit diese zu kippen. Es sei der Beschwerdeführerin zum einen nicht zumutbar gewesen noch länger zu warten und zum anderen sei ihre Betroffenheit weiterhin gegeben, da ihre Transsexualität aufgrund der Ehe mit einer anderen Frau offenkundig geworden sei.¹³⁴⁰

¹³³⁷ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 41 ff., BVerfGE 128, 109 (118 ff.).

¹³³⁸ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 44, BVerfGE 128, 109 (120).

¹³³⁹ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 45, BVerfGE 128, 109 (120).

¹³⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 53, 49, BVerfGE 128, 109 (123).

(b) Rechtsvergleichender Blick des BVerfG auf Europa

Das BVerfG führte vorweg eine Betrachtung der anderen europäischen Länder durch, indem es untersuchte, ob die rechtliche Anerkennung Transsexueller in ihrem empfundenen Geschlecht möglich war und welche Voraussetzungen hierfür aufgestellt wurden.¹³⁴¹ Eine operative Geschlechtsumwandlung wurde in Frankreich verlangt. Keine operative Geschlechtsumwandlung verlangten Belgien, Finnland, Österreich, Schweden, Spanien und Großbritannien. Eine optische Angleichung (bspw. durch eine Hormontherapie) setzten Italien, die Niederlande und Belgien voraus, wobei die letzten beiden Ausnahmeregelungen vorgesehen hatten, falls gesundheitliche Risiken bestehen. Die Fortpflanzungsunfähigkeit forderten wiederum Belgien, Schweden, die Niederlande, Finnland und die Türkei. Außerdem fasst das BVerfG zusammen, welche Möglichkeiten der rechtlichen Absicherung von Partnerschaften in den verschiedenen Ländern bestanden. Eine Variante der gleichgeschlechtlichen Lebenspartnerschaft als eigenes familienrechtliches Institut sahen Finnland, Frankreich, Österreich, Schweiz und Großbritannien vor. Die Eingehung der Ehe war gleichgeschlechtlichen Paaren in den Niederlanden (als erstes Land der Welt), Belgien, Norwegen, Spanien und Schweden möglich. Weiterhin führte das BVerfG aus, dass für die Frage, ob Transsexualität vorläge inzwischen Wunsch und Durchführung einer operativen Geschlechtsanpassung nicht mehr ausschlaggebend seien, sondern die Stabilität des transsexuellen Wunsches.¹³⁴² Deshalb könne eine individuelle therapeutische Lösung mit einem Leben entsprechend der Geschlechtsidentität, aber ohne somatische Maßnahmen, genauso erforderlich sein wie eine hormonelle Behandlung oder weitreichende operative geschlechtsangleichende Maßnahmen. „Damit verdichtet und individualisiert das höchste deutsche Gericht den grundrechtlichen Schutz der Betroffenen und zieht die Berücksichtigung situativer Ungleichheit von individuellen Bedürfnissen einer typisierenden, schematisch ermittelten Vorstellung von geschlechtlicher Identität vor.“¹³⁴³

(c) Voraussetzung der körperlichen Anpassung

Anschließend gab das BVerfG einen Überblick über den Umfang, der für eine Personenstandsänderung notwendigen körperlichen Anpassung. Für die personenstandsrechtliche Anerkennung einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen seien bisher die Amputation des Penis und der Hoden sowie die Bildung von Neovulva, Neoklitoris und Neovagina mit der Schaffung eines neuen Harnausgangs erforderlich.¹³⁴⁴ Bei komplikationsloser Heilung könne die Patientin nach zwei Wochen

¹³⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 31, BVerfGE 128, 109 (113 f.).

¹³⁴² *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 36, 71, BVerfGE 128, 109 (116, 133); M.w.N. *Pichlo*, Transsexualismus – leistungsrechtliche und gutachterliche Kriterien für geschlechtsangleichende somatische Maßnahmen aus Sicht des MDK Nordrhein, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, 2008, S. 119–129 (121 f.).

¹³⁴³ *Wielpütz*, NVwZ 2011, 474 (475 f.).

¹³⁴⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 38, BVerfGE 128, 109 (117).

stationärer Behandlung entlassen werden, wobei mindestens die erste Woche strikte Bettruhe einzuhalten sei. Da die Operation einen erheblichen Eingriff bedeute, müsse der Operateur die Operations- und Narkoserisiken abwägen. Bei ca. 40 % der Patientinnen müssten nach der ersten Operation weitere Korrekturoperationen vorgenommen werden.

Bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen seien für die Personenstandsänderung die operative Entfernung der Gebärmutter, der Eierstöcke, des Eileiters und oftmals eine Brustverkleinerung zur Angleichung an das Erscheinungsbild des männlichen Geschlechts erforderlich. Ein Scheidenschluss und der Aufbau einer Penisprothese würden als Voraussetzung nicht verlangt.¹³⁴⁵

Die Wünsche unter den Transsexuellen und die Abneigungen gegen einzelne Aspekte des Körpers seien individuell unterschiedlich.¹³⁴⁶ Der Wunsch wieder zurück zum Geburtsgeschlecht zu wechseln gelte als sehr seltener Ausnahmefall¹³⁴⁷.

(d) Stellungnahmen

Das Bundesministerium des Inneren betonte die Bedeutung der Ordnungsfunktion des Personenstandsrechts für das Eherecht, die ein rechtlich klar umschriebenes Kriterium für die Einordnung der Geschlechtszugehörigkeit verlange. Dafür würde weder ein empfundenes Geschlecht noch das bloße Aussehen oder Verhalten genügen.¹³⁴⁸

Das Land Berlin, der Lesben- und Schwulenverband Deutschland, die Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität, die Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche, der sonntags.club und das Transgender-Netzwerk Berlin hingegen betonten den starken Druck, somatische Maßnahmen vornehmen zu lassen, welche aus medizinischer Sicht u.U. gar nicht notwendig seien.¹³⁴⁹

(e) Analyse der Argumentation des BVerfG

Die achte Entscheidung des BVerfG zum TSG wird oft als die wichtigste Entscheidung dargestellt. Letztlich präsentiert sie sich nur eine logische Konsequenz aus den vorhergegangenen Entscheidungen. Die als evolutiv zu bezeichnende Rechtsprechung des BVerfG wird in dieser Entscheidung fortgeführt. Auf fast jeder Seite verweist das BVerfG auf seine bisherige Rechtsprechung und die bereits dort angeführte Argumentation.

Als verfassungsrechtlich unbeachtlich betonte das BVerfG stets die ausschließlich am rechtlich zugewiesenen Geschlecht ausgerichtete Unterscheidung der vom Gesetzgeber eröffneten Möglichkeiten zur Eingehung einer rechtlich gesicherten

¹³⁴⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 39, BVerfGE 128, 109 (117).

¹³⁴⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 38, 39, BVerfGE 128, 109 (117).

¹³⁴⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 40, BVerfGE 128, 109 (118).

¹³⁴⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 48, BVerfGE 128, 109 (121).

¹³⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 50, BVerfGE 128, 109 (122).

Partnerschaft.¹³⁵⁰ Die Tatsache, dass das personenstandsrechtliche Geschlecht ausschlaggebend sein soll und dieses sich grundsätzlich an den äußeren Geschlechtsmerkmalen bei der Geburt orientiert, wird vom Gericht als legitim akzeptiert.¹³⁵¹

Ausgangspunkt der Begründetheitsprüfung des Gerichts bildete Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG. Hieraus ergebe sich die Verpflichtung des Gesetzgebers die Rechtsordnung so auszugestalten, dass dem Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen Rechnung getragen und seine selbstempfundene geschlechtliche Identität rechtlich anerkannt werde. Dem Betroffenen müsse ermöglicht werden, entsprechend dem empfundenen Geschlecht leben zu können, ohne in seiner Intimsphäre durch den Widerspruch zwischen seinem dem empfundenen Geschlecht angepassten Äußeren und seiner rechtlichen Behandlung bloßgestellt zu werden.¹³⁵² Dabei dürfe der Gesetzgeber die rechtliche Zuordnung zum empfundenen Geschlecht nicht von unzumutbaren Voraussetzungen abhängig machen.¹³⁵³ Unzumutbar sei es aber, die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts von Voraussetzungen abhängig zu machen, die schwere Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit bedingen und mit gesundheitlichen Risiken verbunden seien, wenn diese nach wissenschaftlichem Kenntnisstand keine notwendige Voraussetzung einer dauerhaften und erkennbaren Änderung der Geschlechtszugehörigkeit und nicht stets indiziert seien.¹³⁵⁴

Der zweite Punkt, welcher zur Unzumutbarkeit der Regelung führt, bezieht sich auf die damit zusammenhängende Kausalitätskette, bestehend aus erstens der rechtlichen Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit allein nach den äußerlichen Geschlechtsmerkmalen. Zweitens dem Zwang zur Vornahme von stark in die körperliche Unversehrtheit eingreifenden Operationen¹³⁵⁵ um die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts zu erreichen. Und drittens der – bei nicht Vornahme der Operation – daraus folgenden rechtlich vorgesehenen Institution zur Absicherung der Partnerschaft, die individuell als nicht passend empfunden wird. Diese Kausalitätskette beeinträchtigt auf nicht zu rechtfertigende Weise das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.¹³⁵⁶ Das Grundrecht der geschützten freien Persönlichkeitsentfaltung Art. 2 I GG (wozu das Recht jedes Menschen gehöre, mit einer Person seiner Wahl eine dauerhafte Partnerschaft einzugehen und diese in einem der dafür gesetzlich vorgesehenen Institute rechtlich abzusichern) und das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG

¹³⁵⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 58, *BVerfGE* 128, 109 (125); bereits in: *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. , *BVerfGE* 115, 1 (23), *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 50, *BVerfGE* 121, 175 (195).

¹³⁵¹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 64,66, *BVerfGE* 128, 109 (128 f.).

¹³⁵² *BVerfGE* 116, 243 (264) und darauf verweisend *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 56, *BVerfGE* 128, 109 (124).

¹³⁵³ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 56, *BVerfGE* 128, 109 (124).

¹³⁵⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 57, *BVerfGE* 128, 109 (125).

¹³⁵⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 70, *BVerfGE* 128, 109 (131).

¹³⁵⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 59 f., *BVerfGE* 128, 109 (126 f.).

(welches das Finden, Erkennen und Ausleben der eigenen geschlechtlichen Identität sowie die eigene sexuelle Orientierung umfasse) könnten nur auf Kosten des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 II GG wahrgenommen werden.

Außerdem führe der Verweis auf die Partnerschaft, welche nicht den Vorstellungen der Partner entspricht, dazu, dass der Transsexuelle in eine Geschlechterrolle verwiesen werde, die zu der selbstempfundenen im Widerspruch stehe (eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle als Ehemann). Außerdem werde auf diese Weise (aufgrund des geänderten Vornamens und des äußeren Erscheinungsbilds) die Transsexualität deutlich, wenn das Paar gemeinsam wahrgenommen wird. Eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle und eine Frau in einer Ehe, welche rechtlich nur verschiedengeschlechtlichen Paaren offen steht, lasse Zweifel am Geschlecht eines der Partner aufkommen.¹³⁵⁷ Wenn die Ehe sowohl verschieden- als auch gleichgeschlechtlichen Paaren offenstehen würde, ließe sich hingegen aus dem Eingehen dieser kein Rückschluss auf die Geschlechtszugehörigkeit und/oder sexuelle Orientierung ziehen. *Wielpütz* weist korrekterweise darauf hin, dass diese Schlussfolgerung keinesfalls zwingend sei, da die Redewendung „verheiratet“ inzwischen auch bei gleichgeschlechtlichen, eingetragenen Lebenspartnerschaften verwendet werde, da der Ausdruck „verpartnert“ im Alltag zu sperrig ist. Des Weiteren biete die Ehe im Vergleich zur eingetragenen Lebenspartnerschaft weitere Vorteile. Im Alltag sei es nicht üblich einen Nachweis für das familienrechtliche Institut, mit dem man die Partnerschaft rechtlich verfestigt hat, offenlegen oder nachweisen zu müssen.¹³⁵⁸ Das BVerfG betonte jedoch, dass seiner Ansicht nach von den Betroffenen nicht verlangt werden könne, aktiv ihren rechtlich zugewiesenen Status zu verheimlichen.¹³⁵⁹

Das BVerfG sprach außerdem erneut eine Widersprüchlichkeit innerhalb des TSG an.¹³⁶⁰ In § 9 III i.V.m. § 6 I TSG wird Transsexuellen, die nach ihrer geschlechtsanpassenden Operation eine Änderung ihres Personenstands erreicht haben, die Möglichkeit eröffnet, diese Änderung wieder rückgängig zu machen. In diesem Fall ist es keine Voraussetzung eine weitere geschlechtsanpassende Operation vornehmen zu lassen, um sich dem anderen Geschlecht wieder anzugleichen. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber akzeptiert hat, dass das Aussehen aller Angehörigen eines Geschlechts sich nicht vollends entspricht.

¹³⁵⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 61, BVerfGE 128, 109 (127).

¹³⁵⁸ *Wielpütz*, Die neue große Lösung ist vor allem eins: klein – Die Reform des TSG durch das BVerfG, NVwZ 2011, S. 474 (476).

¹³⁵⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 63, BVerfGE 128, 109 (128).

¹³⁶⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 72, BVerfGE 128, 109 (133).

(f) Lösungsmöglichkeiten

Dem Gesetzgeber stehe es frei, für die personenstandsrechtliche Anerkennung eines Transsexuellen – im Vergleich zu § 1 I TSG – weitere spezifizierte Voraussetzungen zum Nachweis der Ernsthaftigkeit des Bedürfnisses im anderen Geschlecht zu leben zu fordern.¹³⁶¹ Diese Voraussetzungen könnten sich auf das Erscheinungsbild beziehen, bestimmte Anforderungen an die medizinische Begleitung oder die Qualität der Begutachtung umfassen. Der Gesetzgeber könne aber auch das Transsexuellenrecht als Ganzes überarbeiten, um einen verfassungsgemäßen Rechtszustand herbeizuführen. Ein weiteres Mal fordert das BVerfG den deutschen Gesetzgeber auf, tätig zu werden und das TSG zu reformieren.

Im Unterschied zu anderen Entscheidungen des BVerfG hinsichtlich dieser Problematik wurde dem Gesetzgeber zwar freigestellt neue Regelungen (statt der aufgrund ihrer Verfassungswidrigkeit als unanwendbar erklärten) zu treffen, das Gericht machte aber keine konkreteren Vorschläge für die Möglichkeiten und setzte keine Frist zur Neuregelung. Auch unterließ das Gericht es zu erläutern, warum Anforderungen an das Erscheinungsbild legitim sein sollen.¹³⁶²

(g) Folgen des Urteils: BVerfG, Beschl. v. 27.10.2011

Die Nummern 3 und 4 des § 8 TSG wurden nicht für nichtig erklärt, sondern für unvereinbar und sind bis zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber nicht anwendbar. Die Zweite Kammer des Ersten Senats des BVerfG musste im Jahr 2011 in einer weiteren Entscheidung klarstellen, dass dies nicht zur Folge haben kann, dass ein Verfahren, das von den als unanwendbar erklärten Normteilen abhängig ist, bis zum Zeitpunkt der Neuregelung durch den Gesetzgeber ausgesetzt wird.¹³⁶³ Unanwendbar seien nur die Voraussetzungen Nr. 3 und 4 des § 8 I TSG. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts intendiere vielmehr, solchen Betroffenen, die die Voraussetzungen von § 8 I Nr. 3 und 4 TSG nicht erfüllen, die Änderung des Personenstands unabhängig von diesen mit dem Grundgesetz unvereinbaren Voraussetzungen zu ermöglichen – bereits vor einer nicht absehbaren Neuregelung durch den Gesetzgeber.¹³⁶⁴ Eine abgemilderte verfassungskonforme Neuregelung ist aus heutiger Sicht weder absehbar noch wahrscheinlich. Sobald die Betroffenen eine geschlechtsanpassende operative Maßnahme selbst nicht für notwendig halten, ist sie medizinisch nicht indiziert.¹³⁶⁵ Eine Verpflichtung zur Einnahme von Hormonen dürfte nur schwer zu rechtfertigen sein, da eine hormonelle Therapie mit ihren gesundheitlichen Risiken, ebenso wie ein Operationszwang, einen wesentlichen Eingriff in die körperliche Integrität bedeutet.

¹³⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 68, 79, BVerfGE 128, 109 (130, 137).

¹³⁶² Kritisch diesbezüglich auch *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 73.

¹³⁶³ BVerfG, Beschl. v. 27.10.2011, NJW 2012, 600.

¹³⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.10.2011, Rn. 11, NJW 2012, 600 (601).

¹³⁶⁵ *Augstein*, TSG, 2012, § 8 TSG Rn. 7.

Das Urteil und die bisherige Untätigkeit des Gesetzgebers führen dazu, dass ein Transsexueller, der die gesetzlichen Voraussetzungen für die Vornamensänderung erfüllt, direkt die Personenstandsänderung beantragen kann. Die Folgen gehen jedoch noch weiter, denn auch diejenigen, die bisher eine Änderung ihres Vornamens bewirkt haben, können darauf hoffen, dass ohne weitergehende Behandlungen, Operationen und psychologische Gutachten einem Antrag auf Personenstandsänderung stattgegeben wird. Momentan existieren hinsichtlich der Voraussetzungen für die „kleine“ und die „große Lösung“ keine Unterschiede mehr, die Rechtsfolge unterscheidet sich jedoch weiterhin. Dies entspricht nicht der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers, sollte er in nächster Zeit nicht handeln und neue Anforderungen aufstellen, akzeptiert er die radikale Reformation durch das BVerfG stillschweigend. Die Anzahl an TSG Verfahren im Jahr 2011 macht deutlich, wie abschreckend die alte Regelung tatsächlich war. Waren es 2008 noch 903 Verfahren, waren es 2011 1.675.¹³⁶⁶

(4) Problematik eines für alle geltenden Erscheinungsbildes

§ 8 I Nr. 4 TSG basierte darauf, dass sich eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts, aufgrund eines die äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriffs ergab. Eine weitere Möglichkeit wäre auf das Erscheinungsbild des Transsexuellen abzustellen.¹³⁶⁷ Dass das BVerfG diesbezüglich keine weitere Erläuterung vornahm, ist kaum verwunderlich und eine verfassungsgemäße Lösung kaum vorstellbar. Die Maßstäbe, anhand derer entschieden werden würde, ob die Angleichung der „äußeren Erscheinung und Anpassung seiner Verhaltensweisen an sein empfundenes Geschlecht“ gelungen sind, müssten nicht nur persönlichkeitsrechtlich zulässig sein, sondern auch gleichheitskonform.¹³⁶⁸ Ein Blick in die Rechtsprechung zu § 8 I Nr. 4 TSG¹³⁶⁹ zeigt, dass beim Entwickeln solcher Maßstäbe stereotype Vorstellungen vom männlichen und weiblichen Körper zu Grunde liegen.¹³⁷⁰ Danach unterscheidet eine Frau von einem Mann ihre sichtbare Brust, deren Entfernung bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen regelmäßig verlangt wurde.¹³⁷¹ Die sich dahinter verbergende Erwartungshaltung an den weiblichen Körper und ihre Verrechtlichung sind kaum haltbar und verstoßen

¹³⁶⁶ *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 181.

¹³⁶⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 68, BVerfGE 128, 109 (130).

¹³⁶⁸ *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, JZ 2011, S. 368 (370); *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (266 f.).

¹³⁶⁹ Vgl. dazu D II 3 (1).

¹³⁷⁰ *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, JZ 2011, S. 368 (370). Kritisch auch *Adamietz*, *Transgender ante portas*, KJ 2006, S. 368 (380). Das Problem, mit welchem sich Gerichte konfrontiert sehen, wird passend beschrieben in *House of Lords*, Ur. v. 10.04.2003, 2 A.C. 467, UKHL 21 ff., All ER 593 [2003] – *Bellinger v. Bellinger*, Rn. 40.

¹³⁷¹ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (362).

gegen das Rollenperpetuierungsverbot des Art. 3 II, III 1 GG.¹³⁷² Insoweit spielt die „Freiheit biologische Vorprogrammierungen des Andersseins durch soziale Funktionen und Rollentausch zu kompensieren oder zu überspielen“¹³⁷³ eine besondere Rolle für Transsexuelle. Dies gilt nicht, wie *Wielpütz* schreibt, nur für solche, die nur den Vornamen ändern lassen und ihr Geburtsgeschlecht beibehalten.¹³⁷⁴

(5) Zum System der „kleinen“ und „großen“ Lösung

Mit Wegfall der Voraussetzung der körperlichen Angleichung bestehen hinsichtlich der Anforderungen keine Unterschiede mehr zwischen der „kleinen“ und der „großen“ Lösung. Dennoch gibt es Argumente die Differenzierung zwischen der Vornamensänderung und der Geschlechtseintragsänderung auch ohne das Differenzierungskriterium der geschlechtsanpassenden Operation beizubehalten. Der Schutzbereich des Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG umfasst die Änderung des Vornamens, unabhängig von einer Änderung des Personenstandes.¹³⁷⁵ Der Vorname eines Menschen ist Mittel seiner Identitätsfindung und Entwicklung der eigenen Individualität und gleichzeitig Ausdruck der erfahrenen und gewonnenen geschlechtlichen Identität.¹³⁷⁶ Die ursprüngliche Prämisse, dass die „kleine Lösung“ nur eine Durchgangslösung darstellen würde, hat sich nicht bewahrheitet. Gewiss haben sich Transsexuelle in der Vergangenheit teilweise aufgrund der unverhältnismäßigen Anforderungen an die „große Lösung“ für die „kleine Lösung“ entschieden. Doch auch abgesehen von den geringeren Anforderungen hat sie ihre Berechtigung – vor allem erlaubt sie Transsexuellen eine Art Testphase für ein Leben in ihrer Geschlechtsidentität unter deutlich vereinfachten Bedingungen, ohne dass sich ihre Rechte und Pflichten, Ausweise, usw. im gleichen Umfang ändern. Des Weiteren ermöglicht die „kleine Lösung“ Transsexuellen, in der ihrem Empfinden entsprechenden Geschlechtsrolle zu leben, ohne sich im Alltag Dritten und Behörden gegenüber offenbaren zu müssen. Damit wird der „Alltagstest“ (die Erprobung des Lebens im Wunschgeschlecht in allen sozialen Bereichen) erleichtert und die soziale Integration der Antragsteller gefördert.¹³⁷⁷ Aus diesem Grund sollte die „kleine Lösung“ nicht länger von der endgültigen, prognostisch sicheren Diagnose „Transsexualität“

¹³⁷² *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (362); *Adamietz*, Transgender ante portas, KJ 2006, S. 368 (380).

¹³⁷³ *Dürig/Scholz*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 71. EGL 2014, Art. 3 III GG Rn. 141 mit dem Beispiel als Frau nicht Mutter und Hausfrau, sondern Bundestagspräsident zu werden; wobei die Amtsbezeichnung folglich Bundestagspräsidentin lauten würde.

¹³⁷⁴ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 98 f.

¹³⁷⁵ Vgl. dazu D I 2 a aa und bb (1). So auch *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (364); *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG Beschluss v. 06.12.2005, JZ 2006, S. 513 (517 f.).

¹³⁷⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 48, BVerfGE 115, 1 (14).

¹³⁷⁷ Vgl. auch den Entschließungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen BT-Drs. 16/947 v. 15.03.2006, S. 3.

abhängig gemacht werden.¹³⁷⁸ Die Feststellung, dass sich eine Person aufgrund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht zugehörig empfindet und entsprechend ihren Vorstellungen leben möchte sollte ausreichen. Neben der Funktion als Testphase ist die „kleine Lösung“ geeignet und das richtige rechtliche Instrument für Transsexuelle, denen die Vornamensänderung für das Ausleben ihrer Geschlechtsidentität genügt.¹³⁷⁹

bb. EMRK

Der EGMR hatte in seiner Rechtsprechung bis 2017 nur eine Verpflichtung von Staaten feststellen müssen, einen Geschlechterwechsel rechtlich anzuerkennen und den Personenstand und die diesbezüglichen Daten entsprechend anzupassen, wenn es sich um post-operative Transsexuelle handelte.¹³⁸⁰ Alle Beschwerden, bei denen es zur Entscheidungen in der Begründetheit kamen, waren von post-operativen Transsexuellen erhoben worden, so dass es keine Möglich dazu gegeben hatte. Die Kommission verneinte 1997 in der Rechtssache *Roetzheim gegen Deutschland* die Zulässigkeit der Beschwerde einer deutschen Mann-zu-Frau-Transsexuellen, die unter Berufung auf Art. 8 EMRK eine Personenstandsänderung erreichen wollte, ohne eine operative geschlechtsangleichende Maßnahme vornehmen zu lassen.¹³⁸¹ Diese ablehnende Entscheidung erging im Einklang mit der damaligen Rechtsprechung des deutschen BVerfG.

Ansonsten betraf die Rechtsprechung des EGMR die körperliche Angleichung nur unter anderen Gesichtspunkten. Die Weigerung einer Schweizer Krankenversicherung die Kosten für die Geschlechtsumwandlung der Beschwerdeführerin zu übernehmen, weil sie vor der Operation nicht zwei Jahre abgewartet hatte (wie von der Rechtsprechung) vorgesehen, stellte nach Ansicht des EGMR eine Verletzung von Art. 8 EMRK dar.¹³⁸² Die Wartezeit war automatisch zugrunde gelegt worden, ohne das Alter der Beschwerdeführerin (67 Jahre) zu berücksichtigen. In *van Kück*¹³⁸³ wurde geurteilt, dass die Feststellung der medizinischen Notwendigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen wegen ihrer Heilwirkung bei Transsexuellen keine Rechtsfrage sein könne.¹³⁸⁴ Der Gerichtshof stellte fest, dass die Gerichte verpflichtet gewesen wären, eine Stellungnahme des behandelnden Arztes sowie

¹³⁷⁸ Vgl. *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (268).

¹³⁷⁹ Vgl. *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (364) und *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (261, 264).

¹³⁸⁰ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 71–93 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Urt. v. 23.05.2006 - 32570/03, Rn. 39–44 – Grant/Vereinigtes Königreich.

¹³⁸¹ *EKMR*, Entsch. v. 23.10.1997 - 31177/96 – Roetzheim/Deutschland.

¹³⁸² *EGMR*, Urt. v. 08.01.2009 - 29002/06 – Schlumpf/Schweiz.

¹³⁸³ Vgl. dazu D I 1 b bb (7) (a).

¹³⁸⁴ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 54 – Van Kück/Deutschland.

einschlägige Expertisen einzuholen. Ferner erachtete es der Gerichtshof als unverhältnismäßig, eine transsexuelle Person zu verpflichten, Beweis über die medizinische Notwendigkeit einer geschlechtsumwandelnden Operation zu führen¹³⁸⁵ und betonte, dass die Beurteilung, ob die Vornahme einer solchen eine medizinisch indizierte Heilbehandlung darstelle, nicht Gegenstand gerichtlicher Würdigung sei. In der wegweisenden Entscheidung *Goodwin* wurde die kontrollfreie Ermöglichung und Finanzierung von geschlechtsanpassenden Operationen in England, unter gleichzeitiger Verweigerung der rechtlichen Anerkennung, als sinnwidrig und widersprüchlich beurteilt und als Argument für einen Anspruch auf Anerkennung herangezogen.¹³⁸⁶ Aus der Tatsache, dass Operationen nur dann zur Bedingung für die Anerkennung gemacht werden dürfen, wenn eine Operation rechtlich und tatsächlich möglich ist (in anderen Worten: die Mitgliedstaaten trifft eine Pflicht, eine Operation zu ermöglichen, wenn diese Voraussetzung für die Anerkennung sind)¹³⁸⁷ folgt jedoch nicht zwangsläufig, dass die Operation zur Voraussetzung gemacht werden muss oder darf. Der Gerichtshof hatte seine Differenzierung zwischen Transsexuellen mit und ohne Operation nicht weiterführend begründet. Er betonte lediglich die Bedeutung der offensichtlichen Entschlossenheit von transsexuellen Personen, die Genitaloperationen vornehmen lassen haben, als Faktor der für sie herangezogen werden sollte.¹³⁸⁸ Warum dieser Faktor der einzig ausschlaggebende sein sollte oder von größerer Bedeutung, als andere Faktoren, wie beispielsweise das Streben danach dauerhaft entsprechend der eigenen Geschlechtsidentität zu leben, blieb unklar.¹³⁸⁹

Im Jahr 2015 erging die erste Entscheidung im Kontext von geschlechtsangleichenden Maßnahmen. In der Türkei war die Fortpflanzungsunfähigkeit Voraussetzung für die richterliche Gestattung einer geschlechtsangleichenden Operation, welche wiederum Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung war.¹³⁹⁰ Zwei Jahre später hatte der EGMR die Möglichkeit die Fragen zu beantworten, ob das Abhängigmachen der rechtlichen Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität von erstens allgemein einer geschlechtsangleichenden Operation, zweitens dem Nachweis der Fortpflanzungsunfähigkeit, drittens der Verpflichtung sich einer ärztlichen Untersuchung zur unterziehen, sowie viertens einen Nachweis darüber zu erbringen, ob tatsächlich Transsexualität vorliegt, konventionskonform ist. Letztlich konzentrierte der EGMR sich auf die letzten drei Voraussetzungen. In seinem Urteil *Nivot, Garçon und A.P.* legt er die Voraussetzung der „unumkehrbaren Änderung des

¹³⁸⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 56 – Van Kück/Deutschland.

¹³⁸⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 78 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

¹³⁸⁷ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 57, 59 – L./Litauen.

¹³⁸⁸ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 77 – Van Kück/Deutschland; *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 81 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 55 – B./Frankreich.

¹³⁸⁹ Ähnlich auch *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 66, BVerfGE 128, 109 (132).

¹³⁹⁰ *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08 – Y. Y./Türkei.

Erscheinungsbildes“ im französischen Recht, bzw. dessen Auslegung und Anwendung durch die Gerichte, so aus, dass diese an die Vornahme einer sterilisierenden Operation oder eine Behandlung anknüpfe, die aufgrund ihrer Natur und Intensität eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit von Unfruchtbarkeit mit sich bringe. In der Argumentation und Abwägung bezieht sich der EGMR auch stark auf die Folgen einer sterilisierenden Wirkung. Ein ausdrückliches Urteil des EGMR zur Frage der Zulässigkeit von allgemein geschlechtsangleichenden Operationen (unabhängig von der sterilisierenden Wirkung) als Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität steht daher noch aus, weshalb diese Problematik zuerst besprochen werden soll. Eine Entscheidung in nächster Zeit ist jedoch zu erwarten, da bereits mehrere Verfahren zu dieser Frage anhängig sind.¹³⁹¹

(1) Schutz durch die EMRK: Möglicher Schutzbereich, Prüfungsmaßstab und Abwägung

Das Grundrecht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit ist nicht ausdrücklich in der EMRK enthalten. Es lässt sich jedoch drei verschiedenen Garantien der Konvention zuordnen: das in Art. 2 EMRK geschützte Recht auf Leben, das in Art. 3 EMRK aufgestellte Verbot der Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung sowie das in Art. 8 I EMRK enthaltene Recht auf Achtung des Privatlebens.¹³⁹² Art. 12 EMRK ist nur insofern von Relevanz, als dass geschlechtsangleichende Operationen auch zur Fortpflanzungsunfähigkeit führen können. Da dieser Gesichtspunkt bzw. diese Voraussetzung separat untersucht werden, wird Art. 12 EMRK nur in diesem Abschnitt besprochen. Ebenfalls berührt ist das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, in seiner Ausformung als Recht auf Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität.

(a) Art. 2 EMRK: Recht auf Leben

Von Art. 2 EMRK wird die biologisch-physische Existenz geschützt, insofern bestehen Parallelen zu Art. 2 II 1 GG und Art. 2 I GR-Charta. Allerdings ist der Schutzbereich des Art. 2 EMRK eng und schützt weder die Erschaffung menschlichen Lebens, noch die Persönlichkeitsentfaltung.¹³⁹³ Dem Artikel lassen sich demnach weder ein allgemeines Recht auf körperliche Unversehrtheit, ein Recht auf Zeugung, noch ein Recht auf Gezeugtwerden entnehmen.¹³⁹⁴ Vielmehr geht es um das Verbot der absichtlichen Tötung,¹³⁹⁵ sodass im nächsten Schritt der Schutzbereich des Art. 3 EMRK zu erörtern ist.

¹³⁹¹ EGMR, kommuniziert 19.10.2017 - 36253/13; 52516/13 – R.L.; P.O./Russland; EGMR, kommuniziert 10.03.2017 - 29683/16 – X/Ehemalige jugoslawische Republik Mazedonien.

¹³⁹² Vgl. *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 33; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 22 Rn. 7.

¹³⁹³ *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 2 EMRK Rn. 6.

¹³⁹⁴ *Ibid.*

¹³⁹⁵ Vgl. EGMR, Urt. v. 24.02.2005 - 57950/00, Rn. 175 – Isayeva/Russland; *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 2 Rn. 1, 4.

(b) Art. 3 EMRK: Verbot der Folter & erniedrigender oder unmenschlicher Behandlung

In *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich* hatte sich nur der erste Beschwerdeführer neben Art. 8 EMRK auch auf Art. 3 EMRK berufen. Der Gerichtshof hatte seine Beschwerde jedoch insoweit für unzulässig erklärt, weil er auf dem nationalen Rechtsweg nicht kritisiert hatte, dass das Abhängigmachen der Anerkennung der geschlechtlichen Identität eines Transsexuellen von der Durchführung einer Operation oder einer Behandlung, die eine unumkehrbare Unfruchtbarkeit mit sich bringt, nicht mit seinem Recht auf Achtung des Privatlebens vereinbar war oder gegen das Verbot der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung verstieß.¹³⁹⁶ Die Beschwerdeführer zwei und drei hatten sich nicht (auch) auf Art. 3 EMRK bezogen. Der EGMR prüfte auch keine eigenständige Verletzung von Art. 3 EMRK, stellte jedoch fest, dass derartige medizinische Behandlungen oder Operationen die körperliche Integrität der Person betreffen, welche neben Art. 8 auch von Art. 3 geschützt sei.¹³⁹⁷ Eine mögliche Erklärung hierfür ist, dass der EGMR sich nicht in der Lage sah Art. 3 EMRK zu prüfen, da sich keine der zulässigen Beschwerden darauf bezogen hatte. Dies könnte in einer neuen Beschwerde mit einem allgemeineren Bezug zu geschlechtsangleichenden Maßnahmen anders sein, weshalb der Schutzbereich weiter zu untersuchen ist.

Art. 3 EMRK enthält ein absolutes Verbot der Folter und erniedrigender oder unmenschlicher Strafe bzw. Behandlung. Die dadurch begründete staatliche Pflicht betrifft nicht nur ein negatives Unterlassen, sondern auch ein positives Tun. Der Staat muss Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass Personen, die seiner Hoheitsgewalt unterstehen auch nicht durch Privatpersonen gefoltert oder unmenschlich oder erniedrigend behandelt werden.¹³⁹⁸ Vorliegend ist fraglich, ob die Mitgliedstaaten eine Pflicht trifft, keine Voraussetzungen aufzustellen, die medizinische Eingriffe in den Körper verlangen.

Die Konvention enthält keine genauen Definitionen hinsichtlich Folter und erniedrigender oder unmenschlicher Strafe bzw. Behandlung, sodass der EGMR für die Begriffsbestimmung auf Art. 1 des UN-Übereinkommens gegen Folter zurückgreift und in seiner Rechtsprechung die Abgrenzung konkretisiert.¹³⁹⁹ Die Abgrenzung zwischen Folter und unmenschlicher Behandlung ist graduell, wobei erniedrigende Behandlung die schwächste Form eines Verstoßes gegen Art. 3 EMRK darstellt und Folter die schwerste.¹⁴⁰⁰

¹³⁹⁶ EGMR, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 89 f. – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich. Ganz im Gegenteil behauptete er sogar, dass er diese Voraussetzungen erfüllen würde, da er sich im Ausland einer Geschlechtsumwandlungsoperation unterzogen hätte. Er hatte daher die innerstaatlichen Rechtsbehelfe diesbezüglich nicht erschöpft.

¹³⁹⁷ *Ibid.*, Rn. 127, 131. Kritisiert in der abweichenden Meinung des Richters *Ranzoni*.

¹³⁹⁸ Vgl. EGMR, Urt. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 51 – *Pretty/Vereinigtes Königreich*.

¹³⁹⁹ *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 6.

¹⁴⁰⁰ Vgl. *Ibid.*, Art. 3 Rn. 20; *Bungenberg*, in: Nowak/Heselhaus, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Aufl. 2006, § 12 Rn. 18.

(aa) Mindestmaß

Grundsätzlich ist Art. 3 EMRK nicht anwendbar, wenn nur eine geringfügige Miss-handlung vorliegt, es muss ein bestimmtes Mindestmaß an Schwere erreicht sein und physische oder psychische Leiden hervorgerufen werden.¹⁴⁰¹ Ob dieses Mindestmaß erreicht wird, hängt vom Einzelfall ab, zu berücksichtigen sind u.a. Art und Zusammenhang der Behandlung, Art und Methode der Durchführung, Dauer, Alter und Gesundheitszustand des Opfers.¹⁴⁰² Für geschlechtsanpassende Operationen gilt, dass diese im Zweifel medizinisch korrekt durch Fachkräfte vorgenommen werden. Gleichzeitig handelt es sich aber auch um gravierende Eingriffe in einen gesunden Körper. Sie bringen teilweise weitreichende Folgen mit sich (auf die Fortpflanzungsunfähigkeit wird später eingegangen) und können auch nach momentanem Stand der Medizin nicht immer das gewünschte Ergebnis bieten.¹⁴⁰³ Häufig bleibt es nicht nur bei einem Eingriff, sondern mehrere Operationen oder Nachbesserungen sind notwendig. Die Folgen der Operationen sind größtenteils irreversibel und damit von lebenslanger Dauer. Neben den physischen Folgen sind auch psychische Folgen denkbar.

Von weiterer Bedeutung ist der Zusammenhang der Behandlung. Da Art. 3 EMRK keine Rechtfertigung zulässt, sind bereits an dieser Stelle die Beweggründe (der legitime Zweck) von Relevanz. Geschlechtsangleichende Operationen werden nicht verlangt, um schwerwiegende Straftaten zu verfolgen oder Ähnliches. Es geht auch nicht um den Lebensschutz der Betroffenen, wie beispielsweise bei einer Zwangsernährung. Vielmehr geht es um die Auferlegung einer Pflicht zur Vornahme eines operativen Eingriffs, um die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität zu erreichen. Argumentiert wird diesbezüglich vor allem auf der Basis des Schutzes der öffentlichen Ordnung. Die Gesellschaft ist jedoch nur marginal durch das Erscheinungsbild anderer Menschen betroffen und verfügt, wenn überhaupt, nur über einen eng begrenzten Anspruch auf Einflussnahme darauf, wie andere Menschen sich im Alltag präsentieren. Ein solcher Anspruch, ein Interesse der Gesellschaft, kann nur dort beginnen, wo ihre eigenen Interessen berührt werden und muss begrenzt sein durch die Interessen des Einzelnen, sein Leben nach eigenen Vorstellungen selbstbestimmt zu gestalten.

¹⁴⁰¹ Vgl. *EGMR*, Ur. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 52 – Pretty/Vereinigtes Königreich. Bisher stellte der EGMR im Zusammenhang mit Art. 3 EMRK nur fest, dass die Nichtermöglichung von geschlechtsanpassenden Operationen (die notwendig sind für die rechtliche Anerkennung) nicht intensiv genug ist für einen Eingriff in Art. 3 EMRK; vgl. *EGMR*, Ur. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 46–48 – L./Litauen.

¹⁴⁰² *EGMR*, Ur. v. 13.05.2008 - 52515/99, Rn. 69 – Juhnke/Türkei; *EGMR*, Ur. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 101 – V.C./Slowenien.

¹⁴⁰³ Vgl. *Sutcliffe et al*, Evaluation of surgical procedures for sex reassignment: a systematic review, *Journal of Plastic, Reconstructive & Aesthetic Surgery* 2009, S. 294–308; *Metzger*, Influencing factors on the decision process of the transition objective of transmen. An exploratory study of transmen in Germany and Switzerland, 2014.

Weiterführend wird auf die Gefahr von Missbrauch und einer Trivialisierung von Geschlechtsumwandlungen verwiesen. Die Wahrscheinlichkeit, dass Menschen eine rechtliche Geschlechtsänderung anstreben und mit den Konsequenzen leben, ohne sich genügend damit auseinander gesetzt zu haben, ist jedoch sehr gering. Ferner ist es denkbar, diesen Gefahren mit anderen Voraussetzungen zu begegnen, die weniger einschneidend sind. Insbesondere das Argument des Selbstschutzes von „vermeintlich“ Transsexuellen vor sich selbst spricht eher für eine erniedrigende Behandlung als dagegen. Auch das Alter und der Gesundheitszustand werden in den nationalen Regelungen meistens nicht berücksichtigt, sondern es besteht eine umfassende Anpassungspflicht ohne Ausnahmen.

(bb) Medizinische Behandlungen: Erniedrigender oder unmenschlicher Charakter

Der EGMR (wie auch der Interamerikanische Gerichtshof für Menschenrechte) gab an, dass der Begriff der Folter einer laufenden Neubewertung unter Berücksichtigung der sich verändernden Werte in demokratischen Gesellschaften unterliegt.¹⁴⁰⁴ Eine relativ neue Entwicklung ist die Konzeptualisierung von Missbrauch in Gesundheitseinrichtungen als Folter oder Misshandlung. Eben diese wurde 2013 in einem Report des Sonderberichterstatters des UN Menschenrechtsrats näher untersucht.¹⁴⁰⁵ Dabei zeigte er auf, dass Folter ursprünglich vor allem im Kontext von Verhör, Bestrafung und Einschüchterung von Inhaftierten verortet wurde. International wird aber zunehmend immer mehr anerkannt, dass Folter auch in anderen Zusammenhängen vorkommen kann. In seiner Rechtsprechung stellte der EGMR fest, dass der Zweck der Behandlung berücksichtigt werden muss, aber auch dann ein Verstoß gegen Art. 3 EMRK vorliegen kann, wenn es nicht Zweck oder Absicht der staatlichen Handlung war, dass das Opfer erniedrigt, gedemütigt oder bestraft wird, diese Folge aber eintrat.¹⁴⁰⁶ Eine Erniedrigung aus Sicht des Opfers kann ebenfalls genügen, auch wenn Dritte dies nicht so empfinden würden.¹⁴⁰⁷ Als erniedrigend wird eine Behandlung gesehen, wenn sie in den Betroffenen Gefühle der Angst, Beklemmung oder Unterlegenheit erweckt oder geeignet ist, sie zu demütigen oder zu erniedrigen, möglicherweise körperlichen oder moralischen Widerstand zu brechen, oder wenn das Opfer dazu gebracht werden soll, gegen seinen Willen oder sein Gewissen zu handeln. Erniedrigung wird durch einen fehlenden Respekt vor oder Herabsetzung der Menschenwürde ausgedrückt.¹⁴⁰⁸

¹⁴⁰⁴ EGMR, Urt. v. 28.07.1999 - 25803/94, Rn. 101 – Selmouni/Frankreich; *Inter-American Court of Human Rights*, Urt. v. 18.08.2000, Series C, No. 69 (2000) – Cantoral-Benavides/Peru, Rn. 99.

¹⁴⁰⁵ UN *Human Rights Council*, A/HRC/22/53: Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 01.02.2013.

¹⁴⁰⁶ Vgl. EGMR, Urt. v. 19.04.2001 - 28524/95, Rn. 68, 74 – Peers/Griechenland; EGMR, Urt. v. 07.07.2009 - 25336/04, Rn. 125 – Groji/Albanien; EGMR, Urt. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 101 – V.C./Slowenien.

¹⁴⁰⁷ EGMR, Urt. v. 21.01.2011 - 30696/09, Rn. 220 – M.S.S./Belgien und Griechenland.

¹⁴⁰⁸ EGMR, Urt. v. 13.11.2012 - 15966/04, Rn. 121 – I.G./Slowenien.

Den betreuenden und handelnden Ärzten oder dem Gesetzgeber kann nicht ohne Weiteres eine Absicht unterstellt werden, Transsexuelle entwürdigen zu wollen. Fraglich ist jedoch die Motivation hinter der durch den Staat festgelegten Anforderung zur körperlichen Angleichung und die Auswirkungen dieser Anforderung. Transsexuelle Interessengruppen wehren sich schon seit langem gegen ihre lebenslange Fremdbestimmung und Pathologisierung. Bereits bei der Geburt werden sie hinsichtlich ihres Geschlechts fremdbestimmt, im Laufe ihres Lebens erfolgt eine medizinische Fremdbestimmung als krank und juristisch erfolgt eine Fremdbestimmung durch die Vorgabe von Voraussetzungen, um die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität zu erreichen. Sie stehen unter dem ständigen Druck, sich beweisen zu müssen. Sie müssen „echte“ Transsexuelle sein und dies mit allen Mitteln beweisen. In ihrer Persönlichkeitsentfaltung sind sie nicht nur eingeschränkt, weil ihr Körper und Geburtsgeschlecht nicht ihrer Geschlechtsidentität entsprechen, ihnen wird zudem vorgegeben, wie sie ihre Geschlechtsidentität ausleben haben. Ihre Position kann nur als unterlegen bezeichnet werden, ihnen bleibt keine wirkliche Wahl; Gefühle der Angst, Beklemmung, Erniedrigung erscheinen nicht fern- sondern naheliegend.

Gleichzeitig kann nach Ansicht des EGMR eine Maßnahme, die aus Sicht gefestigter medizinischer Grundsätze als therapeutische Notwendigkeit geboten ist, grundsätzlich nicht als unmenschlich oder erniedrigend eingestuft werden.¹⁴⁰⁹ Inzwischen ist vielfach anerkannt, dass nicht jeder transsexuelle Mensch eine operative Geschlechtsangleichung wünscht oder diese bei ihm indiziert ist – dies stellt sich (im Umfang) individuell unterschiedlich dar.¹⁴¹⁰ Folglich kann eine therapeutische Notwendigkeit nicht als Argument gegen den unmenschlichen und erniedrigenden Charakter von Maßnahmen zur körperlichen Angleichung herangezogen werden.

Der EGMR berücksichtigt in seinem Urteil gegen die Sterilisierung von Roma-Frauen ohne deren vorherige Zustimmung, dass es sich bei den Roma um eine besonders gefährdete Bevölkerungsgruppe handelt.¹⁴¹¹ Auch Transsexuelle sehen sich

¹⁴⁰⁹ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2006 - 54810/00, Rn. 69 – Jalloh/Deutschland.

¹⁴¹⁰ Vgl. *World Professional Association for Transgender Health, Inc. (WPATH)*, Statement on Legal Recognition of Gender Identity, 19.01.2015, <https://tgeu.org/wpath-2015-statement-on-gender-identity-recognition/> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022); Standards of Care, 7te Version 2012, S. 3, https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20V7_German.pdf (zuletzt aufgerufen 14.06.2022) und Identity Recognition Statement, 16.06.2010, <https://epath.eu/wp-content/uploads/2018/11/Identity-Recognition-Statement-6-6-10-on-letterhead.pdf> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022); *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (260 f.); *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung* (DGfS), ZfS 2001, 258 (261, 266); *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 25, BVerfGE 115, 1 (5); *Briken/Dannecker/Richter-Appelt/Becker*, Stellungnahme der DGfS zur Reform des Transsexuellengesetzes, 2009, (http://dgfs.info/wp-content/uploads/SN01_TSG_2009_091104.pdf zuletzt aufgerufen 14.06.2022), S. 3.

¹⁴¹¹ EGMR, Urt. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 146, 178 – V.C./Slowenien.

europa- und weltweit (mehrfach) Diskriminierungen ausgesetzt.¹⁴¹² Eine Vergleichbarkeit der beiden Gruppen ist insofern gegeben, als dass es sich bei „Rasse“ und Geschlechtsidentität jeweils um stark personengebundene und unveränderliche Merkmale handelt. Verschiedene Motivationen lassen eine Handlung möglicherweise zur Folter werden, dazu gehört auch die Diskriminierung. Missbräuche in Gesundheitseinrichtungen basieren vielfach auf Verfahrensweisen und Regelungen, die mit der gezielten Diskriminierung von marginalisierten Menschen verbunden sind.¹⁴¹³ Die körperlichen Eingriffe in die Geschlechtsorgane und die Verhinderung der Reproduktion werden beispielsweise vielfach aufgrund von sexueller und geschlechtsspezifischer Voreingenommenheit vorgenommen.¹⁴¹⁴ Von Transsexuellen eine körperliche Geschlechtsuneindeutigkeit zu verlangen, die von anderen nicht verlangt wird, kann durchaus als Diskriminierung angesehen werden.

(cc) Der freie Wille

Des Weiteren hat der EGMR Fälle unter Art. 3 EMRK subsumiert, in denen das Opfer dazu gebracht wurde gegen seinen Willen oder sein Gewissen zu handeln.¹⁴¹⁵ Nach Art. 5 I der Biomedizinkonvention¹⁴¹⁶ darf eine Intervention im Gesundheitsbereich erst dann erfolgen, nachdem die betroffene Person über sie aufgeklärt worden ist und frei eingewilligt hat. Auch andere internationale Dokumente betonen die Bedeutung einer freien, informierten Zustimmung.¹⁴¹⁷ Intervention wird in seinem weitesten Sinne verstanden und schließt alle Handlungen, die an einem Menschen aus Gesundheitsgründen vorgenommen werden, insbesondere Interventionen zwecks Prophylaxe, Diagnose, Therapie, Rehabilitation und Forschung ein.¹⁴¹⁸ Um wirksam zu sein, setzt eine Zustimmung voraus, dass die betroffene Person Kenntnis über ihren Gesundheitszustand, den Grund für die Operation und mögliche Alternativen und genügend Zeit für die Entscheidung hat.¹⁴¹⁹ Diese Voraussetzungen sind bei Transsexuellen grundsätzlich gegeben. Fraglich ist jedoch die Freiwilligkeit ihrer Einwilligung. Eine Einwilligung gilt als frei, wenn sie ohne jeglichen Druck durch Dritte erteilt wird.¹⁴²⁰ Der Frage des Willens und der Zustimmung kommt eine große Bedeutung zu. Der EGMR positioniert sie im Zusammenhang mit der Autonomie und Selbstbestimmung des Einzelnen, welche in

¹⁴¹² *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 1.

¹⁴¹³ *UN Human Rights Council*, A/HRC/22/53: Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 01.02.2013, Rn. 37.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*

¹⁴¹⁵ *EGMR*, Urt. v. 03.04.2001 - 27229/95, Rn. 110 – Keenan/Vereinigtes Königreich.

¹⁴¹⁶ Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin, in Kraft getreten am 01.12.1999, Oviedo, 4.IV.1997, SEV Nr. 164.

¹⁴¹⁷ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 76, 82, 85, 86 – V.C./Slowenien.

¹⁴¹⁸ Erläuternder Bericht zur Bioethik Konvention, Rn. 34.

¹⁴¹⁹ *EGMR*, Urt. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 107-115 – V.C./Slowenien.

¹⁴²⁰ Erläuternder Bericht zur Bioethik Konvention, Rn. 35.

Art. 8 EMRK verortet sind und auf der Menschenwürde und der Freiheit des Menschen basieren, welche wiederum die grundlegenden Werte der Konvention darstellen.¹⁴²¹ Ihr Gegenstück ist das Recht medizinische Behandlung abzulehnen, selbst bei fatalen Folgen.¹⁴²² Sofern die operative Geschlechtsangleichung die einzige Möglichkeit darstellt, die rechtliche Anerkennung zu erlangen, liegt ein *de facto* Zwang vor.¹⁴²³ Der Druck erfolgt mittelbar durch die Verknüpfung der Vornahme bzw. Zustimmung zur operativen Angleichung mit der rechtlichen Anerkennung so wie der Auferlegung einer Wahl zwischen ihrem Recht auf körperliche Integrität und der Anerkennung in ihrer Geschlechtsidentität.¹⁴²⁴ Dass den Beschwerdeführern keine wirkliche Wahl zusteht, wenn zwei Menschenrechte gegeneinander ausgespielt werden, wurde im Zusammenhang der Transsexualität und dem Ehelosigkeitserfordernis bereits in einer abweichenden Meinung angesprochen.¹⁴²⁵

Auch der EGMR hat in einem anderen Zusammenhang zumindest anerkannt, dass die Wahl zwischen einer die Triebhaftigkeit unterdrückenden Medikation und einer Behandlung durch Psychotherapie (wobei erstere eine kürzere Inhaftierung zur Folge hätte) eine schwierige Situation für den Betroffenen darstelle, die einen gewissen Druck erzeuge und Zweifel an der freien und informierten Zustimmung begründe.¹⁴²⁶ Dass das deutsche BVerfG diese Verbindung als problematisch einstufte wurde bereits oben erläutert.¹⁴²⁷ In *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich* erkannte auch der EGMR ausdrücklich, dass in eine medizinische Behandlung nicht wirklich eingewilligt wird, wenn eine Nichtvornahme für den Betroffenen zur Folge hat, ihn der vollständigen Ausübung seines Rechts auf sexuelle Identität und auf persönliche Entfaltung zu berauben.¹⁴²⁸

(dd) Fazit zu Art. 3 EMRK

Mit dieser Argumentation lässt sich das hier diskutierte Problem als unmenschliche und erniedrigende Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK einstufen. Zwar folgt hieraus keine rechtliche Verbindlichkeit, doch auch der Sonderberichterstatter für Folter

¹⁴²¹ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 105 – V.C./Slowenien.

¹⁴²² *EGMR*, Urt. v. 02.10.2012 - 41242/08, Rn. 66, 105 – Plesó/Ungarn.

¹⁴²³ Vgl. zur Einwilligung in die Sterilisation, welche Voraussetzung für die körperliche Angleichung war, welche wiederum Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung war: Zustimmung Meinung der Richter *Keller und Spano* Rn. 26 zu *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08 – Y. Y./Türkei. so auch *VnGH Stockholm*, Urt. v. 19.12.2012 – Fallnr. 1968-12 (www.tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_EN.docx [S. 3]; http://www.tgeu.org/sites/default/files/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_SE.pdf [zuletzt aufgerufen 03.02.2016]).

¹⁴²⁴ Vgl. auch *House of Lords*, Urt. v. 10.04.2003, 2 A.C. 467, UKHL 21 ff., All ER 593 [2003] – Bellinger v. Bellinger, Rn. 40.

¹⁴²⁵ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 6, 8, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finland.

¹⁴²⁶ *EGMR*, Urt. v. 06.11.2014 - 14793/08, Rn. 102–104 – Dvořáček/Tschechische Republik.

¹⁴²⁷ Vgl. dazu D II 3 a aa (3) (b) und (e).

¹⁴²⁸ *EGMR*, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 130–132. – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

forderte alle Staaten dazu auf, „Gesetze aufzuheben, die invasive und irreversible Behandlungen gestatten, einschließlich zwangsweiser geschlechtsangleichender Operationen, unfreiwilliger Sterilisation“¹⁴²⁹ und verortete diese damit im Bereich der Folter und Misshandlung. Als solche wäre die Voraussetzung der operativen Geschlechtsangleichung nicht zu rechtfertigen, den Staaten stünde kein Beurteilungsspielraum zu und es läge ein direkter Verstoß gegen die Konvention vor. Wenn man aber davon ausgeht, dass der für Art. 3 EMRK notwendige Schweregrad durch diese Misshandlung nicht erreicht wird, könnte immer noch Art. 8 EMRK verletzt sein,¹⁴³⁰ bzw. wäre Art. 3 EMRK bei der Prüfung von Art. 8 EMRK mit zu berücksichtigen.

(c) Art. 8 EMRK

Die aufgrund der eher strengen Auslegung des Art. 3 EMRK bestehende Schutzlücke wird mittels Art. 8 EMRK geschlossen. Dieser schützt die Achtung des Privatlebens und als Bestandteil dessen das Recht selbst über seinen eigenen Körper zu bestimmen.¹⁴³¹ Das Recht auf Selbstbestimmung, das der Auslegung von Art. 8 EMRK zu Grunde liegt, bezieht sich auch auf körperliche Angelegenheiten und umfasst insbesondere die Patientenautonomie, also das Recht jedes Einzelnen selbst darüber zu entscheiden, ob, wann und in welchem Umfang ein medizinischer Eingriff an ihm vorgenommen wird. Geschützt wird die physische und psychische Integrität des Einzelnen.¹⁴³² Die Schwelle zur Eröffnung des Schutzbereichs ist vergleichsweise gering. Obligatorische medizinische Interventionen, wie ein Urin-test¹⁴³³, eine gynäkologische Untersuchung¹⁴³⁴ oder eine gewaltsame Untersuchung in einem Krankenhaus¹⁴³⁵ wurden als Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens eingestuft. Medizinische Eingriffe ohne eine informierte Einwilligung¹⁴³⁶, selbst wenn sie *de lege artis* durchgeführt werden¹⁴³⁷ sind ebenso Beispiele für Eingriffe in das Recht auf Achtung des Privatlebens. Der EGMR hat das Recht auf Achtung in der eigenen Geschlechtsidentität anerkannt und daraus eine Pflicht der Staaten abgeleitet, Menschen, die sich geschlechtsangleichenden Operationen unterzogen haben, rechtlich anzuerkennen. Die Frage, ob die Voraussetzung der Ehelosigkeit in Finnland mit der Konvention vereinbar war, untersuchte der EGMR nicht unter Art. 12 EMRK, sondern – da es der Klägerin nicht möglich war in ihrem

¹⁴²⁹ UN Human Rights Council, A/HRC/22/53: Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 01.02.2013, Rn. 88.

¹⁴³⁰ Vgl. Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 3 Rn. 85.

¹⁴³¹ Marauhn/Thorn, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 33.

¹⁴³² Marauhn/Thorn, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 33; EKMR, Urt. v. 26.03.1985 - 8978/80, Rn. 22 – X und Y/Niederlande.

¹⁴³³ EKMR, Urt. v. 06.04.1994 - 21132/93 – Peters/Niederlande.

¹⁴³⁴ EGMR, Urt. v. 22.07.2003 - 24209/94, Rn. 33 f. – Y. F./Türkei.

¹⁴³⁵ EGMR, Urt. v. 05.07.1999 - 31534/96, Rn. 64 – Matter/Slowakei.

¹⁴³⁶ EGMR, Urt. v. 23.03.2010 - 45901/05, 40146/06, Rn. 75 – M.A.K. und R. K./Vereinigtes Königreich m.w.N.

¹⁴³⁷ EGMR, Urt. v. 16.06.2005 - 61603/00, Rn. 144 – Storck/Deutschland.

Geschlecht anerkannt zu werden – unter Art. 8 EMRK. Zwar sei auch das Familienleben berührt, das Hauptproblem läge aber beim Unvermögen, das Geschlecht zu ändern und damit bei der Privatsphäre. Dies spricht dafür, dass der Ausgangspunkt für geschlechtsangleichende Operationen (neben Art. 3 EMRK) Art. 8 EMRK sein dürfte.

(aa) Eingriff oder positive Verpflichtung

Das Auferlegen der Verpflichtung eine geschlechtsangleichende Operation vorzunehmen, um eine rechtliche Geschlechtsänderung zu erhalten, kann sowohl als Eingriff (*negative obligation/interference*) als auch als möglicher Verstoß gegen eine positive Pflicht (*positive obligation*) verstanden werden.¹⁴³⁸ Der primäre Zweck von Art. 8 EMRK ist der Schutz von Individuen vor willkürlicher Beeinträchtigung durch staatliche Stellen. Er kann aber ebenso dem Staat gewisse positive Schutzpflichten zur Gewährung einer effektiven Achtung der Rechte aus Art. 8 EMRK auferlegen.¹⁴³⁹ Die Prüfung einer Schutzpflichtverletzung unterscheidet sich von der Prüfung eines Eingriffs vor allem dadurch, dass Art. 8 II EMRK sich ausdrücklich nur auf staatliche Eingriffe bezieht und damit bei Schutzpflichtverletzungen nicht anzuwenden ist. Auch für die Beurteilung von positiven Verpflichtungen kommt es aber auf einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit an. Auch misst der EGMR den Zielen aus Art. 8 II EMRK eine gewisse Bedeutung zu.¹⁴⁴⁰ Zwar wird den Mitgliedstaaten in der Rechtsprechung in einzelnen Fällen bei der Erfüllung von Schutzpflichten ein größerer Entscheidungsspielraum eingeräumt, dass dies grundsätzlich der Fall ist, kann jedoch nicht behauptet werden.¹⁴⁴¹

Ob ein Sachverhalt unter der Perspektive eines Eingriffs oder der einer positiven Schutzpflicht zu untersuchen ist, wird nicht einheitlich beurteilt. In der Sache *Hämäläinen* musste der EGMR prüfen, ob die finnische Praxis, bei einer bestehenden Ehe die rechtliche Geschlechtsänderung von einer Scheidung oder unter Zustimmung des Ehepartners von einer Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft abhängig zu machen, mit Art. 8 EMRK vereinbar ist.¹⁴⁴² Dieser Fall ist mit dem vorliegenden insofern vergleichbar, als dass es ebenfalls um eine

¹⁴³⁸ *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 20. Vgl. dazu allgemein *Klatt*, Positive Obligations under the European Convention of Human Rights, ZaöRV 71 2011, S. 691–718; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 19.

¹⁴³⁹ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 63 – *Hämäläinen/Finnland m.w.N.* aus der Rspr.

¹⁴⁴⁰ *EGMR (GK)*, Urt. v. 19.10.2005 - 32555/96, Rn. 157– *Roche/Vereinigtes Königreich*; *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 65 – *Hämäläinen/Finnland*. Vgl. dazu *Klatt*, nach dessen Ansicht diese “gewisse Relevanz” darin liegt, dass der Ermessensspielraum für die Ziele auf die des Art. 8 II EMRK begrenzt ist; *Klatt*, Positive Obligations under the European Convention of Human Rights, ZaöRV 71 2011, S. 691–718 (717).

¹⁴⁴¹ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 19 Rn. 7; *Marauhn/Merhof*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 15.

¹⁴⁴² *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – *Hämäläinen/Finnland*.

Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung geht.¹⁴⁴³ Die Kammer, die die Sache in erster Instanz entschieden hatte, und die Beteiligten hatten einen Eingriff in Art. 8 EMRK darin gesehen, dass der Beschwerdeführerin eine neue (weibliche) Identifikationsnummer verweigert wurde.¹⁴⁴⁴ Die Große Kammer hingegen entschied, dass die ausschlaggebende Frage war, ob die Achtung des Privatlebens die positive Verpflichtung des Staates begründet, ein wirksames und zugängliches Verfahren zu schaffen, mit dem eine Anerkennung des Geschlechts bei Fortbestehen der Ehe möglich ist.¹⁴⁴⁵

Vorliegend wäre damit fraglich, ob die Achtung des Privatlebens die positive Verpflichtung des Staates begründet, ein wirksames und zugängliches Verfahren zu schaffen, mit dem eine Anerkennung des Geschlechts bei Fortbestehen körperlicher Merkmale des Geburtsgeschlechts bzw. ohne eine operative körperliche Angleichung möglich ist. Für eine Schutzpflicht lässt sich auch die weitere bisherige Rechtsprechung heranziehen. Der EGMR hatte in *Goodwin* eine Pflicht des Staates auf Anerkennung festgestellt. Die konventionsgemäße Ausgestaltung dieser Pflicht könnte sich als weitere Pflicht oder Teil dieser Pflicht darstellen. Positive Schutzpflichten haben eine alternative oder trennende Struktur, dem Staat stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, wie er dieser Pflicht nachkommt, solange er sie erreicht.¹⁴⁴⁶ Dies ließe sich als Argument für den vorliegenden Fall heranziehen, auch da die Voraussetzungen für die Anerkennung der Geschlechtsidentität und die einzelnen Anforderungen an die Angleichung oder Sterilität in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich sind.

In *Y.Y.* (Verweigerung der geschlechtsangleichenden Operation bei Fortpflanzungsfähigkeit) verwies der EGMR einerseits auf die Schwierigkeit einer klaren Differenzierung zwischen der negativen und positiven Pflicht und andererseits auf die Vergleichbarkeit der anwendbaren Prinzipien. In beiden Fällen müsse ein angemessener Ausgleich geschaffen werden und stünde den Staaten ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.¹⁴⁴⁷ Er entschied sich im Folgenden ohne weitere Begründung für einen Eingriff (die Weigerung eine Geschlechtsumwandlung vornehmen lassen zu dürfen, habe unzweifelhaft Auswirkungen auf das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität und persönliche Entfaltung) und prüfte die Rechtfertigung

¹⁴⁴³ Heirat und operative Angleichung unterscheiden sich hinsichtlich der Möglichkeit, sie zu ändern von den Voraussetzungen des Alters und der Staatsangehörigkeit.

¹⁴⁴⁴ EGMR, Urt. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 44 – H./Finnland.

¹⁴⁴⁵ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn.64 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁴⁴⁶ Klatt, Positive Obligations under the European Convention of Human Rights, ZaöRV 71 2011, S. 691–718 (695).

¹⁴⁴⁷ EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 59 – Y. Y./Türkei. Auch in anderen Kontexten betonte der EGMR, dass die anwendbaren Prinzipien weitgehend ähnlich seien: EGMR (GK), Urt. v. 08.07.2003 - 36022/97, Rn. 98 – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich (auch zu Art. 8 EMRK); EGMR, Urt. v. 21.02.1990 - 9310/81, Rn. 41 – Powell und Rayner/Vereinigtes Königreich (zu Art. 13 EMRK).

anhand von Art. 8 II EMRK.¹⁴⁴⁸ In anderen Fällen ließ er die Entscheidung offen,¹⁴⁴⁹ was in der Literatur auf Kritik stößt, da zwar in beiden Fällen eine Verhältnismäßigkeitsprüfung stattfindet, diese jedoch unterschiedlich strukturiert sei.¹⁴⁵⁰ In *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich* (hinsichtlich der Voraussetzung zur Fortpflanzungsunfähigkeit) hatte der EGMR den Parteien die Frage gestellt, ob das vorliegende Verfahren unter dem Gesichtspunkt einer positiven oder negativen Verpflichtung zu betrachten sei.¹⁴⁵¹ Und entschied sich in seinem Urteil für eine positive Verpflichtung.¹⁴⁵² Mithin stellte er sich die Frage, ob die Achtung des Privatlebens der Beschwerdeführer für den Staat die positive Verpflichtung mit sich brachte, ein geeignetes Verfahren einzurichten, um es ihnen zu erlauben, ihre geschlechtliche Identität rechtlich anerkennen zu lassen, ohne dass sie die von ihnen beanstandeten Voraussetzungen erfüllen müssen.

Dafür, dass es sich um einen Eingriff handelt, spricht zum einen, dass der EGMR in Fällen der zwangsweisen medizinischen Interventionen einen Eingriff annahm. Da staatlicher Zwang bereits dann angenommen wird, wenn es an einer freien, informierten und ausdrücklichen Zustimmung der betroffenen Person fehlt und vorliegend das Kriterium der „freien“ Entscheidung aufgrund der Entscheidungszwangslage zu bezweifeln ist, spricht einiges dafür, zumindest von einem aufgedrängten oder mittelbaren Zwang zu sprechen. Dieser Entscheidungszwang bedeutet ebenfalls, dass egal wie die Betroffenen sich entscheiden (körperliche Integrität und keine Operation, dafür aber keine Achtung ihrer Geschlechtsidentität oder Achtung ihrer Geschlechtsidentität unter Aufgabe ihrer körperlichen Integrität) ihre Rechte betroffen sind. Weiterhin konstruiert der Staat dadurch, dass er die Festlegung auf ein Geschlecht verlangt und Voraussetzungen für eine Änderung aufstellt, für Transsexuelle überhaupt erst eine problematische Situation. Schutzpflichten setzen ein Unterlassen des Staates voraus, klassische Eingriffe hingegen eine Handlung des Staates. Letztlich spricht für einen Eingriff, dass sonst die Voraussetzungen des Art. 8 II EMRK umgangen würden.¹⁴⁵³ Dies erscheint auch deshalb widersprüchlich, weil die Anerkennung von Schutzpflichten unter der EMRK eigentlich den Rechtsschutz erweitern sollte.

Die Weigerung eines Staates ohne den Nachweis einer dauerhaften operativen körperlichen Angleichung eine rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität vorzunehmen, greift in das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität und

¹⁴⁴⁸ EGMR, Ur. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 66, 67 – Y. Y./Türkei.

¹⁴⁴⁹ EGMR (GK), Ur. v. 08.07.2003 - 36022/97, Rn. 119 – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich

¹⁴⁵⁰ Klatt, Positive Obligations under the European Convention of Human Rights, ZaöRV 71 2011, S. 691–718 (694 f.).

¹⁴⁵¹ EGMR, kommuniziert 18.03.2015 - 79885/12 – AP/Frankreich (Frage 4a, 5a); EGMR, kommuniziert 18.03.2015 - 52471/13 – Garçon/Frankreich (Frage 3a); EGMR, kommuniziert 18.03.2015 - 52596/13 – Nicot/Frankreich (Frage 3a).

¹⁴⁵² EGMR, Ur. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 99 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁴⁵³ Vgl. Wildhaber/Breitenmoser, in: Karl/Pabel/Schmahl, Int. Kommentar EMRK, 13. EGL, 2010, Art. 8 Rn. 55 ff.

Selbstbestimmung ein, welches der EGMR für Art. 8 EMRK anerkannt hat. Gleichzeitig ist die ebenfalls von Art. 8 EMRK umfasste körperliche Integrität berührt. Da sowohl für Schutzpflichtverletzungen, als auch für Eingriffe Art. 8 II EMRK von Bedeutung ist,¹⁴⁵⁴ werden die dort aufgezählten Maßstäbe als maßgeblich betrachtet. Beschränkungen der Rechte des Art. 8 I EMRK können auf Grundlage des weitreichenden Gesetzesvorbehalts gerechtfertigt sein. Zunächst müsste der Eingriff gesetzlich vorgesehen, weiterhin müsste er in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, zum Schutz der Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Daraus ergibt sich eine dreistufige Prüfung.

(bb) Gesetzliche Grundlage: Bestimmtheit

Die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Rechte des Art. 8 I EMRK setzt eine gesetzliche Grundlage voraus, wobei es sich hier um einen echten Gesetzesvorbehalt handelt und nicht nur der Vorrang des Gesetzes gemeint ist (auch wenn die englische Fassung so verstanden werden könnte „*in accordance with the law*“).¹⁴⁵⁵ Hierbei gilt es zu beachten, dass bei der Auslegung der EMRK das *common-law* System berücksichtigt werden muss und entsprechend auch ungeschriebenes Recht die geforderte gesetzliche Grundlage bilden kann, sofern die zu befolgenden Regeln hinreichend zugänglich und bestimmt sind.¹⁴⁵⁶ Insbesondere das Kriterium der hinreichenden Bestimmtheit könnte in der Rechtsprechung des EGMR von Bedeutung sein, da einige Länder das Verfahren zur rechtlichen Geschlechtsänderung nicht gesetzlich festgelegt haben.

Das Kriterium der Bestimmtheit ist erfüllt, wenn Umstände und Bedingungen behördlichen Handelns vorhersehbar sind und der Bürger die Folgen seines eigenen Verhaltens abschätzen kann.¹⁴⁵⁷ Eine absolute Sicherheit kann nicht erreicht werden und allgemein formulierte Rechtsnormen, die in der Praxis auslegungsbedürftig und auslegungsfähig sind, sind zulässig.¹⁴⁵⁸ Maßgeblich dafür, ob die Bestimmtheit ausreichend ist, ist für den EGMR, ob gegen willkürliche Eingriffe und Missbrauch ein Schutz gegeben ist.¹⁴⁵⁹ Daneben berücksichtigt der EGMR auch die Dynamik eines

¹⁴⁵⁴ Vgl. EGMR, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 101 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁴⁵⁵ Marauhn/Thorn, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 81.

¹⁴⁵⁶ Ibid.; Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Vorbem. zu Art. 8–11 Rn. 3.

¹⁴⁵⁷ Marauhn/Merhof, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 30; Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Vorbem. zu Art. 8–11 Rn. 3; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11.

¹⁴⁵⁸ Vgl. Marauhn/Merhof, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 30; Frowein, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Vorbem. zu Art. 8–11 Rn. 3; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11.

¹⁴⁵⁹ Marauhn/Merhof, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 34; Grabenwarter/Pabel, EMRK, 7. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11.

Rechtsgebiets.¹⁴⁶⁰ Beispielhaft soll auf die Entscheidung *Nicot, Garçon und A.P.* sowie die ihr zugrunde liegende Rechtslage in Frankreich eingegangen werden, die in anderen Staaten in vergleichbarer Art zu finden ist¹⁴⁶¹. Denn die erste Frage, die sich für den EGMR stellte, war, ob das positive französische Recht damals, indem es Transsexuellen, die die Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität erreichen wollten, den Nachweis der „Unumkehrbarkeit der Veränderung des Erscheinungsbildes“ auferlegte, diese Anerkennung der Vornahme einer sterilisierenden Operation oder Behandlung unterwarf.¹⁴⁶² Den französischen Gerichten war ein weiter Entscheidungsspielraum hinsichtlich der spezifischen medizinischen Voraussetzungen überlassen worden. Dies führte zu einer teilweise starken Diskrepanz zwischen den unterschiedlichen Gerichten. Während einzelne Gerichte eine sehr strikte Auslegung ansetzten, ließen andere die Folgen einer Hormontherapie ausreichen.¹⁴⁶³ Auch die Hinzuziehung von juristischem Rat konnte potentiellen Antragstellern nicht garantieren oder auch nur mit großer Sicherheit vorhersagen, ob ihre vorgenommenen Operationen für die Antragsstellung ausreichen würden. Gleichzeitig handelt es sich bei der auslegungsbedürftigen Bedingung der körperlichen Anpassung um eine Voraussetzung, die ggf. zu starken körperlichen Eingriffen führt. Für den Bürger ist es also von besonders großer Bedeutung, dass es für ihn vorhersehbar ist, mit welchen Maßnahmen er diese Voraussetzung erfüllen kann. Etwaige Maßnahmen, die hinter der Auslegung durch die Gerichte zurückbleiben oder über sie hinausgehen, haben für den Einzelnen gravierende nachteilige Auswirkungen. Damit ist der Ausgang der Verfahren nicht mehr vorhersehbar. Durch die unterschiedliche Behandlung von Fällen basierend auf uneinheitlicher behördlicher Praxis kann auch bei Bejahung der Bestimmtheit ein Gleichbehandlungsproblem bestehen.¹⁴⁶⁴

(cc) Eingriffszweck

Die Maßnahme müsste auf ein bestimmtes Schutzgut gezielt sein, welches in Art. 8 II EMRK aufgezählt wird. Die nationale oder öffentliche Sicherheit, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Aufrechterhaltung der Ordnung, die Verhütung von strafbaren Handlungen, der Schutz der Gesundheit und der Moral sowie der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer geben den nationalen Gesetzgebern grundsätzlich weite Möglichkeiten der Einschränkung. Eine Rechtfertigung von

¹⁴⁶⁰ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 26.04.1979 - 6538/74, Series A 30, Rn. 46 ff. – Sunday Times/Vereinigtes Königreich.

¹⁴⁶¹ Vgl. *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, 2015, S. 613–663 (641 ff.).

¹⁴⁶² *EGMR*, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 116–120 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁴⁶³ Vgl. *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 129 f.; *Amnesty International*, *The State Decides Who I Am*, 2014, <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/eur010012014en.pdf> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022), S. 49–57.

¹⁴⁶⁴ *Marauhn/Merhof*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 34.

Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit erfolgte in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere unter Bezugnahme auf ein Interesse an der Verhinderung von Straftaten¹⁴⁶⁵, auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit¹⁴⁶⁶ und auf das Interesse der betroffenen Person, sofern der Eingriff medizinisch notwendig war¹⁴⁶⁷. Dabei wurden Intensität und Art der Implementierung der fraglichen Maßnahme sowie das Vorhandensein von weniger intrusiven Alternativen berücksichtigt.¹⁴⁶⁸ Die Eingriffszwecke erhielten in der Rechtsprechung des EGMR bisher keine nähere begriffliche Klärung, auch abstrakte Definitionen sind selten. Allgemein lässt der Gerichtshof nur in Ausnahmefällen die Rechtfertigung am Mangel eines legitimen Ziels scheitern.¹⁴⁶⁹ Gleichzeitig ist es für die Verhältnismäßigkeitsprüfung wichtig, die verfolgten legitimen Ziele zu definieren, denn diese gilt es abzuwägen. Dass der EGMR dies in *Y.Y.* unterließ, wurde u.a. in der zustimmenden Meinung der Richter *Spano* und *Keller* kritisiert.¹⁴⁷⁰ In *Nicot, Garçon und A.P.* hatte der EGMR explizit die Frage gestellt, ob mindestens eines der legitimen Ziele des Art. 8 II EMRK verfolgt werde.¹⁴⁷¹ Da der EGMR sich für eine positive Verpflichtung entschied, konnte er sich dahingehend zurückhalten nur einzugestehen, dass die Bewahrung des Grundsatzes der Nichtverfügbarkeit des Personenstandes, die Garantie der Zuverlässigkeit und der Kohärenz des Zivilstandes und allgemeiner das Erfordernis der Rechtssicherheit ein allgemeines Interesse begründen würden.¹⁴⁷² Auf den Sinn und Zwecks dieser Interessen geht er jedoch nicht weiter ein, was sich damit begründen lässt, dass es sich um nationale Interessen handelt, bei denen sich der EGMR zurückhaltend gibt. Aufgabe der öffentlichen Register ist es akkurate Aufzeichnungen zu verwalten, die der gelebten Realität entsprechen.¹⁴⁷³ Die gelebte Realität basiert jedoch auf der sozialen Situation und dem Leben einer Person, nicht auf ihren Genitalien. Folglich lässt sich argumentieren, dass der Sinn und Zweck der öffentlichen Register nicht erreicht wird, wenn sie die soziale Realität nicht widerspiegeln können, weil eine rechtliche Anerkennung von sozial angepassten Transsexuellen ohne operative Geschlechtsangleichung nicht möglich ist.

Losgelöst von der Entscheidung kann folgendes festgehalten werden. Die nationale oder öffentliche Sicherheit und das wirtschaftliche Wohl des Landes kommen

¹⁴⁶⁵ *EKMR*, Ur t. v. 06.04.1994 - 21132/93 – Peters/Niederlande.

¹⁴⁶⁶ *EKMR*, Ur t. v. 10.12.1984 - 10435/83 – Acmanne u.a./Belgien.

¹⁴⁶⁷ *EGMR*, Ur t. v. 07.10.2008 - 35228/03, Rn. 77 f., 89 – Bogumil/Portugal.

¹⁴⁶⁸ *EGMR (GK)*, Ur t. v. 11.07.2006 - 54810/00, Rn. 71–74 – Jalloh/Deutschland.

¹⁴⁶⁹ *Marauhn/Merhof*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 39.

¹⁴⁷⁰ Zustimmende Meinung der Richter *Keller/Spano* Rn. 1, 3–6, zu *EGMR*, Ur t. v. 10.03.2015 - 14793/08 – *Y. Y./Türkei*.

¹⁴⁷¹ *EGMR*, kommuniziert 18.03.2015 - 79885/12 – AP/Frankreich (Frage 4b); *EGMR*, kommuniziert 18.03.2015 - 52471/13 – Garçon/Frankreich (Frage 2bi); *EGMR*, kommuniziert 18.03.2015 - 52596/13 – Nicot/Frankreich (Frage 2bi).

¹⁴⁷² *EGMR*, Ur t. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 132 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁴⁷³ Vgl. *Mottet*, *Modernizing State Vital Statistics Statutes and Policies*, 19 Mich. J. Gender & L. 373 2013, S. 376–470 (413–417).

bereits inhaltlich nicht in Betracht. Eingriffe in die Menschenrechte von Homosexuellen lassen sich laut EGMR nicht mit dem Schutz der Moral rechtfertigen,¹⁴⁷⁴ sodass die Staaten sich auf diesen Eingriffszweck im Zusammenhang mit Transidentität ebenfalls nicht berufen können. Der Begriff der öffentlichen Ordnung wird unter Art. 8 II EMRK eng verstanden, damit soll eine Aushöhlung des durch die EMRK gewährten Schutzes durch einen weiten allgemeinen Ordnungsbegriff verhindert werden.¹⁴⁷⁵ In der Rechtsprechung des EGMR hieß es allgemeiner, dass wegen geschlechtsanpassender Operationen keine Gefahr bestehe, dass die Änderung des Geschlechts willkürlich erfolge.¹⁴⁷⁶ Ferner wird teilweise auf die Gefahr eines kriminellen Missbrauchs verwiesen, um diese Voraussetzung zu legitimieren. Der EGMR stellte jedoch in *Y.Y.* fest, dass die mögliche Banalisierung von chirurgisch vorgenommen Geschlechtsumwandlungen und die Gefahr ihrer missbräuchlichen Verwendung durch gewisse Milieus nicht unter die in Art. 8 II EMRK aufgezählten Ziele falle.¹⁴⁷⁷ Geschlechtsanpassende Operationen, häufig mit dem Zusatz der Irreversibilität, als Voraussetzung für einen rechtlichen Geschlechtswechsel werden unter anderem damit begründet, dass ein erneuter Geschlechtswechsel schädlich wäre. Inwiefern dies der Fall ist, wurde nie näher begründet. Nach bisherigen Untersuchungen sind Rückwechsel sehr selten und unwahrscheinlich. Wenn sie vorkommen, sind sie meist Folgen von Diskriminierungen, die insbesondere solche Transsexuelle treffen, die sich nicht in die binäre Geschlechterordnung einsortieren wollen oder können.¹⁴⁷⁸ Auch würde die Vornahme von irreversiblen körperlichen Veränderungen befürchtete Rückwechsel nicht völlig verhindern. Ein allgemeines öffentliches Interesse an dem geschlechtsentsprechenden Äußeren einer Person, bezüglich chirurgischer Maßnahmen, ist nur schwer begründbar, da die Körperteile, die bei den Operationen verändert werden (Brüste und Genitalien) nicht öffentlich sichtbar sind. Ein staatliches Ziel solche Genitalien zu schaffen, die geeignet sind im angepassten Geschlecht den Geschlechtsakt zu vollziehen, bzw. das Ziel, die Möglichkeit im bisherigen Geschlecht diesen zu vollziehen auszuschließen, erscheint unter dem Gesichtspunkt der Privat- und Intimsphäre nicht legitim. Dafür spricht auch, dass die Ehe nicht zwingend auf dem Geschlechtsvollzug basiert. Teilweise werden Genitaloperationen als Höhepunkt des Umwandlungs-

¹⁴⁷⁴ EGMR, Urt. v. 22.10.1981 - 7525/76, Series A 45, Rn. 61 – Dudgeon/Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 26.10.1988 - 10581/83, Rn. 44 ff. – Norris/Irland.

¹⁴⁷⁵ *Marauhn/Merbof*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 38; *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Vorbem. zu Art. 8–11 Rn. 11.

¹⁴⁷⁶ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 81 f. – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

¹⁴⁷⁷ EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 78 – Y. Y./Türkei.

¹⁴⁷⁸ Vgl. *Landén/Wälinder/Hambert/Lundström*, Factors predictive of regret in sex reassignment, Acta Psychiatrica Scandinavica 1998, S. 284–289.

prozesses dargestellt, dass dies nicht der Fall ist und die soziale Umwandlung von medizinischer Relevanz ist, ist weitläufig anerkannt.¹⁴⁷⁹

(dd) Verhältnismäßigkeit

Aus der Rechtsprechung lässt sich eine Orientierungshilfe für die Interpretation von Art. 8 II EMRK im Kontext der physischen Gesundheit ziehen.¹⁴⁸⁰ In *Pretty* führt der EGMR zur Bedeutung der „Notwendigkeit“ aus, dass nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs diese impliziere, dass ein *pressing social need* für die Beeinträchtigung des Rechts bestehen müsse, und sie verhältnismäßig sein müsse zum verfolgten legitimen Ziel.¹⁴⁸¹

(i) *Margin of appreciation*

Wie bereits oben erläutert gesteht der EGMR den Mitgliedstaaten einen Beurteilungsspielraum zu, dessen Umfang von verschiedenen Faktoren bestimmt wird.¹⁴⁸² Diese Faktoren vermischen sich teilweise mit den Argumenten, die in der eigentlichen Abwägung angebracht werden. Dass die Rechtsprechung des EGMR hinsichtlich der Bedeutung der einzelnen Faktoren nicht einheitlich ist, wurde bereits aufgezeigt und kritisiert. Dennoch sollen die einschlägigen Kriterien im Folgenden aufgezeigt werden. Von besonderer Bedeutung ist hierbei das Konsenskriterium, da dieses in der bisherigen EGMR Rechtsprechung zu Transsexualität einerseits einen besonderen Schwerpunkt bildete und gleichzeitig eine starke Relativierung erfuhr.

Ausschlaggebend für den zuzugestehenden Beurteilungsspielraum ist u.a. der betroffene Schutzbereich. Je nachdem welche Bedeutung das betroffene Recht hat, soll ein besonders enger oder weiter Spielraum bestehen. Von besonderer Bedeutung für die EMRK als Ganzes sind die Würde und Freiheit des Menschen. Sofern der intimste oder empfindlichste Lebensbereich der Menschen betroffen ist (wie bei der Identität oder Sexualität), soll eine besonders genaue Überprüfung durch den EGMR stattfinden. Dass die sexuelle Identität zu diesem intimsten Bereich gehört, hat der EGMR inzwischen nicht nur klar anerkannt, sondern auch wiederholt

¹⁴⁷⁹ Vgl. Fn. 1410: *World Professional Association for Transgender Health, Inc. (WPATH)*, Statement on Legal Recognition of Gender Identity, 19.01.2015, <https://tgeu.org/wpath-2015-statement-on-gender-identity-recognition/>, 7. Version 2012, S. 3, https://www.wpath.org/media/cms/Documents/SOC%20v7/SOC%20v7_German.pdf (zuletzt aufgerufen 14.06.2022) und Identity Recognition Statement, 16.06.2010, <https://epath.eu/wp-content/uploads/2018/11/Identity-Recognition-Statement-6-6-10-on-letterhead.pdf> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022); *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (260 f.); *Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung (DGfS)*, ZfS 2001, 258 (261, 266); *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 25, BVerfGE 115, 1 (5); *Briken/Dannecker/Richter-Appelt/Becker*, Stellungnahme der DGfS zur Reform des Transsexuellengesetzes, 2009, (http://dgfs.info/wp-content/uploads/SN01_TSG_2009_091104.pdf zuletzt aufgerufen 14.06.2022), S. 3.

¹⁴⁸⁰ Vgl. *Richardson*, Coercion and human rights: A European perspective, *Journal of Mental Health* 2008, S. 245–254 (251).

¹⁴⁸¹ *EGMR*, Urt. v. 29.04.2002 - 2346/02, Rn. 70 – *Pretty*/Vereinigtes Königreich.

¹⁴⁸² Vgl. dazu C II 4 c.

betont.¹⁴⁸³ Weiterhin ist die *margin of appreciation* enger, wenn eine grundrechtlich geschützte Tätigkeit vollständig verboten wird und weiter, wenn ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt vorliegt oder dieses von einem Genehmigungsverfahren abhängig gemacht wird. Vorliegend geht es um Fälle, in denen die rechtliche Anerkennung möglich ist, aber von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wird, was für einen weiteren Ermessensspielraum sprechen würde. Diese Überlegung ist ähnlich der Frage, ob eine positive Verpflichtung oder ein Eingriff vorliegt. Mangels Eindeutigkeit sollte diesem Kriterium nur geringe Bedeutung zugesprochen werden. Von Bedeutung ist ferner, ob der Wesensgehalt des Rechts betroffen ist. Sofern das betrachtete Recht die Achtung der Geschlechtsidentität ist, so ist dieses in seinem Wesen betroffen, da eine rechtliche Anerkennung verweigert wird. Falls auf die körperliche Integrität abgestellt wird, ist auch diese wesentlich betroffen, da es um umfassende Eingriffe in den Körper geht, die nicht freiwillig durch den Betroffenen vorgenommen werden.

Trotz aller berechtigter Kritik am Konsenskriterium, stellt dieses im Vergleich zu den anderen Determinanten einen objektiven Maßstab dar, der durch einen Rechtsvergleich festgestellt werden kann und weniger durch eine (Be-)Wertung geprägt ist. Gleichzeitig ermöglicht es eine Rechtsfortbildung, die nicht von den vertragsstaatlichen Rechtsordnungen losgelöst erfolgt.¹⁴⁸⁴ In *Goodwin* ging es um die grundsätzliche rechtliche Anerkennung von post-operativen Transsexuellen. Damals stellte der EGMR fest, dass es keinen gemeinsamen europäischen Ansatz zum Umgang mit den „Folgeproblemen“ der rechtlichen Anerkennung einer Geschlechtsanpassung gäbe. Dies sei in Anbetracht der unterschiedlichen Rechtssysteme kaum überraschend. Ausschlaggebend sei vielmehr die anhaltende internationale Entwicklungsrichtung zugunsten einer steigenden sozialen Akzeptanz von Transsexuellen, aber auch zugunsten der rechtlichen Anerkennung der neuen sexuellen Identität.¹⁴⁸⁵ Dem EGMR reichte ein klarer Trend aus, um auf eine enge *margin of appreciation* zu schließen.¹⁴⁸⁶ Weiter hinten im Urteil betonte er, dass diese Probleme bei weitem nicht unüberwindbar seien.¹⁴⁸⁷ Auch in den jüngsten Urteilen zu Transsexualität geht der EGMR auf die Rechtslage in den Mitgliedstaaten ein.¹⁴⁸⁸

¹⁴⁸³ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 77, 90 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 70 – I./Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 67, 68 – Hämäläinen/Finnland; *EGMR*, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 93 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁴⁸⁴ *Rubel*, Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des EGMR und EuGH, 2005, S. 91.

¹⁴⁸⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 65 – I./Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 85 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

¹⁴⁸⁶ Der sich entwickelnde Trend reichte nicht aus, in: *EGMR (GK)*, Urt. v. 03.11.2011 - 57813/00, Rn. 96 – S.H. u.a./Österreich. Vgl. aber die gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Tulkens/Hirvelä/Lazarova/Trajkowska/Tsotsori*.

¹⁴⁸⁷ *GMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 91 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

¹⁴⁸⁸ *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 35–43, 108, 111 – Y. Y./Türkei; *EGMR*, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 71, 122 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

(ii) Rechtsvergleichende Perspektive

Trotz der inzwischen gefestigten Rechtsprechung des EGMR, dass Staaten eine Verpflichtung trifft, transsexuellen Menschen eine rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität zu ermöglichen, verstoßen nicht wenig Staaten hiergegen und sehen keinerlei Verfahren vor: 2016 waren es sieben Länder (Albanien, Andorra, Zypern, Lichtenstein, Monaco, San Marino und die frühere jugoslawische Republik Mazedonien). Sofern der Konsens grundsätzlich für die Bestimmung der *margin of appreciation* als relevant angesehen wird, sollten diese Staaten für weitere Fragen nicht berücksichtigt werden,¹⁴⁸⁹ da sie bereits in der Grundsatzfrage gegen die EMRK verstoßen.

Innerhalb von Europa haben bereits sieben Länder ein Verfahren eingeführt, welches ohne jegliche medizinische Voraussetzungen oder Diagnosen auskommt und ausschließlich auf Selbstbestimmung durch den Einzelnen basiert (Malta¹⁴⁹⁰, Dänemark¹⁴⁹¹, Norwegen¹⁴⁹², Irland¹⁴⁹³, Belgien¹⁴⁹⁴, Luxemburg¹⁴⁹⁵ und Portugal¹⁴⁹⁶). Gleiches gilt für zwei autonomen Teile Spaniens.¹⁴⁹⁷ In zwei weiteren Ländern

¹⁴⁸⁹ Anders in *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn.73, 74 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁴⁹⁰ Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015, angenommen vom Parlament am 01.04.2015, <http://justiceservices.gov.mt/DownloadDocument.aspx?app=lom&itemid=12312&l=1> (zuletzt aufgerufen 20.12.2018).

¹⁴⁹¹ Angenommen vom Parlament am 11.06.2014, in Kraft getreten am 01.09.2014. http://www.ft.dk/RIpdf/samling/20131/lovforslag/L182/20131_L182_som_vedtaget.pdf (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) auf Dänisch; http://tgeu.org/sites/default/files/Denmark_Civil_Registry_law.pdf (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) Übersetzung ins Englische. Das Gesetz gilt nur für Menschen ab 18 Jahren und sieht eine Zwangswartezeit von 6 Monaten vor.

¹⁴⁹² <http://tgeu.org/norway-lgr/> (zuletzt aufgerufen 23.01.2017); Vorschlag eines Expertenkomitees einberufen vom norwegischen Gesundheitsministerium angenommen mit 73 zu 19 Stimmen, <http://tgeu.org/norwegian-expert-group-publishes-progressive-gender-recognition-recommendations/> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) mit englischer Zusammenfassung ab S. 173.

¹⁴⁹³ *Gender Recognition Act 2015*, http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/08/IRELAND_Gender-Recognition-Act-2015.pdf (zuletzt aufgerufen 03.02.2016).

¹⁴⁹⁴ <https://tgeu.org/belgium-legal-gender-recognition-law-2017/>; http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&table_name=wet&cn=2017062503 (zuletzt aufgerufen 23.10.2018).

¹⁴⁹⁵ Loi du 10 août 2018 relative à la modification de la mention du sexe et du ou des prénoms à l'état civil et portant modification du Code civil; <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2018/08/10/a797/jo> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

¹⁴⁹⁶ Lei n.º 38/2018, <https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/115933863/details/maximized?serie=I&day=2018-08-07&date=2018-08-01> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

¹⁴⁹⁷ Gesetz Nr. 2/2014 zur Nichtdiskriminierung aus Gründen der Geschlechtsidentität und die Anwendung der Rechte von transsexuellen Menschen (Ley Integral Para La No Discriminación Por Motivos De Identidad De Género Y Reconocimiento De Los Derechos De Las Personas Transexuales De Andalucía), in Kraft getreten am 19.07.2014, <http://www.juntadeandalucia.es/boja/2014/139/1> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) auf Spanisch und <http://atme-ev.de/images/texte/Materialien/3-best-practice-neu.pdf> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) Übersetzung ins Deutsche.

stehen ähnliche Vorschläge zur Diskussion (Finnland¹⁴⁹⁸ und Schweden¹⁴⁹⁹). Zusätzlich zu den fünf Ländern, die eine Geschlechtsänderung ausschließlich auf der Selbstbestimmung ermöglichen, verlangt in acht weiteren Ländern das Gesetz zwar noch gewisse medizinische Nachweise, aber nicht mehr Hormonbehandlungen, chirurgische Eingriffe oder Sterilisationen (Deutschland, Frankreich¹⁵⁰⁰, Griechenland¹⁵⁰¹, Moldawien, Niederlande¹⁵⁰², Portugal¹⁵⁰³, Österreich¹⁵⁰⁴, Vereinigtes-Königreich¹⁵⁰⁵, so auch im europäischen Weißrussland¹⁵⁰⁶ das kein Mitglied des Europarats ist). Andere Länder verlangen eine gewisse Anpassung von bestimmten physischen Eigenschaften, ohne dass etwaige chirurgische Eingriffe zur Unfruchtbarkeit führen (Spanien¹⁵⁰⁷, Irland und Island).¹⁵⁰⁸ Weiterhin haben mehrere Oberste

¹⁴⁹⁸ Vorschlag eines Expertenkomitees einberufen vom finnischen Gesundheitsministerium, <http://stm.fi/julkaisu?pubid=10024/125997> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) auf Finnisch. In Finnland wird seit dem neuen TSG v. 28.06.2002 auf eine physische Angleichung verzichtet, aber die Fortpflanzungsunfähigkeit verlangt, vgl. Übersetzung in *Arends*, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Finnland, S. 144 f. und *Pimenoff/Will*, Zum neuen finnischen Transsexuellengesetz, StAZ 2003, S. 71–73, 90.

¹⁴⁹⁹ Bericht im Anschluss an eine offizielle Untersuchung durch die schwedische Regierung, http://tgeu.org/wp-content/uploads/2015/07/Sweden_Report_Age-Requirement-LGR.pdf (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) mit englischer Zusammenfassung S. 25–33.

¹⁵⁰⁰ LOI n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle (1), Art. 56; <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033418805&categorieLien=id> (zuletzt aufgerufen 23.10.2018).

¹⁵⁰¹ <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2017/10/greece-vote-on-legal-gender-recognition-is-an-historic-step-forward-for-transgender-rights/>, (zuletzt aufgerufen 23.10.2018).

¹⁵⁰² <https://www.hrw.org/news/2014/06/24/europe-progress-transgender-rights> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016). Die Gesetzesänderung trat am 01.07.2014 in Kraft. Der Antrag auf Geschlechtsänderung muss jedoch den Bericht eines medizinischen Experten enthalten, in welchem der antragstellenden Person eine dauerhafte Überzeugung dem anderen Geschlecht anzugehören bestätigt wird, das Mindestalter ist 16 Jahre. Vgl. dazu auch *EGMR*, Ur. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 43 – Y. Y./Türkei. Zuvor war bereits die Möglichkeit von Ausnahmen vorgesehen, vgl. dazu *Breembaar*, Das niederländische Transsexuellengesetz, StAZ 1986, S. 204–206 und *Weber*, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Niederlande, Stand: 165. Lieferung S. 93 f.

¹⁵⁰³ Geschlechtsidentitätsgesetz Nr. 7/2011 v. 15.03.2010, <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2011/03/05200/0145001451.pdf> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) auf Portugiesisch, <http://tgeu.org/portugal-gender-identity-law/> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016) Übersetzung ins Englische.

¹⁵⁰⁴ *Österreichischer VwGH*, Ur. v. 17.02.2010 – 2009/17/0263; *Österreichischer VerfGH*, Ur. v. 03.12.2009 – B1973/08; *Österreichischer VwGH*, Ur. v. 15.09.2009 – 2008/06/0032; *Österreichischer VwGH*, Ur. v. 27.02.2009 – 2008/17/0054.

¹⁵⁰⁵ Vgl. *Gender Recognition Act 2004*; *EGMR*, Ur. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 42 – Y. Y./Türkei.

¹⁵⁰⁶ https://tgeu.org/wp-content/uploads/2018/05/SideB_TGEU2018_Print.pdf (zuletzt aufgerufen 23.10.2018).

¹⁵⁰⁷ Vorgesehen ist eine ärztliche Behandlung, aber keine operative körperliche Angleichung. Hinsichtlich der Behandlungspflicht besteht die Möglichkeit zur Befreiung aufgrund von Krankheit und Alter, vgl. dazu *Ferrer i Riba*, Neueste Entwicklungen im spanischen Personen- und Familienrecht in den Jahren 2006–2007, *FamRZ* 2007, S. 1513–1517 (1514).

¹⁵⁰⁸ *EGMR*, Ur. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 42 – Y. Y./Türkei. So auch im völkerrechtlich nicht als Staat anerkannten, Nordzypern, *Will*, Das Gespenst im Zivilgesetzbuch, in: Mansel/Pfeiffer (Hrsg.), *Festschrift für Jayme*, 2004, S. 1625 (1637).

Gerichte in den Mitgliedstaaten chirurgische Maßnahmen als Bedingung für die rechtliche Anerkennung verurteilt (Ukraine¹⁵⁰⁹ und Italien¹⁵¹⁰). In der Schweiz, wo kein Transsexuellengesetz existiert, gibt es neben Urteilen¹⁵¹¹ eine Rechtsauskunft des Eidgenössischen Amtes für das Zivilstandswesen betreffend Transsexualität vom 01.02.2012. Diese Rechtsauskunft sieht vor, dass die Änderung des amtlichen Geschlechts auch vorgenommen werden könne, wenn die dafür notwendige irreversible Geschlechtsänderung und Fortpflanzungsunfähigkeit ohne operative Eingriffe (Sterilisation, Aufbau von Geschlechtsorganen) erreicht wird (z.B. durch eine jahrelange Hormontherapie)¹⁵¹².

Zwar kommt es nach Art. 31 II (b) WVK für die Auslegung von Verträgen auf die Anwendung des Vertrages durch die Vertragsparteien an, da der EGMR in seiner Rechtsprechung in der Vergangenheit dennoch auch auf den außereuropäischen Rechtsraum verwiesen hat¹⁵¹³, ist festzuhalten, dass ein ähnlicher Trend auch im außereuropäischen Ausland wahrzunehmen ist. Das erste, weitgehendste, ausschließlich auf der individuellen Selbstbestimmung basierende Gesetz stammt aus Argentinien und wird als *best practice* Beispiel angesehen. In einem australischen Urteil des *High Court* zu zwei Transsexuellen, die eine Geschlechtsänderung unter Beibehalten ihrer Reproduktionsorgane anstrebten, legte das Gericht fest, dass es notwendig sei, die anwendbaren Gesetze basierend auf einer „sozialen Perspektive“ auszulegen.¹⁵¹⁴ Es sei Bezug zu nehmen auf Lebensstil, Aussehen, Verhalten und andere Faktoren. In dieser Hinsicht seien der körperliche Zustand oder Überreste der Sexualorgane potentielle nachteilige Folgen, die für gesellschaftliche Standards und Erwartungen unerheblich seien. Fünf kanadische Territorien (Ontario, British Columbia, Alberta, Manitoba und Nova Scotia) haben ihre Richtlinien reformiert und dabei jegliche chirurgischen Voraussetzungen gestrichen. Auch auf nationaler kanadischer Ebene

¹⁵⁰⁹ <http://tgeu.org/administrative-district-court-of-kyiv-rules-against-forced-surgery-requirement/> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016).

¹⁵¹⁰ Corte di cassazione, primo sezione civile, no. 15138, 20.07.2015, <http://tgeu.org/italian-supreme-court-rules-against-sterilisation-requirement/> (zuletzt aufgerufen 03.02.2016).

¹⁵¹¹ *Obergericht des Kantons Zürich*, Ur. v. 01.02.2011 – NC090012, ZR 110/2011 Nr. 49, mit Hinweis auf das zwei Wochen zuvor in Deutschland ergangene Urteil des BVerfG (Der irreversible Geschlechtswechsel setzt nicht zwingend einen chirurgischen Eingriff voraus. Vielmehr sei ein Geschlechtswechsel dann erfolgreich, wenn die betroffene Person die konstante Erfahrung macht im sogenannten Wunschgeschlecht angekommen zu sein und in diesem anerkannt zu werden); *Regionalgericht Bern-Mittelland*, Entsch. v. 27.07.2012 – CIV 12 1217 JAC (Weder ein operativer Eingriff, noch die Fortpflanzungsunfähigkeit seien notwendige und zulässige Voraussetzungen für den registerrechtlichen Geschlechtswechsel. Auch eine Hormontherapie sei ein Eingriff in die körperliche Integrität, weshalb eine solche nicht zwingend gefordert werden könne).

¹⁵¹² Vgl. <http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/geschlechterpolitik/artikel/geschlechtsaenderungen.html> (zuletzt aufgerufen 05.02.2016).

¹⁵¹³ *Ibid.*, Goodwin, Rn. 84 f.; I. Rn. 64 f.

¹⁵¹⁴ *AB & AH v Western Australia* [2011] HCA 42 6 October 2011 P15/2011 & P16/2011, §§ 35–38.

ist dies der Fall.¹⁵¹⁵ Eine Modernisierung der Richtlinien für Geburtsurkunden, inklusive der Abschaffung von chirurgischen Voraussetzungen, fand ebenso in mehreren Staaten der Vereinigten Staaten von Amerika statt.¹⁵¹⁶ Bereits 2010 hatte das *U.S. Department of State* klargestellt, dass eine geschlechtsändernde Operation keine Bedingung für die Ausstellung eines Passes sei.¹⁵¹⁷

(iii) Äußerungen auf europäischer und internationaler Ebene

Neben der staatlichen Ebene lohnt sich auch ein Blick auf die europäische bzw. internationale Ebene.¹⁵¹⁸ Auch der EGMR nimmt in seinen jüngeren Urteilen eine ausführliche Auflistung der Empfehlungen, Resolutionen und Berichte vor und schließt daraus auf einen Konsens.¹⁵¹⁹ Die ersten Dokumente aus den späten 1980ern und frühen 1990ern forderten vor allem die Schaffung einer rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität und verwiesen auf den vielfachen Wunsch zur körperlichen Angleichung und der wachsenden Möglichkeiten diesem Wunsch medizinisch nachzukommen.¹⁵²⁰ Die Dokumente des letzten Jahrzehnts beziehen sich auf die Voraussetzungen und Folgen einer rechtlichen Anerkennung sowie auf die Diskriminierung von Transidenten.

Den Anfang macht 2009 *Thomas Hammarberg*, der damalige Kommissar des Europarats für Menschenrechte, mit einem Themenpapier „Menschenrechte & Geschlechtsidentität“.¹⁵²¹ Er forderte die Mitgliedstaaten auf, schnelle und transparente Verfahren für die Änderung von Geschlecht und Vornamen zu ermöglichen sowie die Sterilisierung und andere aufgezwungene medizinische Behandlungen als notwendige rechtliche Ausgangsbedingungen abzuschaffen.¹⁵²² Derartige Anforderungen stellten eindeutig einen Verstoß gegen die Achtung der körperlichen Unversehrtheit einer Person dar. Mit ihrer Aufrechterhaltung würde ignoriert, dass nicht jeder transidente Mensch diese wolle, auch wenn es oft der Fall sei.¹⁵²³ Auch seien solche Eingriffe medizinisch nicht immer möglich, erhältlich oder finanzierbar. Er

¹⁵¹⁵ <http://www.cic.gc.ca/english/resources/tools/cit/admin/id/gender.asp> (zuletzt aufgerufen 05.02.2016).

¹⁵¹⁶ <http://www.transequality.org/blog/maryland-becomes-7th-state-to-modernize-birth-certificate-access> (zuletzt aufgerufen 05.02.2016); EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08 – Y. Y./Türkei; übereinstimmende Meinung der Richter *Keller/ Spano*, Rn. 25.

¹⁵¹⁷ Vgl. U.S. Department of State, Foreign Affairs Manual, Volume 7, 1320 Appendix M.

¹⁵¹⁸ Zur Verbindlichkeit von *soft-law* vgl. C II 4 d.

¹⁵¹⁹ EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 29–34, 110 – Y. Y./Türkei; wiederaufgenommen in der übereinstimmenden Meinung der Richter *Keller/ Spano*, Rn. 15–19. EGMR, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 73–81, 125 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich; kritisiert in der abweichenden Meinung des Richters *Ranzoni* insb. Rn. 15.

¹⁵²⁰ Vgl. beispielhaft *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Recommendation Doc. 1117 (1989): Condition of transsexuals, 29.09.1989; *European Parliament*, Resolution on discrimination against transsexuals, Official Journal of the European Communities No C 256/33-37, 09.10.1989.

¹⁵²¹ *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Issue Paper: Human Rights and Gender Identity, 29.07.2009, Abschnitt 3.3., S. 17.

¹⁵²² *Ibid.*, Empfehlung Nr. 3, 4, S. 29.

¹⁵²³ *Ibid.*, Abschnitt 3.3., S. 18.

betonte, dass diese Art der staatlichen Vorgabe einmalig und ihre Folgen für die Privatsphäre schwer zu rechtfertigen seien, da es zweifelhaft sei, ob sie zur Geschlechtszuordnung notwendig sind. Letztlich verweist er auf die Urteile des Österreichischen VwGH und des deutschen BVerfG. Der Menschenrechtskommissar wiederholte seine Aufforderung in seinem Bericht von 2011.¹⁵²⁴

Das Ministerkomitee des Europarats veröffentlichte am 31.03.2010 eine Empfehlung über Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität.¹⁵²⁵ In dessen Anhang heißt es unter anderem, dass die Voraussetzungen für die geforderte rechtliche Anerkennung, einschließlich derer über die Änderung von physischer Natur, regelmäßig überprüft werden sollten, um solche zu streichen, die missbräuchlich seien.¹⁵²⁶ Auch werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, einen effektiven Zugang zu geschlechtsanpassenden Maßnahmen zu ermöglichen, ohne diese von unzumutbaren Voraussetzungen abhängig zu machen, gleichzeitig solle aber keine Person ohne ihre Zustimmung solchen Maßnahmen unterworfen werden.¹⁵²⁷ Die Begründung liest sich so, als ob es primär darum ging Ausnahmen vorzusehen, da es aus gesundheitlichen Gründen nicht jeder Person möglich sei, alle Schritte der Hormontherapie oder alle chirurgischen Schritte vornehmen zu lassen. Eine individuelle Freiheit wird anders als im Themenpapier nicht betont. Weiter hinten heißt es jedoch, chirurgische Bedingungen sollten auf solche begrenzt werden, die strikt notwendig seien. Ende April 2010 folgte eine Resolution der Parlamentarischen Versammlung zur Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität.¹⁵²⁸ Die dort getätigte Aufforderung an die Mitgliedstaaten geht weiter als die des Ministerkomitees. Die Mitgliedstaaten sollen rechtlich und praktisch das Recht auf Erhalt von offiziellen Dokumenten (entsprechend der individuellen Geschlechtsidentität) ermöglichen, ohne eine vorherige Verpflichtung sich sterilisieren zu lassen oder andere medizinische Prozedere, wie geschlechtsanpassende Operationen oder Hormontherapien, vornehmen lassen zu müssen.¹⁵²⁹ Die Parlamentarische Versammlung drängte die Mitgliedstaaten 2013 erneut ihre Gesetze und Richtlinien zu überarbeiten.¹⁵³⁰ Die deutlichste Aussage traf die Parlamentarische Versammlung des Europarats im Jahr 2015. Sie fordert die Mitgliedstaaten nicht nur auf Sterilisation sowie andere verpflichtende medizinische Behandlungen als Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität abzuschaffen, sondern auch das Verfahren auf

¹⁵²⁴ *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Report: Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, September 2011, S. 13.

¹⁵²⁵ *Council of Europe: Committee of Minister*, Recommendation CM/Rec (2010)5: On measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31.03.2010.

¹⁵²⁶ IV. Right to respect for private and family life, Nr. 20.

¹⁵²⁷ VII. Health, Nr. 35.

¹⁵²⁸ *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 1728 (2010): Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, 29.04.2010.

¹⁵²⁹ *Ibid.*, Rn. 16.11.2.

¹⁵³⁰ *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 1945 (2013): Putting an end to coerced sterilisations and castrations, 26.06.2013, Rn. 7.1.

einem Selbstbestimmungsrecht basieren zu lassen.¹⁵³¹ Ferner sollen diese Verfahren unabhängig von Alter, medizinischem Zustand, finanzieller Situation oder Strafreister sein.

Die Yogyakarta-Prinzipien lehnen medizinische Behandlungen als Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung in der eigenen geschlechtlichen Identität ebenfalls und umfassend ab (Prinzip 3).¹⁵³²

Auch auf der Ebene der Vereinten Nationen werden die Belange von Transsexuellen mittlerweile adressiert. Ein Bericht des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für die Menschenrechte forderte 2011 die Mitgliedstaaten auf, die rechtliche Geschlechtsanerkennung zu ermöglichen, ohne dabei andere Menschenrechte zu verletzen.¹⁵³³ In dem Bericht der Vereinten Nationen waren die Voraussetzungen der Geschlechtsangleichung und Sterilisation aufgeführt worden. In der Aktualisierung vier Jahre später wird konkreter davon gesprochen, dass unfreiwillige Behandlungen, *forced sterilisation* und genitale Untersuchungen verboten werden sollten.¹⁵³⁴ Der Sonderberichterstatter über Folter und andere grausame, unmenschliche oder erniedrigende Behandlung oder Strafe untersucht in einem Bericht den relativ neuen Bereich des Missbrauchs in Gesundheitseinrichtungen als Form der Folter und Misshandlung. Dabei betont er, bei stigmatisierten und marginalisierten Personen (zu denen auch Transsexuelle gehören) den Zusammenhang zu Diskriminierungen, sowie auch die besondere Bedeutung von freiwilligen, informierten Einwilligungen.¹⁵³⁵ „Angehörige sexueller Minderheiten“ seien in unverhältnismäßigem Umfang der Gefahr von Folter und Misshandlung ausgesetzt, weil sie von sozial konstruierten Erwartungen abweichen.¹⁵³⁶ Er ruft deshalb „[...]alle Staaten auf, alle Gesetze aufzuheben, die invasive und irreversible Behandlungen gestatten, einschließlich zwangsweiser geschlechtsangleichender Operationen, unfreiwilliger Sterilisation, unethischer Versuche, der Verwendung als medizinisches Anschauungsobjekt, ‚reparativer Therapien‘ oder der Geschlechtsumwandlung, sofern ohne die freie informierte Einwilligung der betroffenen Person durchgesetzt oder vorgenommen.“¹⁵³⁷

¹⁵³¹ *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 6.2.1 und 2.

¹⁵³² *Hirschfeld-Eddy-Stiftung* (Hrsg.), Die Yogyakarta-Prinzipien. Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, Berlin 2008, S. 16 f.

¹⁵³³ *UN Human Rights Council, A/HRC/19/41*, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, 17.11.2011, Rn. 84 h.

¹⁵³⁴ *UN Human Rights Council, A/HRC/29/23*, Report of the Office of United Nations High Commissioner for Human Rights, Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, 04.05.2015, Rn. 78 g, vgl. auch Rn. 14, 70.

¹⁵³⁵ *UN Human Rights Council, A/HRC/22/53*: Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, 01.02.2013, Rn. 28, 36–38, 76–79.

¹⁵³⁶ *Ibid.*, Rn. 79.

¹⁵³⁷ *Ibid.*, Rn. 88. Er fordert sie außerdem auf, die Sterilisierung unter Zwang oder Nötigung unter allen Umständen zu ächten und Angehörigen von Randgruppen besonderen Schutz zu gewähren.

Der UN-Menschenrechtsausschuss forderte in seinen abschließenden Beobachtungen zum siebten periodischen Staatenbericht der Ukraine, diese dazu auf, die Gesetze und Regulierungen zu überarbeiten.¹⁵³⁸ Dabei solle sichergestellt werden, dass jegliche medizinische Behandlung entsprechend der besten Interessen des Individuums und mit deren Zustimmung garantiert werde, diese auf solche Maßnahmen reduziert würden, die unbedingt erforderlich seien und entsprechend der persönlichen Wünsche, medizinischen Situation und Bedürfnisse angepasst werden sollten. Missbräuchliche oder unverhältnismäßige Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung sollten aufgehoben werden. Ein *interagency statement* integriert ähnliche Forderungen.¹⁵³⁹

Auch in den *concluding observations* zu den Staatenberichten wird hierauf Bezug genommen.¹⁵⁴⁰

Handelt es sich auch nicht um verbindliche, sondern nur beratende Äußerungen gerichtet an die Mitgliedstaaten, sind sie dennoch Beweis für einen sich immer stärker entwickelnden Konsens in Europa und weltweit.

(iv) Abwägung

Verschiedene Punkte wurden besprochen, die für eine enge *margin of appreciation* sprechen. Auch wenn man den Standpunkt vertritt, dass es den Staaten zusteht, Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsanpassung aufzustellen, müssen diese im Einzelnen verhältnismäßig sein. Auf die möglichen verfolgten Ziele wurde bereits oben eingegangen. Die Ziele sind an sich bereits fraglich, sofern sie als rechtmäßig erachtet werden, für die Abwägung jedoch von großer Bedeutung. Der EGMR bezieht sich auf das Prinzip der Unveränderbarkeit des Personenstandes. Dieses an sich legitime nationale Interesse, kann jedoch nicht so verstanden werden, dass keinerlei Änderungen denkbar seien. Durch Adoption, die Änderung des Vornamens oder die Änderung des Ehestatus durch Heirat oder Scheidung beispielsweise ändert sich bereits seit Jahrzehnten der Personenstand. Auch die Merkmale, die vom Personenstand umfasst sind, haben sich verändert. So wurde beispielweise in Deutschland der Beurkundungsinhalt reduziert und der Beruf der Eltern des Kindes ist nicht mehr zu beurkunden und die Religionszugehörigkeit wird nur noch auf Wunsch eingetragen.¹⁵⁴¹ Auf der anderen Seite stehen die Interessen Transsexueller ihre Geschlechtsidentität selbst zu bestimmen und ihre seelische und körperliche Unversehrtheit zu wahren. In dem Moment, in dem transidente Menschen sich weigern operative Maßnahmen vornehmen zu lassen, verzichten sie faktisch auf ihr Recht in ihrer Geschlechtsidentität anerkannt zu werden.

¹⁵³⁸ *UN Human Rights Committee*, CCPR/C/UKR/CO/7, Concluding observations on the 7th periodic report of Ukraine, 23.07.2013, Rn. 10.

¹⁵³⁹ OHCHR, *UN Women*, *UNAIDS*, *UNDP*, *UNFPA*, *UNICEF*, *WHO*, Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: An interagency statement, Mai 2014, S. 13 f.

¹⁵⁴⁰ Vgl. *UN Committee on the Elimination of Discrimination against Women*, C/NLD/CO/5: Concluding Observations, Netherlands, 05.02.2010, Rn. 46 f.

¹⁵⁴¹ *Brücklein*, Eine Ehe ist eine Ehe ist eine Ehe?, StAZ 2008, S. 297 (298).

Der EGMR beschrieb in seiner Rechtsprechung dieses Recht als einen der intimsten Bereiche des Privatlebens¹⁵⁴², als fundamentalen Aspekt des Rechts auf Achtung des Privatlebens¹⁵⁴³ und als einen der elementarsten Bestandteile der (sexuellen) Selbstbestimmung¹⁵⁴⁴. Die Verweigerung der Anerkennung hat gravierende Auswirkungen auf ihr tägliches Leben. Rechtliche Dokumente, die einen Verweis auf das Geschlecht enthalten oder aus denen sich das Geschlecht entnehmen lässt, werden täglich in einer Vielzahl von Situationen benötigt, wie beispielsweise bei der Arbeit, im Zusammenhang mit der Gesundheit, Banken und Viele mehr. Ein Widerspruch zwischen den Dokumenten, dem Äußeren und dem Auftreten einer Person führt dazu, dass transsexuelle Menschen gezwungen werden, sich als solche zu outen, was wiederum zu Diskriminierungen, Demütigungen und Belästigungen führen kann.¹⁵⁴⁵ Die Gründe von Transsexuellen sich gegen geschlechtsangleichende Operationen zu entscheiden sind vielseitig.¹⁵⁴⁶ Diese Gründe sind jedoch alle in gleichem Maße triftig. Für viele sind Operationen schlichtweg zu teuer, da nicht alle nationalen Krankenversicherungen die Kosten übernehmen. Manche Transsexuelle sind zu alt und/oder haben Krankheiten, die chirurgische Eingriffe besonders riskant werden lassen und wieder andere haben Angst vor den Folgen der Operationen oder bezweifeln, dass diese die gewünschten ästhetischen oder physischen Resultate erbringen können. Ebenso können es rein praktische Gesichtspunkte sein, die einer oder mehreren stark eingreifenden Operationen entgegenstehen, wie beispielsweise die eigene Verantwortung gegenüber Familienmitgliedern, das Fehlen von Unterstützung für die Zeit nach den Operationen oder die Schwierigkeit so lange nicht arbeiten oder die Schule besuchen zu können¹⁵⁴⁷. Persönliche oder religiöse Gründe gegen körperliche Anpassungen können genauso eine Rolle spielen wie die Einwände von nahestehenden Personen. Anderen Transsexuellen werden Operationen aufgrund von staatlichen oder von den Krankenkassen aufgestellten Voraussetzungen verweigert, manche wünschen sich ihre Fortpflanzungsfähigkeit zu erhalten. Nicht zu Letzt empfinden einige Transsexuelle es schlicht nicht als notwendig, durch Operationen eine Angleichung zu erreichen, um entsprechend ihrer Geschlechtsidentität zu leben, insbesondere wenn sie bereits Veränderungen an ihrem sonstigen Auftreten und ihrem Vornamen vorgenommen haben.

¹⁵⁴² *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 56 – Van Kück/Deutschland.

¹⁵⁴³ *Ibid.*, Rn. 75.

¹⁵⁴⁴ *Ibid.*, Rn. 73; *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 102 – Y. Y./Türkei.

¹⁵⁴⁵ Vgl. dazu *European Union Agency for Fundamental Rights*, Being Trans in the EU – Comparative analysis of EU LGBT survey data, 2014, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-being-trans-eu-comparative-0_en.pdf (zuletzt aufgerufen 14.06.2022), S.81–82, 95.

¹⁵⁴⁶ Vgl. *Mottet*, Modernizing State Vital Statistics Statutes and Policies, 19 Mich. J. Gender & L. 373 (2013), S. 376–470 (407–410); Auflistung durch Beteiligung Dritter (Amnesty International, ILGA und TGEU) in: *EGMR*, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn.112 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁵⁴⁷ So der Fall im Sachverhalt, der in Österreich zu Grunde lag: *Österreichischer VwGH*, Urt. v. 27.02.2009, 2008/17/0054.

Die unterschiedliche Behandlung von post- und prä-operativen Transsexuellen erscheint auch insofern nicht stringent, als dass auch post-operative Transsexuelle nie vollständig die biologischen Merkmale ihrer Geschlechtsidentität erlangen werden können und sich das äußere Erscheinungsbild der beiden Gruppen hinsichtlich einer optischen Annäherung an das Geschlecht meist nicht unterscheidet.

(2) Fazit zur EMRK

Den noch bestehenden Regelungen liegt der Gedanke zu Grunde, dass eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts, aufgrund eines die äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriffs vorliegen sollte. Der Hintergrund dieser Forderung ist letztlich in der Dichotomie und Eindeutigkeit der Geschlechter zu verorten. Eine weitere Möglichkeit wäre es allgemeiner auf das Erscheinungsbild des Transsexuellen abzustellen, ohne hierfür geschlechtsangleichende Operationen oder Hormontherapien, also keinerlei medizinische Behandlungen zu verlangen. Aufgrund der großen Bedeutung der körperlichen Integrität und gleichzeitig der Geschlechtsidentität verstößt die Forderung von medizinischen Eingriffen gegen Art. 8 EMRK. Da der EGMR aber zum einen grundsätzlich den Mitgliedstaaten für die Regelung der Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung einen Ermessensspielraum zugesteht. Und er zum anderen in diesem Zusammenhang die Bewahrung des Grundsatzes der Nichtverfügbarkeit des Personenstandes, die Garantie der Zuverlässigkeit und der Kohärenz des Zivilstandes und allgemeiner das Erfordernis der Rechtssicherheit als allgemeine Interesse der Mitgliedstaaten anerkennt, wäre die Voraussetzung einer allgemeiner gehaltenen deutlichen Angleichung an das andere Geschlecht konventionskonform. Unter Beachtung dessen was für den Einzelnen zumutbar und erforderlich ist, wäre primär auf die soziale Integration abzustellen. Auf diese Weise könnte eine Einzelfallbetrachtung erfolgen und gleichzeitig den ordnungspolitischen Interessen der Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden.

b. Fortpflanzungs(un)fähigkeit

Für viele Transsexuelle sind Gesetze, die die rechtliche Geschlechtsänderung von einer Sterilisation abhängig machen „faschistisch anmutend“.¹⁵⁴⁸ Der Zwang auf die Möglichkeit einer biologischen Elternschaft zu verzichten wird als gravierende Einschränkung gesehen. Daran ändert auch der Lösungsvorschlag von medizinischen Experten nichts, vor der Geschlechtsumwandlung Spermien oder Eizellen für eine spätere künstliche Befruchtung einzufrieren¹⁵⁴⁹. Vielmehr spricht diese Möglichkeit gegen das Erfordernis an sich.

aa. Deutschland

Die Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit wurde in Deutschland im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses ursprünglich nicht begründet, aber das Verhältnis von Transsexuellen zu ihren Kindern diskutiert. Der Bundesrat regte in diesem Zusammenhang mit späterer Zustimmung der Bundesregierung¹⁵⁵⁰ an, das in § 11 TSG geregelte Eltern-Kind-Verhältnis uneingeschränkt auf leibliche Kinder der Betroffenen zu beziehen, unabhängig davon ob sie vor oder nach der personenstandsrechtlichen Anerkennung des empfundenen Geschlechts geboren wurden. Dieses Vorgehen basiert auf der Überlegung, dass es nicht ausgeschlossen sei, dass Transsexuelle, die eigentlich als fortpflanzungsunfähig gelten, doch Kinder zeugen bzw. empfangen können.¹⁵⁵¹ § 8 I Nr. 3 TSG setzte für die „große Lösung“ die dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit voraus. Der Vorschrift lag zum einen der Gedanke zu Grunde, dass es für Kinder unverständlich sein könne zwei Mütter oder zwei Väter zu haben¹⁵⁵² bzw. Transsexuellen generell keine Rolle als Elternteil übertragen werden sollte¹⁵⁵³. Zum anderen könnte auch die alte Degenerationslehre der Psychiatrie, die „solche“ Menschen von der Fortpflanzung ausschließen wollte, Einfluss gehabt haben.¹⁵⁵⁴

Diese konstruierte Verbindung zwischen Geschlecht und Fortpflanzungsfähigkeit lässt sich auf zwei verschiedene Arten auslegen. Einerseits spricht die Voraussetzung zur Fortpflanzungsunfähigkeit im Geburtsgeschlecht für eine Gleich-

¹⁵⁴⁸ Vgl. *Beger/Franzen*, „Zwischen die Stühle gefallen“, in: *Polymorph* (Hrsg.), (K)ein Geschlecht oder viele? Transgender in politischer Perspektive, 2002, S. 53–68 (53, 58). Eine Verbindung zur Eugenik wird hergestellt von *Whittle*, *Respect and equality: Transsexual and transgender rights*, 2002, S. 161–173.

¹⁵⁴⁹ *Büchler/Cottier*, *Intersexualität, Transsexualität und das Recht*, *Freiburger Frauenstudien, Queering Gender* 2005, S. 115–140 (129).

¹⁵⁵⁰ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 27 unter 10.

¹⁵⁵¹ *Ibid.*, S. 23 unter 10.

¹⁵⁵² *Pjäfllin*, Plädoyer für die Abschaffung des TSG, R & P 2011, S. 62 (62); *OLG Hamm*, Beschl. v. 15.02.1983 – Az. 15 W 384/82, OLGZ 1983, S. 153 (157).

¹⁵⁵³ *Walter*, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (264).

¹⁵⁵⁴ *Pjäfllin*, Plädoyer für die Abschaffung des TSG, R & P 2011, S. 62 (62).

setzung vom Geschlecht mit der biologischen Funktion der Fortpflanzung.¹⁵⁵⁵ Andererseits sollen Transsexuelle nur mit Feststellung ihrer Fortpflanzungsunfähigkeit in ihrer Geschlechtsidentität akzeptiert werden, also diese Funktion in keinem Geschlecht erfüllen können. Die zweite Auslegung widerspricht nur augenscheinlich der ersten Auslegung. Sie bestätigt sie insofern, als dass verlangt wird, dass Transsexuelle in ihrem Geburtsgeschlecht fortpflanzungsunfähig sind und akzeptiert wird, dass sie in dem ihrer Geschlechtsidentität entsprechenden Geschlecht fortpflanzungsunfähig sind.¹⁵⁵⁶ Sie entspricht damit der Anerkennung des weiblichen Geschlechts auch von Kindern, Frauen nach der Menopause und Frauen, die aus anderen Gründen keine Kinder zeugen können. „Damit wurde eine lediglich üblicherweise bei einer von zwei gesetzten Geschlechtsgruppen vorliegende Eigenschaft zur Negativ-Voraussetzung der Gruppenzugehörigkeit gemacht.“¹⁵⁵⁷ *Windel* hält § 8 I Nr. 3 TSG für eine ungeschickt formulierte Vorschrift, die weder als Zwang noch als Fortpflanzungsverbot missverstanden werden dürfe.¹⁵⁵⁸ Gefordert sei die Fortpflanzungsunfähigkeit im Geburtsgeschlecht, sofern medizinisch eine Fortpflanzung im „neuen“ Geschlecht möglich sei, stände der „großen Lösung“ systematisch nichts entgegen.¹⁵⁵⁹ Darauf, dass diese Forderung faktisch zu einem Fortpflanzungsverbot führt, geht er nicht ein. Sofern Transsexuelle biologische Kinder wünschen, sind sie gezwungen gewesen, die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität so lange aufzuschieben bis ihre Familienplanung beendet ist.

(1) *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011: § 8 I Nr. 3 TSG

Der Begründungsaufwand der Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung für die Anerkennung im anderen Geschlecht ist auf den letzten zwei Seiten des Urteils merklich gering ausgefallen.¹⁵⁶⁰

Grundsätzlich sei es ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers, dass mit der Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit ausgeschlossen werden soll, dass rechtlich dem männlichen Geschlecht zugeordnete Menschen Kinder gebären und Menschen des weiblichen Geschlechts Kinder zeugen.¹⁵⁶¹ Diesbezüglich gelte es jedoch zu berücksichtigen, dass zum einen Frau-zu-Mann-Transsexuelle überwiegend heterosexuell orientiert seien und zum anderen bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen schon die hormonelle Behandlung – welche bei der Therapie von Transsexuellen meist angewandt wird – zumindest eine zeitweilige Zeugungsunfähigkeit

¹⁵⁵⁵ *Grünberger*, Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, 2008, S. 81–110 (103 f.)

¹⁵⁵⁶ *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 172 f.

¹⁵⁵⁷ *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 173.

¹⁵⁵⁸ *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (269).

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, (269).

¹⁵⁶⁰ So auch *Wielpütz*, Die neue große Lösung ist vor allem eins: klein – Die Reform des TSG durch das BVerfG, NVwZ 2011, S. 474 (475).

¹⁵⁶¹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 70, BVerfGE 128, 109 (134).

bewirke.¹⁵⁶² Dazu komme, dass beim heutigen Stand der Technik Kinder auch durch eingefrorene Spermien gezeugt werden können. Zudem existiere mit § 11 TSG bereits eine rechtliche Regelung, die sicherstellen soll, dass eine klare, den biologischen Umständen entsprechende rechtliche Zuordnung von Kindern zu einem Vater und einer Mutter gesichert ist. Sie könne so ausgelegt werden, dass sie unabhängig davon gilt, ob das leibliche Kind vor oder nach der rechtlichen Anerkennung seines Elternteils in dessen empfundenen Geschlecht geboren ist.¹⁵⁶³ Hinsichtlich der Fortpflanzungsunfähigkeit betont das Gericht die Konfliktsituation, in der sich der Transsexuelle befindet. Um sein Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität zu verwirklichen, müsse er Eingriffe in sein Recht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit zulassen.¹⁵⁶⁴ Wie eingangs erwähnt handelt es sich bei den Grundrechten um bedeutsame Grundrechte, die sich auf Aspekte der Integrität des Individuums beziehen, sowohl die psychische und als auch die körperliche Integrität.

(2) Verfassungsrechtlicher Kontext

Hinsichtlich der Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit kommen mehrere verletzte Grundrechte in Betracht. Das BVerfG hat diese teilweise in seinem Urteil innerhalb der Prüfung von Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG berücksichtigt, aber nicht eigenständig geprüft. Es wurde bereits festgestellt, dass jede Voraussetzung, die der Staat für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität festlegt, einen zu rechtfertigenden Eingriff in das Recht auf Anerkennung aus Art. 2 I GG i.V.m.

Art. 1 I GG darstellt. Gleichzeitig kann der Inhalt der Voraussetzung selbst einen eigenen Eingriff in Grundrechte darstellen. Als weitere Grundrechte kommen in diesem Kontext das Recht auf Fortpflanzungsfreiheit, das Recht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit und bei Verheirateten Art. 6 GG in Betracht.

(a) Fortpflanzungsfreiheit: Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 6 I GG

Zunächst ist umstritten, aus welchem Grundrecht sich das Recht auf Fortpflanzung ergibt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht beinhaltet ein Verfügungsrecht über den eigenen Körper¹⁵⁶⁵, teilweise wird auch von einem „Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung“ gesprochen¹⁵⁶⁶. Nach einer Auffassung umfasst dies auch Ent-

¹⁵⁶² BVerfG Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 71, BVerfGE 128, 109 (135).

¹⁵⁶³ So OLG Köln, Beschl. v. 30.11.2008 – 16 Wx94/09- StAZ 2012, 45; BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 72, BVerfGE 128, 109 (135 f.).

¹⁵⁶⁴ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 68 f., BVerfGE 128, 109 (133 f.).

¹⁵⁶⁵ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 2 GG Rn. 204. Beispielsfälle für diesen Schutzbereich sind u.a. Zwangstherapien eines Täters als Maßnahmen zur Besserung und Sicherung aus spezialpräventiver Sicht oder die (verneinte) vertragliche Mitwirkungspflicht eines Schiedsrichters auf Unterziehung einer psychiatrischen Untersuchung.

¹⁵⁶⁶ Koppermock, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, 1997.

scheidungen zur Fortpflanzung oder Maßnahmen zur Sterilisation.¹⁵⁶⁷ Das BVerfG ordnete beispielweise den Schwangerschaftsabbruch als negative Form der Fortpflanzungsfreiheit dem Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu.¹⁵⁶⁸ Nach einer anderen Ansicht sollte dieses Recht, welches auf eine Familiengründung abzielt, auf Art. 6 I GG gestützt werden¹⁵⁶⁹ bzw. nur dann, wenn es dem Grundrechtsberechtigten nicht um die Gründung einer Familie geht (bspw. bei der rein kommerziellen Samenspende) auf Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG abgestellt werden¹⁵⁷⁰. Eine dritte Ansicht geht davon aus, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht mit Art. 6 I GG zu verschränken ist bzw. durch dieses verstärkt wird.¹⁵⁷¹ Für den Vorzug von Art. 6 I GG wird dessen Spezialität angebracht. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Ausformung der allgemeinen Handlungsfreiheit sei gegenüber Art. 6 I GG subsidiär.¹⁵⁷² Weiterhin ergebe eine historische Betrachtung, dass die Fähigkeit zur Fortpflanzung kein post-konstitutionelles Phänomen sei. Vielmehr müssten die Verfassungsgesetzgeber aufgrund der NS-Rassengesetze davon ausgegangen sein, die freie Fortpflanzung sei im GG bereits enthalten.¹⁵⁷³ Zwar ist es nachvollziehbar, dass die Väter und Mütter des Grundgesetzes das Grundrecht auf Fortpflanzungsfreiheit als vom GG geschützt ansahen. Es ist jedoch nicht eindeutig, worin sie dieses Recht enthalten sahen. In Frage käme nicht das allgemeine Persönlichkeitsrecht, aber die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 I GG ggf. in Verbindung mit Art. 6 GG. Ferner handele es sich beim Allgemeinen Persönlichkeitsrecht um ein zweipoliges Abwehrrecht gegen staatliche Intervention, die Fortpflanzung hingegen sei zwangsläufig mehrpolig.¹⁵⁷⁴ So wird auch argumentiert Art. 2 I GG trete zurück, weil das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. die allgemeine Handlungsfreiheit nur den individuellen Kinderwunsch der Partner je für sich erfasse, nicht aber den partnerschaftlichen Konsens über die Gründung einer gemeinsamen Familie.¹⁵⁷⁵ Dem ist insofern zuzustimmen, als dass die Zeugung eines Kindes das Genmaterial von mehr als einer Person benötigt und die Gründung einer Familie dem besonderen Schutz des Art. 6 I GG untersteht. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass inzwischen unter die Familie i.S.d. Art. 6 I GG nicht nur die

¹⁵⁶⁷ Müller-Götzmann, *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, 2009, S. 283 f. Wiepütz geht von Art. 2 i.V.m. Art. 1 I GG aus und berücksichtigt Art. 6 I GG nur für Verheiratete: *Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes*, 2012, S. 192, 217 f. Ramm, spricht teilweise von der allgemeinen Handlungsfreiheit und Art. 2 I und an anderer Stelle vom Recht auf sexuelle Selbstbestimmung: *Die Fortpflanzung – ein Freiheitsrecht?*, JZ 1989, S. 861–874 (865, 870, 874).

¹⁵⁶⁸ BVerfG, Urt. v. 25.02.1975 – Az. 1 BvF 1/74 u.a., NJW 1975, 573 (575).

¹⁵⁶⁹ Reinke, *Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende*, 2008, S. 135, 190; Coester-Waljen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 32.

¹⁵⁷⁰ Steiner, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, Art. 2 GG Rn. 10.

¹⁵⁷¹ Vgl. dazu Stern, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der BRD* Bd. IV/1, 2006, § 100 S. 409.

¹⁵⁷² Reinke, *Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende*, 2008, S. 194.

¹⁵⁷³ *Ibid.*

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, S. 195.

¹⁵⁷⁵ Gröschner, in: Dreier (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 6 Rn. 72. Gröschner spricht durchweg von „Konsens“, „gemeinschaftlich“, „partnerschaftlicher Wille/Entscheidung“, vgl. Rn. 66 f., 72, 78.

Familie bestehend aus zwei sich das Sorgerecht teilenden Eltern und ihren Kindern fällt. Eine Familie ist auch die alleinerziehende Mutter und der alleinerziehende Vater. Sofern die Eltern getrennt leben, sich aber beide um das Kind kümmern, hat dieses sogar zwei Familien¹⁵⁷⁶. Dies macht die zweiteilige Bedeutung des Grundrechts auf Fortpflanzungsfreiheit deutlich. Zum einen steht hinter diesem die Annahme, dass zwei Menschen gemeinsam eine Familie gründen wollen. Gleichzeitig ist die Entscheidung eine höchstpersönliche, die jeder Mensch für sich selbst trifft. Insbesondere, wenn es um einen Eingriff in die Fortpflanzungsfreiheit durch ein dauerhaftes Verhindern der Fähigkeit zur Fortpflanzung geht, ist zunächst der Einzelne in seinem eigenen Grundrecht betroffen, unabhängig davon, ob er liiert ist und zeitnah eine Familiengründung plant oder ledig und ihm wird für immer die Familiengründung vorenthalten. Eine Aufteilung der Fortpflanzungsfreiheit als individuelles Grundrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I i.V.m. Art. 6 GG und als gemeinschaftliches Grundrecht (sowohl von verheirateten Paaren, als auch nichtehelichen Lebensgemeinschaften)¹⁵⁷⁷ aus Art. 6 I GG erscheint somit als logische und sinnvolle Konsequenz. Stets ist die individuelle Freiheit wie auch das Recht von potentiellen Partnern betroffen. Damit ergibt sich das Grundrecht jedes einzelnen Menschen auf Fortpflanzungsfreiheit aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG i.V.m. Art. 6 I GG. Hinsichtlich des konsensualen Kinderwunsches treten Art. 2 I und 1 GG zurück.¹⁵⁷⁸ Das Zusammenspiel der Grundrechte führt zu einer Verstärkung des Schutzbereichs, einer Öffnung des Schutzbereichs für das Individuum sowie Paaren und ermöglicht die Berücksichtigung aller tatsächlichen Umstände.

(aa) Schutzbereich und Eingriff

Die Frage, wann das Kriterium der Fortpflanzungsunfähigkeit erfüllt war, war umstritten und stark durch den medizinischen Fortschritt geprägt.¹⁵⁷⁹ Teilweise wurde § 8 I Nr. 3 TSG sogar eine eigenständige Wirkung abgesprochen. Neben § 8 I Nr. 4 TSG habe er nur deklaratorische Bedeutung und solle die Folgen der Operation betonen.¹⁵⁸⁰ Der Gesetzesentwurf sah ursprünglich nur vor, dass der Antragsteller „nicht mehr fortpflanzungsfähig“ sei. Das Wort „dauernd“ war auf Emp-

¹⁵⁷⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 09.04.2003 – Az. 1 BvR 1493/96 u.a., *BVerfGE* 108, 82 (112), *NJW* 2003, 2151 (2155 f.). „Familie ist die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft zwischen Kindern und Eltern, die für diese Verantwortung tragen. Lebt das Kind mit beiden Eltern zusammen, bilden sie gemeinsam eine Familie. Ist dies nicht der Fall, tragen aber beide Eltern tatsächlich Verantwortung für das Kind, hat dieses zwei Familien, die von Art. 6 I GG geschützt sind: die mit der Mutter und die mit dem Vater [...]“

¹⁵⁷⁷ *Gröschner*, in: *Dreier* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 1, 2. Aufl. 2004, Art. 6 Rn. 72.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*

¹⁵⁷⁹ Fachleute hatten empfohlen aufgrund der sich schnell ändernden Operationsmethoden keine technischen Details festzuschreiben, vgl. *Pfäfflin*, *Zu den somatischen Voraussetzungen für Personenstandsänderungen bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen*, *R & P* 1993, S. 108 (108).

¹⁵⁸⁰ *Koch*, *Transsexualismus: Rechtliche Aspekte*, *MedR* 1986, S. 172 (175).

fehlung des Innenausschusses im Gesetzgebungsverfahren eingefügt worden.¹⁵⁸¹ Das Erfordernis war bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen durch die Entfernung der Keimdrüsen und des Penis¹⁵⁸² und bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen durch die Entfernung der inneren Geschlechtsorgane (Gebärmutter und Eierstöcke) zweifelsfrei erfüllt.¹⁵⁸³ Bei allen anderen Eingriffen herrschte Unsicherheit und Uneinigkeit. Nach *Sigusch* sollte es auf den Einzelfall ankommen und man habe noch viel hinzuzulernen.¹⁵⁸⁴ Während das eine Gericht eine Unterbindung der Eileiter (als weniger intensive Maßnahme) unter Umständen ausreichen lassen wollte (auch wenn mit einer ca. 20% Wahrscheinlichkeit die Empfängnisfähigkeit wiederhergestellt werden könne¹⁵⁸⁵), wurde dies später von einem anderen Gericht strikt abgelehnt und darauf hingewiesen, dass wiederherstellende Operationen mit Erfolg praktiziert würden¹⁵⁸⁶. Dieses Misstrauen ist beachtlich, wenn man bedenkt, dass die Durchtrennung der Eileiter, die am häufigsten angewandte dauerhafte Methode zur Empfängnisverhütung bei Cissexuellen ist.¹⁵⁸⁷ Bei den Überlegungen zur Refertilisation von Transsexuellen sollte außerdem berücksichtigt werden, dass sie häufig über viele Jahre mit gegengeschlechtlichen Hormonen behandelt werden und dies oft dazu führt, dass trotz Absetzen die Organe zu verkümmert sind, um sich fortzupflanzen.¹⁵⁸⁸ In einer Anhörung des Innenausschusses des Bundestags hatten sich 2007 alle Sachverständigen dafür ausgesprochen, die Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit bei der nächsten TSG-Reform zu streichen. Dennoch entschied sich der Gesetzgeber nicht von alleine zu diesem Schritt.¹⁵⁸⁹

Wie bereits festgestellt, stellt die Normierung der Voraussetzung der dauerhaften Fortpflanzungsunfähigkeit für die „große Lösung“ einen Eingriff in das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität dar. Gleichzeitig beinhaltet Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG i.V.m. Art. 6 I GG ein individuelles Recht auf Fortpflanzungsfreiheit. Träger dieses Grundrechts sind sowohl Männer als auch Frauen,¹⁵⁹⁰ unabhängig davon, ob sie verheiratet sind oder nicht. Auch in dieses Grundrecht wird durch die Voraussetzung eingegriffen, indem der Staat dem Einzelnen einen Entscheidungszwang auferlegt. Spätestens in der Abwägungsebene ist beim zweiten Eingriff die Transsexualität der von der Vorschrift betroffenen Personen zu berücksichtigen.

¹⁵⁸¹ Vgl. BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 18; BT-Drs. 8/4120 v. 23.05.1980, S. 8, 16; *Schneider*, Zu den Voraussetzungen einer Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit, MedR 1984, S. 141 (142).

¹⁵⁸² Dies war meist durch die Dissektion von Hoden und Penis im Rahmen der geschlechtsangleichenden Operation erfüllt.

¹⁵⁸³ *Rauchfleisch*, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 39; *Sigusch*, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, S. 2740 (2745); *Spickhoff*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 8 TSG Rn. 5, 7.

¹⁵⁸⁴ *Sigusch*, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, S. 2740 (2745).

¹⁵⁸⁵ *OLG Hamm*, Beschl. v. 15.02.1983 – Az. 15 W 384/82, OLGZ 1983, S. 153 (159).

¹⁵⁸⁶ *OLG Zweibrücken*, Beschl. v. 24.06.1991 – Az. 3 W 17/91, NJW 1992, S. 760 (761).

¹⁵⁸⁷ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 189.

¹⁵⁸⁸ *Angstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (13).

¹⁵⁸⁹ Vgl. *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 172.

¹⁵⁹⁰ *BGH*, Urt. v. 21.02.2001 – Az. XII ZR 34/99, BGHZ 146, 391 (395); NJW 2001, 1789 (1790).

Bei der Prüfung des Eingriffs in das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität müssten wiederum Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG und Art. 6 I GG berücksichtigt werden. Damit ergeben sich nur marginale Unterschiede bei der Prüfung der Verletzung von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG, weshalb eine gemeinsame Erörterung der Grundrechtsverletzung vorgenommen wird.

(bb) Kernbereich der privaten Lebensgestaltung

Für die Bestimmung des Prüfungsmaßstabs bietet sich eine Zuordnung zu einer der vom BVerfG entwickelten Sphären an. Wie bereits oben festgestellt, sollten die Sphären nicht sklavisch angewandt werden. Wichtiger ist es, eine etwaige Nähe zu Art. 1 I GG und die Intensität des Sozialbezugs darzulegen, um eine in ihrer Intensität abgestufte Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmen.¹⁵⁹¹ Begrenzungen der Umsetzung des Geschlechtszugehörigkeitsempfindens sind aufgrund des Sozialbezugs einer Geschlechtsänderung zwar möglich, gleichzeitig aufgrund des starken Bezugs zu Art. 1 I GG jedoch nur unter strengster Verhältnismäßigkeitsprüfung.

Die Entscheidung für oder gegen Kinder ist eine sehr persönliche und intime Entscheidung. Der indirekte Zwang zur Herbeiführung einer dauerhaften Fortpflanzungsunfähigkeit nimmt dem Einzelnen die grundsätzliche Möglichkeit eine Familie zu gründen (oder zu erweitern). Dadurch werden die grundrechtlich geschützte personale Würde und das Selbstbestimmungsrecht des Einzelnen verletzt, zu denen es auch gehört, sich jederzeit frei für oder gegen ein Kind zu entscheiden.¹⁵⁹² Gleichzeitig ist bei der natürlichen Fortpflanzung eine zweite Person involviert, was einen gewissen Bezug zum Privaten und zur Privatsphäre schafft.¹⁵⁹³ Andererseits gehören Gespräche in der engsten Familie oder mit dem Ehepartner zum Intimbereich,¹⁵⁹⁴ vom Kernbereich privater Lebensgestaltung sind auch Sachverhalte umfasst, welche die Sphäre anderer nur mit äußerst geringer Intensität berühren¹⁵⁹⁵. Außerdem ist anerkannt, dass sich die Intimsphäre auf die mit der Sexualität und dem Sexualleben zusammenhängenden Fragen der Lebensgestaltung erstreckt, wenn der Einzelne sie vor dem Zugriff Dritter abschirmen möchte.¹⁵⁹⁶ Bei der Fortpflanzungsfähigkeit geht es zwar nicht primär um eine Frage der Geheimhaltung (welche auch teils kaum realisierbar wäre), dennoch hat die Fortpflanzungsfähigkeit (wie auch das Sexualleben) einen höchstpersönlichen Charakter und berührt weder

¹⁵⁹¹ Vgl. dazu D I 1 a cc (1) (c) (bb).

¹⁵⁹² Vgl. BGH, Urt. v. 21.02.2001 – Az. XII ZR 34/99, BGHZ 146, 391 (395); NJW 2001, 1789 (1790) zur Frage der Herabsetzung des nachehelichen Unterhaltsanspruchs nach § 1579 Nr. 3 oder Nr. 4 BGB, wenn die Ehefrau sich einer homologen In-vitro-Fertilisation unterzieht, obwohl der Ehemann sein Einverständnis zurückgezogen hat.

¹⁵⁹³ Müller-Götzmann, Artifiziale Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft, 2009, S. 284.

¹⁵⁹⁴ Vgl. näher BVerfG, Urt. v. 03.03.2004 – Az. 1 BvR 2378/98 u. 1 BvR 1084/99, BVerfGE 109, 279 (313 ff., 319 ff.).

¹⁵⁹⁵ Hillgruber, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.09.2015 Ed. 26, Art. 1 Rn. 27.

¹⁵⁹⁶ Lang, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.03.2015 Ed. 26, Art. 2 Rn. 39.

die Sphäre anderer noch gesellschaftliche Belange.¹⁵⁹⁷ Auch ist ein gewisser Wunsch nach Privatheit und Abschirmung (wie bei den Selbstgesprächen und Gesprächen mit Ehepartnern) gegeben.¹⁵⁹⁸ Bildhaft argumentiert *Wielpütz*, dass eine zeugende Frau als solche nicht wahrgenommen würde und ein schwangerer Mann zwar die Gesellschaft irritieren würde, diese Konfrontation mit dem Auseinanderfallen von gelebtem Geschlecht und der Fortpflanzungsfunktion aber nur von verhältnismäßig kurzer Dauer sei – anders als das lebenslange Fortpflanzungsverbot.¹⁵⁹⁹ Die Befremdlichkeit des Anblicks eines schwangeren Mannes basiert auf einer Abweichung der Norm. Hieraus auf einen erhöhten Sozialbezug zu schließen erscheint gefährlich, da der Schutz von Minderheiten aufgrund ihrer „Andersartigkeit“ zu einer Verkürzung ihres Grundrechtsschutzes führen würde.¹⁶⁰⁰

Damit ist eine besondere Nähe der Fortpflanzungsfreiheit zum Intimbereich und Art. 1 I GG herausgearbeitet worden. Eine verfassungsgemäße Einschränkung dieser Freiheit und des Selbstbestimmungsrechts erscheint nur unter enger Verhältnismäßigkeitsprüfung und aus überwiegendem Interesse der Allgemeinheit denkbar.

(cc) Rechtfertigung

(i) Legitimer Zweck

Primäres Ziel von § 8 I Nr. 3 TSG ist es, ein Auseinanderfallen von erstrebtem Geschlecht und Geschlechtsfunktion zu verhindern.¹⁶⁰¹ So wird diesbezüglich auf eine Kollision mit dem Abstammungsrecht verwiesen, welches sich am biologischen Regelfall ausrichte.¹⁶⁰² Eigene biologisch-genetisch abstammende Kinder können nur von verschiedengeschlechtlichen Paaren gezeugt und geboren werden. Das geltende Recht geht entsprechend dieser Prämisse davon aus, dass das personenstandsrechtliche Geschlecht einer Person mit dem Körpergeschlecht übereinstimmt¹⁶⁰³ und entsprechend wird die Fortpflanzungsfunktion angenommen. Gemäß dem biologischen Regelfall gilt im Recht das Geschlecht als Anzeiger für die Abstammung: Dem Kind soll eine Frau als Mutter und ein Mann als Vater zugeordnet werden können.¹⁶⁰⁴ Die Konstellation von gebärenden Männern und zeugenden Frauen

¹⁵⁹⁷ So auch *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 196.

¹⁵⁹⁸ So auch *Ibid.*

¹⁵⁹⁹ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 197.

¹⁶⁰⁰ *Ibid.*, S. 201.

¹⁶⁰¹ BT.-Drs. 14/9837 v. 31.07.2002, S. 7.

¹⁶⁰² *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (266); *Sieß*, Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit, 1996, S. 137.

¹⁶⁰³ *Holzleitner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Rudolf (Hrsg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 37 (38).

¹⁶⁰⁴ *Grünberger*, Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, 2008, S. 81–110 (99); *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (266, 269).

mag bei vielen für Verwirrung sorgen.¹⁶⁰⁵ Zum einen tritt sie aber ohnehin nur selten auf¹⁶⁰⁶ und zum anderen ist es fraglich, ob sie wirklich so zu Irritationen in der gesellschaftlichen Ordnung führen würde, wie prophezeit.¹⁶⁰⁷ Die Vorstellung, dass die rechtliche und biologische Rolle nicht übereinstimmen, gibt es auch ohne Bezug zur Transsexualität.¹⁶⁰⁸ Neben die biologische Zuordnung der Eltern tritt inzwischen die Frage der sozialen Elternschaft.¹⁶⁰⁹ So ist es möglich, dass sich die genetische und die gebärende Mutter eines Kindes unterscheiden; diesbezüglich folgt aus § 1591 BGB, dass die gebärende Mutter auch im Abstammungsrecht die Mutter ist.¹⁶¹⁰ Weitere Fälle, in denen rechtliche und genetische Abstammung divergieren sind die Adoption, Eierstocktransplantation und Vaterschaftsvermutungen gem. § 1592 Nr. 1 BGB (Vaterschaft aufgrund Ehe)¹⁶¹¹ oder Nr. 2 (Vaterschaft kraft Anerkennung)¹⁶¹², sofern keiner die Vaterschaft anfechtet.¹⁶¹³ Dies spricht dafür, dass das personenstandsrechtliche Geschlecht zwar Indiz sein kann, aber nicht länger ein Dogma für die Zuordnung von Kindern zu Eltern darstellen muss.¹⁶¹⁴

Ein weiteres Argument für die Fortpflanzungsunfähigkeit war es, dass die Abstammung der Kinder im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei Mütter oder zwei Väter zurückgeführt werden könne.¹⁶¹⁵ Dies ist jedoch rechtlich aufgrund des klaren Wortlauts in §§ 1591, 1592 BGB nicht möglich.¹⁶¹⁶ Außerdem

¹⁶⁰⁵ So *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (363) u.a. mit Verweis auf *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (266).

¹⁶⁰⁶ Die befürchtete Gefahr bestehe kaum, da eine Mutter- oder Vaterschaftsrolle nicht mit der gelebten Geschlechterrolle übereinstimme und nicht erstrebt werde. Dieses geringe Gefahrenpotential könne einen so weit reichenden Eingriff nicht rechtfertigen; *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (363); *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (266); ähnlich *Pjäfjlin*, Zu den somatischen Voraussetzungen für Personenstandsänderungen bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen, R & P 1993, S. 108 (117); in Frage stellend auch *Sackssofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (699).

¹⁶⁰⁷ *Sackssofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (699).

¹⁶⁰⁸ Vgl. dazu auch *Peuckert*, Familienformen im sozialen Wandel, 2008, S. 381–404.

¹⁶⁰⁹ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 49.

¹⁶¹⁰ *Hahn*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.08.2015 Ed. 36, § 1591 Rn. 13.

¹⁶¹¹ Ein verheirateter Frau-zu-Mann-Transsexueller kann als Vater des Kindes seiner Ehefrau eingetragen werden, welches durch eine Samenspende gezeugt wurde.

¹⁶¹² Genetische Abstammung und biologische Richtigkeit sind nicht relevant. Dennoch kann das Anerkennnis nur von einer männlichen Person abgegeben werden, *Wellenhofer*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1592 Rn. 14.

¹⁶¹³ Vgl. zu § 1592 Nr. 1 BGB; *Poseck*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.11.2018 Ed. 48, § 1592 Rn. 3; *Berger/Mansel*, in: Jauernig BGB Kommentar, 15. Aufl. 2014, § 1592 Rn. 3; *Wellenhofer*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1592 Rn. 13.

¹⁶¹⁴ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 49.

¹⁶¹⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 72, BVerfGE 128, 109 (135).

¹⁶¹⁶ *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, JZ 2011, S. 368 (370).

sieht § 11 TSG eine den biologischen Umständen entsprechende rechtliche Zuordnung für vor der Personenstandsänderung entstandene Kinder bereits vor. Gleichzeitig ist dem Recht eine gleichgeschlechtliche Elternschaft bekannt, da z.B. die Stiefkindadoption bei Lebenspartnern erlaubt ist (§ 9 VII 1 LPartG). Diese kann nicht ohne Begründung als schädlich angesehen werden. Folglich besteht kein Grund, dies bei Transsexuellen verhindern zu wollen.¹⁶¹⁷ Hinsichtlich einer Unvereinbarkeit, mit bspw. § 1591 BGB¹⁶¹⁸, sei an dieser Stelle auf die oben vorgeschlagene Lösung hingewiesen derartige Normen entsprechend ihres Zwecks auszulegen¹⁶¹⁹ und auf die Tatbestandsmerkmale des Gebärens bzw. des § 1592 Nr. 1-3 BGB abzustellen anstatt auf die Merkmale Frau und Mann¹⁶²⁰. Ferner sei darauf hingewiesen, dass seit jeher nicht alle Kinder rechtlich festgestellte Eltern hatten oder haben.¹⁶²¹ Zwar mag so die rechtliche Elternschaft geklärt werden, die tatsächliche Elternschaft beruht jedoch nicht nur auf dem Geschlecht zum Zeitpunkt der Geburt.

Weiterhin wird bei Fragen der Fortpflanzung, Abstammung und Adoption geläufig auf das Kindeswohl verwiesen.¹⁶²² Dieser Schutzzweck basiert letztlich ebenfalls auf dem klassischen Abstammungsbild. Wenn Kinder in einem anderen als dem klassischen Umfeld aufwachsen, wird argumentiert, dass sich persönliche wie auch gesellschaftliche Probleme und Irritationen für das Kind ergeben. Die Abstammung sei nicht so eindeutig wie bei anderen, „in sich widersprüchlich“ und die Einordnung in die familiären Strukturen könne schwer fallen.¹⁶²³ Zudem wird behauptet, es bestehe eine Gefahr im Kindergartenalter von gleichaltrigen herabgesetzt und ausgegrenzt zu werden.¹⁶²⁴ Diese Aussagen gehen jedoch davon aus, dass Kinder die eigenen familiären Strukturen als anormal empfinden. Für die besondere Situation von transidenten Eltern gilt, dass bei Transsexuellen, die eine heterosexuelle Beziehung führen und ein gutes *passing* in ihrer Geschlechtsidentität haben, es fraglich ist, wie gleichaltrige Kinder mitbekommen sollen, dass das Kind von der Mutter nicht geboren, sondern gezeugt und/oder vom Vater nicht gezeugt, aber geboren wurde. Bei homosexuellen Paaren mit transidenten Personen ist nicht die Transsexualität das „Problem“, sondern dass die Eltern das gleiche Geschlecht haben. Homosexuellen Paaren wird aber nicht verboten, Kinder zu bekommen oder

¹⁶¹⁷ Vgl. BT-Drs. 16/4148, v. 30.01.2007, S. 7; *Grünberger*, Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, 2008, S. 81–110 (103).

¹⁶¹⁸ Vgl. *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (364).

¹⁶¹⁹ Vgl. dazu D II 3 a aa (2) (a) (bb) (iv).

¹⁶²⁰ So auch *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, JZ 2011, S. 368 (370).

¹⁶²¹ Sofern ein Vater nach § 1592 BGB nicht festgestellt werden kann, gibt es nur die Mutter „Anonym“ geborene Kinder haben nur eine Mutter mit Pseudonym (§ 18 II PStG) und Findelkinder haben gar keine Eltern (24 PStG).

¹⁶²² Ohne weitere Begründung bspw. *Kemper*, Voraussetzungen für die Eingehung einer Lebenspartnerschaft durch Transsexuelle, FamRB 2011, S. 179–180 (180).

¹⁶²³ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 203.

¹⁶²⁴ *Ibid.*

geboten sich auf eine bestimmte Art und Weise zu kleiden oder zu geben. Fraglich erscheint die Heranziehung des Kindeswohls auch, weil das Kind, um dessen Wohl es geht, zur Zeit der Entscheidung noch gar nicht existiert: Seine Existenz wird durch das Erfordernis der Fortpflanzungsunfähigkeit gerade verhindert.¹⁶²⁵ Zwar ist es grundsätzlich denkbar, dass das Kindeswohl staatliche Eingriffe legitimiert, es handelt sich hierbei jedoch nur um eine Zukunftsprognose. Aufgrund des ebenfalls bestehenden Einschätzungsspielraums der Familie selbst, muss die Gefährdung des Kindeswohls jedoch hochwahrscheinlich sein.¹⁶²⁶ Eine vom Bundesjustizministerium in Auftrag gegebene Studie zeigt, dass Kinder aus gleichgeschlechtlichen Partnerschaften in ihrer Entwicklung nicht benachteiligt sind, die Diskriminierungserfahrung nicht so stark ausfielen wie erwartet und sich aus den Erfahrungen beispielsweise eine höhere Durchsetzungsfähigkeit als auch ein höheres Selbstwertgefühl entwickeln.¹⁶²⁷ Auch Untersuchungen von Kindern, die mit einem transidenten Elternteil aufgewachsen sind, suggerieren, dass nachteilige Folgen keinesfalls per se zu erwarten sind.¹⁶²⁸ Vielmehr kommt es auf die Qualität der Eltern-Kind-Beziehungen an und gerade jüngere Kinder können die Rollen(-änderungen) ihrer Eltern gut akzeptieren.¹⁶²⁹ Unter letzterem Gesichtspunkt wäre es sinnwidrig zu fordern, dass Transsexuelle ihre Familienplanung vorziehen oder abschließen und erst im Anschluss den tatsächlichen sozialen bzw. rechtlichen Wechsel vornehmen, mit welchem die Kinder viel intensiver konfrontiert würden.¹⁶³⁰ Insofern ist es wichtig, Vorbehalte und Diskriminierungen gegenüber gleichgeschlechtlichen und anderen Lebensweisen abzubauen, anstatt diese alternativen Familienformen zu verhindern.¹⁶³¹

Den oben genannten Zielen liegen gesellschaftliche Vorstellungen von einem Normalzustand zu Grunde. Die Heranziehung von Tabubrüchen als legitimen Zweck für die Rechtfertigung eines Eingriffs in Grundrechte ist jedoch umstritten.

¹⁶²⁵ Vgl. *Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 32. Hinsichtlich des Verbots der Fremdeizellspender, vgl. *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 155.

¹⁶²⁶ *Reinke*, Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, 2008, S. 156. Ähnl. auch *Wielhöfer*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 214 f.

¹⁶²⁷ *Rupp* (Hrsg.), Die Lebenssituation von Kindern aus gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, 2009, S. 298, 305 ff., insb. Fazit auf S. 308.

¹⁶²⁸ Vgl. *Pjäfölin*, Soziale Probleme, in: Stalla (Hrsg.), Therapieleitfaden Transsexualität, 2006, S. 65 (65 f.); *White/Ettner*, Adaptation and adjustment in children of transsexual parents, *European Child and Adolescent Psychiatry*, 2007, S. 215–221; *Stotzer/Herman/Hasenbush*, Transgender Parenting: A Review of Existing Research, *The Williams Institute*, 2014, S. 2; *Green*, Transsexuals Children, *The International Journal of Transgenderism* 1998, S. 1–7.

¹⁶²⁹ *White/Ettner*, Adaptation and adjustment in children of transsexual parents, *European Child and Adolescent Psychiatry*, 2007, S. 215–221; *Rupp* (Hrsg.), Die Lebenssituation von Kindern aus gleichgeschlechtlichen Partnerschaften, 2009, S. 298, 309 f.

¹⁶³⁰ Außerdem bestünde das Problem der Aberkennung einer vor der Geburt vorgenommenen Vornamensänderung, § 7 I Nr. 1, 2 TSG.

¹⁶³¹ Vgl. auch *Muscheler*, Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Aufl. 2004, Rn. 411–413.

Der Streit wurde zuletzt im Zusammenhang mit dem Inzest-Urteil des BVerfG¹⁶³² aktuell. Auch in anderen Bereichen wie der Präimplantationsdiagnostik¹⁶³³ wurden ethische und moralische Beweggründe in den Vordergrund gestellt, welche letztlich auf einer vermeintlich vorherrschenden, seit längerem bestehenden Meinung in der Gesellschaft basieren. In diesen Fällen unterbleibt häufig eine klare Nennung von Gründen und Zielen. Eine eindeutige Begründung der Begrenzung von Freiheiten ist jedoch elementar, insbesondere für eine saubere Verhältnismäßigkeitsprüfung, da sich die weiteren Prüfungspunkte stets auf das Gesetzesziel beziehen.¹⁶³⁴ Ein reiner Verweis auf ungeschriebene gesellschaftliche Gebote ohne rationale Begründung (bspw. unter Verweis auf eine etwaige Sozialschädlichkeit) kann keinesfalls als Rechtfertigung ausreichen.¹⁶³⁵

Als Argument für die Entfernung von Gewebe im Rahmen der Herstellung der Fortpflanzungsunfähigkeit wurde außerdem ein erhöhtes Krebsrisiko der Betroffenen angebracht.¹⁶³⁶ Es existieren diesbezüglich jedoch keine Studien, man handelte „prophylaktisch“.¹⁶³⁷ Ebenso wollte man vermeiden, dass Frau-zu-Mann-Transsexuelle später in einer gynäkologischen Krankenstation aufgenommen werden müssten. Zum wiederholten Male liegt eine gegenüber Transsexuellen übliche Fremdbestimmung vor. Ob Transsexuelle riskante Operationen vornehmen lassen wollen, um ein angebliches Krebsrisiko zu reduzieren, muss ihnen selbst überlassen werden.¹⁶³⁸ Dies gilt umso mehr, als dass es keine rechtliche Regelung bezüglich des Zugangs oder Umfangs und Vornahme von geschlechtsangleichenden Maßnahmen gibt. Aufgrund dieser Fremdbestimmung sollte auch der Schutz Transsexueller vor ungewollten Schwangerschaften nicht als legitimer Zweck berücksichtigt werden.¹⁶³⁹

¹⁶³² BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, NJW 2008, 1137–1146.

¹⁶³³ Vgl. Kubiciel, Grund und Grenzen des Verbots der Präimplantationsdiagnostik, NStZ 2013, S. 382–386 (383).

¹⁶³⁴ Vgl. Kubiciel, Grund und Grenzen des Verbots der Präimplantationsdiagnostik, NStZ 2013, S. 382–386 (383); abweichende Meinung des Richters Hassemers zu BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, BVerfGE 120, 224, NJW 2008, 1137–1146 (1142 Rn. 79 d ff.); Zietzen, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, NStZ 2008, S. 614 (617–618).

¹⁶³⁵ So auch Wielpütz, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 207.

¹⁶³⁶ Gutachten im Verfahren OLG Zweibrücken, Beschl. v. 07.05.1993 – Az. 3 W 5/93, R & P 1993, S. 150, wiedergegeben in: Pfäfflin, Zu den somatischen Voraussetzungen für Personenstandsänderungen bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen, R & P 1993, S. 108 (112).

¹⁶³⁷ Vgl. OHCHR, UN Women, UNAIDS, UNDP, UNFPA, UNICEF, WHO, Eliminating forced, coercive and otherwise involuntary sterilization: An interagency statement, Mai 2014, S. 7. Dass es für ein erhöhtes Krebsrisiko keine Beweise gibt, nahm auch an: VG Stockholm, Urt. v. 09.09.2012 – Fallnr. 45723-10 (www.tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_EN.docx [S. 9 f.]; http://www.tgeu.org/sites/default/files/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_SE.pdf [zuletzt aufgerufen 03.02.2016]).

¹⁶³⁸ Wielpütz verweist darauf, dass auch unvernünftige Entscheidungen von der allgemeinen Handlungsfreiheit und dem APR umfasst sind: Wielpütz, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 189 f.

¹⁶³⁹ Anders und ohne auf diese Fremdbestimmung einzugehen: Wielpütz, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 204. In der Zusammenfassung des Abschnitts wird der Schutz Transsexueller vor einer ungewollten Schwangerschaft nicht aufgeführt, vgl. S. 207 a.E.

Es mag sein, dass manche Transsexuellen den Vorgang einer Kindeszeugung oder Schwangerschaft im Widerspruch zu ihrer Geschlechtsidentität empfinden. Auch ist die Entscheidung für oder gegen eine Abtrennung eine äußerst schwierige und höchstpersönliche. Dennoch scheint es möglich, dass trotz der empfundenen Widersprüchlichkeit der Wunsch nach biologisch eigenen Kindern größer ist. Abgesehen von transsexuellen Menschen, wird niemandem sonst diese Entscheidung vom Staat abgenommen. Eine derartige Bevormundung erfährt sonst niemand. Die Zwangsterilisation von Einwilligungsunfähigen ist ausdrücklich verboten¹⁶⁴⁰ und eine Minderjährige kann nicht entgegen ihrem Willen zur Abtreibung gezwungen werden¹⁶⁴¹. Die Frage der Fortpflanzungsfähigkeit und Abtreibung betrifft den Kernbereich der Selbstbestimmung. Diesbezüglich eine Bevormundung zum legitimen Zweck zu erklären erscheint äußerst widersprüchlich, basiert sie doch letztlich auf eigenen klassischen Vorstellungen.

Sofern man dennoch von einem legitimen Ziel ausgeht, z.B. unter Berufung auf die weite Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers, kommt es im nächsten Schritt auf die Geeignetheit des Mittels an.

(ii) Geeignetheit

Das Erfordernis der dauerhaften Fortpflanzungsunfähigkeit müsste geeignet sein, um diese Ziele zu erreichen. Zunächst bewirkt die Fortpflanzungsunfähigkeit, dass keine Kinder auf natürlichem Wege gezeugt werden können, sodass die Eindeutigkeit der Abstammung durch Transsexuelle nicht berührt würde, Transsexuelle nicht ungewollt Kinder zeugen können oder ungewollt schwanger werden und ein Missbrauch durch hohe Hürden erschwert wird. Zweifel involviert jedoch die sich weiter entwickelnde Reproduktionsmedizin. Zum einen sind Fälle, in denen heute von der Dauerhaftigkeit der Sterilisation ausgegangen wird ggf. in der Zukunft umkehrbar. Das Erfordernis der Fortpflanzungsunfähigkeit macht nur bedingt Sinn, wenn die moderne Medizin durch die Möglichkeit der Kryokonservierung von Keimzellen eine Fortpflanzungsfähigkeit zu einem späteren Zeitpunkt nicht ausschließen kann.¹⁶⁴² Weiterhin können Mann-zu-Frau-Transsexuelle Spermien in einem Samendepot einfrieren lassen.¹⁶⁴³ Auch verhindert die Voraussetzung nicht voll-

¹⁶⁴⁰ Vgl. § 1905 BGB und der Hinweis später unter D II 3 b aa (2) (a) (cc) (iv).

¹⁶⁴¹ *Wagner*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 823 Rn. 770.

¹⁶⁴² *Coester-Waltjen*, *Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?*, JZ 2010, S. 852 (856); *Dunne*, „Recognizing Identities, Denying Families“, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 295–309 (300).

¹⁶⁴³ Vgl. *OLG Köln*, Beschl. 30.11.2009 – Az. 16 Wx 94/09, *FamRZ* 2010, S. 741–743. Es ging um einen Mann, der vor seiner Geschlechtsumwandlung sein Spermia in einer Samenbank hinterlegt hatte, mit welchem seine Lebensgefährtin befruchtet wurde. Daraufhin waren Zwillinge entstanden, deren Vaterschaft der Mann, der mittlerweile operiert worden war, vor dem Jugendamt anerkannt habe. Das Standesamt verlangte eine gerichtliche Überprüfung, ob dieses Anerkenntnis wirksam sei. Das OLG Köln entschied, dass das Vaterschaftsanerkenntnis wirksam sei. Der Eintrag in der Geburtsurkunde der Zwillinge müsse aber mit dem früheren männlichen Vornamen der Anerkennenden

ständig, dass das klassische Rollenbild in Frage gestellt wird, da bereits vor der „großen Lösung“ Kinder geboren und gezeugt werden können.

(iii) Erforderlichkeit

Als milderes Mittel kommen zwar alle anderen, nicht operativen Möglichkeiten der Empfängnisverhütung in Betracht, denen könnte jedoch die gleiche Eignung abgesprochen werden. Hinsichtlich der Eindeutigkeit der Abstammung wäre es möglich, diese durch eine rechtliche Regelung noch deutlicher sicherzustellen, sofern angezweifelt wird, dass durch § 11 TSG und §§ 1591 ff. BGB ausreichend sichergestellt ist, wer rechtlich Vater und Mutter des Kindes sind.¹⁶⁴⁴ Der Schutz vor ungewollten Schwangerschaften als legitimes Ziel würde spätestens an der Erforderlichkeit scheitern, da es dem Einzelnen eigenverantwortlich überlassen werden kann eine solche zu verhindern. Ferner wird der Schutz vor Missbrauch bereits ausreichend durch die anderen Voraussetzungen gewährleistet.

(iv) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

In der Angemessenheitsprüfung gilt es, die Zweck-Mittel-Relation zu überprüfen. Dabei müssten die Interessen der Allgemeinheit gegenüber den Interessen der Transsexuellen überwiegen. Hinsichtlich der Aufgabe von Staat und Gesellschaft das Kindeswohl zu schützen sei auf die obige Diskussion verwiesen. Letztlich besteht keine ausreichende Wahrscheinlichkeit, dass das Kindeswohl gefährdet ist. Sollte eine Gefährdung des Kindeswohls bestehen, wäre diese Gefährdung nicht so stark, dass daraus gefolgert werden könnte, dass eine Nichtexistenz besser als das Leben in einer Familie mit transsexuellen Eltern sei. Ein gesellschaftliches Interesse nicht mit dem Anblick schwangerer Männer konfrontiert zu werden, ist zum einen zeitlich und zum anderen in der Zahl begrenzt. Die geringe Anzahl an schwangeren Männern spricht ebenso dafür, dass das natürliche Rollenverständnis im Zusammenhang der Fortpflanzung nur bedingt in Frage gestellt wird. Ähnlich hatte das BVerfG bezüglich der Ehelosigkeitsvoraussetzung in § 8 I Nr. 3 TSG argumentiert, dass die geringe Anzahl von verheirateten Transsexuellen in gleichgeschlechtlicher Ehe keine ausreichende Prägewirkung habe, um die Prägekraft der Verschiedengeschlechtlichkeit in der Ehe ausreichend in Frage zu stellen.¹⁶⁴⁵ Wobei, wie bereits erwähnt, die klassische Familienkonstellation bereits erweitert und akzeptiert wurde. Die Eindeutigkeit der Abstammung ist ebenfalls stark aufgeweicht und kann anders erreicht werden als durch die Vorgabe eines Fortpflanzungsverbots.

Diese gesellschaftlichen Interessen müssen im Verhältnis gesehen werden zu dem starken Eingriff für Transsexuelle. Sie befinden sich in einer einmaligen Kon-

Frau erfolgen, um zum Schutze der Kinder eine Offenbarung der Transsexualität eines Elternteils zu vermeiden. In Schweden wurde von Transsexuellen verlangt, eingefrorene Eier und Spermien zu zerstören.

¹⁶⁴⁴ Vgl. dazu D II 3 a aa (2) (a) (bb) (i).

¹⁶⁴⁵ BVerfGE, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 64, BVerfGE 121, 175 (201 f.).

fliktlage und müssen ein Grundrecht aufgeben, um ein anderes zu verwirklichen (bzw. zumindest aufschieben).¹⁶⁴⁶ Zur Betonung der Bedeutung der Fortpflanzungsfähigkeit sei an dieser Stelle erneut auf die einfachrechtliche Regelung der Sterilisation bei Einwilligungsunfähigen in § 1905 BGB hingewiesen. Diese Vorschrift nennt verschiedene hohe Anforderungen für eine Sterilisation,¹⁶⁴⁷ insbesondere normiert § 1905 I 1 Nr. 1 BGB ein ausdrückliches Verbot der Zwangssterilisation. Wenn die Sterilisation dem Willen des Betreuten widerspricht, ist eine Einwilligung des Betreuers unwirksam.¹⁶⁴⁸ Ein entgegenstehender Wille besteht, wenn der Betreute zu erkennen gibt, dass er die Maßnahme nicht will. Dafür ist es nicht notwendig, dass er eine Vorstellung von der Maßnahme hat, er muss sie nur ablehnen. Jegliche Art der Willensäußerung genügt, neben Worten können auch Gesten oder körperliche Gegenwehr den natürlichen Willen ausdrücken. Das Verbot gilt ausnahmslos, selbst dann, wenn eine eventuelle Schwangerschaft eine Lebensgefahr oder eine erhebliche Gesundheitsgefahr hervorrufen würde. Auch dürften keine anderen milderen Möglichkeiten bestehen (§ 1905 I 1 Nr. 5), wie etwa chemische, mechanische oder sonstige Mittel der Empfängnisverhütung, sofern diese unter Berücksichtigung etwaiger Nebenwirkungen und der Umstände des konkreten Einzelfalls hinreichend sicher und zumutbar sind.¹⁶⁴⁹ Der ausdrückliche Wille von Transsexuellen musste zurückgestellt werden, wenn sie eine Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität wünschten. Außerdem wurde eine dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit verlangt, ohne jegliche Möglichkeit zur Berücksichtigung des Einzelfalls, auch nicht aus medizinischen Gründen. Des Weiteren erscheint es problematisch, dass das Gesetz die Möglichkeit vorsieht, die vorgenommene „große Lösung“, also die Personenstandsänderung, rückgängig zu machen (vgl. § 9 II 1 i.V.m. § 6 TSG), eine ihrer Tatbestandsvoraussetzungen aber irreversibel ist.¹⁶⁵⁰

¹⁶⁴⁶ Eine vergleichbare Konfliktlage bestand auch bei der Verweigerung der Personenstandsänderung bei bestehender Ehe, vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 65, *BVerfGE* 121, 175 (202).

¹⁶⁴⁷ U.a. darf die Schwangerschaft nicht durch andere zumutbare Mittel verhindert werden können und es muss eine Gefahr für das Leben oder die Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustands der Schwangeren zu erwarten sein, die nicht auf zumutbare Weise abgewendet werden könnte. Ein geringerer Eingriff in die Rechtssphäre des Betreuten ist laut Gesetzesbegründung das (vorübergehende) Fernhalten von sexuellen Kontakten sowie sexualpädagogische Maßnahmen (BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989, S. 76 f.).

¹⁶⁴⁸ Vgl. dazu *Schwab*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *MüKo BGB*, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1905 BGB Rn. 18–19; *Müller*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar BGB*, Stand: 01.08.2015 Ed. 36, § 1905 Rn. 5.

¹⁶⁴⁹ Unterbringung oder unterbringungsähnliche Maßnahmen zur Vermeidung von Sexualkontakten stellen keine zumutbare Methode zur Vermeidung einer Schwangerschaft dar, BT-Drs. 11/4528 v. 11.05.1989, S. 144.

¹⁶⁵⁰ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, *StAZ* 2007, S. 357 (364); *Holzleitner*, *Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs*, in: Rudolf (Hrsg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, S. 37 (59). *Coester-Waltjen* will nicht ausschließen, dass sich das Geschlechtszugehörigkeitsempfinden im Laufe eines Lebens verändert und Korrekturen verlangt: *Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?*, *JZ* 2010, S. 852 (856).

Damit besteht eine unzumutbare Grundrechtsbeeinträchtigung für Transsexuelle, ihre individuellen Interessen müssen Vorrang haben vor den Interessen der Allgemeinheit. Eine Voraussetzung der dauerhaften Fortpflanzungsunfähigkeit ist folglich verfassungswidrig.

(b) Körperliche Unversehrtheit: Art. 2 II 1 Alt. 2 GG

Ebenfalls betroffen ist das Recht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit, Art. 2 II 1 Alt. 2 GG. Die operativen Eingriffe, welche zur dauerhaften Verhinderung der Fortpflanzungsfähigkeit vorgenommen werden müssen, ebenso wie eine Verpflichtung zur hormonellen Verhütung stellen einen Eingriff in den Schutzbereich der körperlichen Unversehrtheit dar. Wie bei der Voraussetzung zur körperlichen Angleichung liegt der Eingriff in dem Zwang sich dieser Maßnahmen zu unterziehen, um die Verwirklichung des Grundrechts auf Achtung der Geschlechtsidentität zu erreichen. Dieser Entscheidungszwang ist auch der Grund, warum keine Freiwilligkeit und damit keine rechtfertigende oder tatbestandsausschließende Einwilligung unterstellt werden kann.¹⁶⁵¹

Wie oben ist die Konfliktlage in der Abwägung von großer Bedeutung, wie auch die Bedeutung des Grundrechts und die Intensität des Eingriffs. Folglich kann auf die ausführliche Prüfung der Rechtfertigung beim Recht auf Fortpflanzungsfreiheit verwiesen werden sowie auf die Prüfung hinsichtlich der körperlichen Angleichung.

(c) Konsensuale Ehegestaltung und Familienplanung: Art. 6 I

Wie oben dargelegt steht die konsensuale Familienplanung von zwei Partnern unter dem Schutz von Art. 6 I GG. Umfasst sind sowohl verheiratete Paare, als auch solche, die in einer Lebensgemeinschaft leben.¹⁶⁵² In diese partnerschaftliche Gestaltungsfreiheit wird eingegriffen, wenn der Staat die Fortpflanzungsunfähigkeit eines der beiden Partner fordert, damit dieser seine Geschlechtsidentität rechtlich ausleben kann. Die Familie kann entweder nicht mehr gegründet oder erweitert werden. Das Grundgesetz schützt die Ehe und Familie vorbehaltlos, sodass eine Rechtfertigung nur auf kollidierendes Verfassungsrecht gestützt werden könnte. In Betracht kommen die gleichen Ziele, die bereits oben diskutiert wurden. Hinsichtlich der weiteren Verhältnismäßigkeitsprüfung ergeben sich keine Unterschiede zur bisherigen Prüfung.

bb. EMRK: *Nicot, Garçon* und *A.P.* gegen Frankreich

Die Frage, ob das Abhängigmachen der rechtlichen Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität von dem Nachweis der Fortpflanzungsunfähigkeit sowie darüber, ob tatsächlich Transsexualität vorliegt konventionskonform ist, wurde 2017 vom EGMR entschieden.¹⁶⁵³ Welche Rechte der EMRK von dieser Voraussetzung mög-

¹⁶⁵¹ Vgl. dazu D II 3 a aa (2) (b).

¹⁶⁵² Anders *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 217 ff.

¹⁶⁵³ EGMR, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13 – A.P.; *Garçon*; *Nicot*/Frankreich.

licherweise berührt werden und welche Argumente in der Verhältnismäßigkeitsprüfung von Relevanz waren, soll im folgenden Abschnitt untersucht werden.

(1) Schutz durch die EMRK: Möglicher Schutzbereich und Prüfungsmaßstab

Die Fortpflanzungsfähigkeit betrifft neben Art. 3 und 8 EMRK möglicherweise auch Art. 12 und 14 EMRK. Vom EGMR angesprochen wurden bisher nur Art. 3 und Art. 8. Schwerpunkt seiner Argumentation in *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich* waren das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität und die physische Integrität der Betroffenen. Auf ein Recht zur Fortpflanzung ging er nicht weiter ein.

(a) Art. 3 EMRK

Die Voraussetzung zur Sterilisation könnte eine erniedrigende, unmenschliche Behandlung darstellen und damit gegen Art. 3 EMRK verstoßen.¹⁶⁵⁴ In den Rechtsachen *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich* sowie in der Entscheidung *Y.Y.* untersuchte der EGMR die Voraussetzung der dauerhaften Fortpflanzungsunfähigkeit nur unter Art. 8 EMRK, nicht unter Art. 3 EMRK. Zum einen hatten sich die Beschwerdeführer nicht darauf berufen. Zum anderen handelte es sich bei *Y.Y.* um einen besonderen Sachverhalt, da die dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit Voraussetzung für die vom Beschwerdeführer gewünschte geschlechtsangleichende Operation war, welche teilweise auch zur Fortpflanzungsunfähigkeit führt. Sofern Transsexuelle eine rechtliche Geschlechtsänderung wünschen, aber weder ihre Fortpflanzungsfähigkeit aufgeben möchten, noch eine geschlechtsangleichende Operation wünschen oder eine geschlechtsangleichende Operationen wünschen, ohne dass dabei ihre Fortpflanzungsfähigkeit verloren geht, stellt sich die Situation anders dar, wenn die rechtliche Geschlechtsänderung nur beim Vorliegen von dauerhafter Sterilität gewährt wird. Da in einem weiteren Verfahren denkbar ist, dass der Beschwerdeführer sich konkret auf Art. 3 EMRK bezieht und auch der EGMR zumindest in der Entscheidung gegen Frankreich auf Art. 3 EMRK Bezug nahm, wird hier näher auf diesen Artikel eingegangen.

(aa) Zwangssterilisation in der EGMR-Rechtsprechung

Die bisherige Rechtsprechung des EGMR zur Zwangssterilisation bezieht sich primär auf Roma-Frauen in Slowenien. Die diesen Urteilen zugrunde liegenden Sachverhalte stellten sich meistens wie folgt dar: Schwangere Roma-Frauen suchten zur Entbindung ein Krankenhaus auf. Während dieses Krankenhausaufenthalts (häufig unmittelbar nach der Entbindung) kommt es zur Sterilisation der Frauen, ohne dass diese ausführlich informiert und nach ihrer Zustimmung gefragt wurden. In diesen Urteilen stellte der EGMR fest, dass eine Sterilisation ein massiver Eingriff in den

¹⁶⁵⁴ Der UN-Menschenrechtsausschuss deutete an, dass die Sterilisierung von Frauen, ohne ihre Zustimmung, grds. einen Verstoß gegen Art. 7 ICCPR darstellen könnte, vgl. *UN Human Rights Committee*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.10, General Comment No. 28: Article 3 (The Equality of Rights Between Men and Women), 29.03.2000, Rn. 11.

reproduktiven Gesundheitsstatus einer Person darstellt, da sie eine der essentiellsten Körperfunktionen des Menschen betrifft und sich auf verschiedene Aspekte der persönlichen Integrität bezieht, inklusive dem physischen und psychischen Wohlbefinden und dem emotionalen und spirituellen Leben sowie dem Familienleben.¹⁶⁵⁵ Die Sterilisation mag zwar legitimer Weise vorgenommen werden, wenn Patienten dies wünschen, z.B. zur Verhütung. Es stellt sich aber eine völlig andere Situation dar, wenn eine Sterilisation ohne Zustimmung der geistig zurechnungsfähigen erwachsenen Patienten erfolgt. Im Folgenden betont der EGMR die Bedeutung der anerkannten Standards zur Zulässigkeit von medizinischen Behandlungen, die nur bei Vorlage einer vorherigen informierten Zustimmung erfüllt sind.¹⁶⁵⁶ Eine endgültige Sterilisation wurde vom EGMR damit als Gegenstand von besonderer Sensibilität anerkannt.¹⁶⁵⁷

(bb) Übertragung auf Transsexualität

In der Sache *V.C.* warf der EGMR den Krankenhausmitarbeitern vor, paternalistisch gehandelt zu haben, indem sie der Beschwerdeführerin keine andere Option angeboten hatten, als der Prozedur zuzustimmen, welche die Ärzte für angemessen hielten.¹⁶⁵⁸ Dieser Grundgedanke lässt sich auf die Situation übertragen, mit der sich Transsexuelle konfrontiert sehen. Der Staat gibt ihnen nur eine Option, um ihre Rechte zu verwirklichen und bevormundet sie folglich beim Treffen einer autonomen moralischen Entscheidung. Diese Situation ruft bei den Betroffenen ein Gefühl der Angst, Verzweiflung und Unterlegenheit hervor und birgt das Potential ein dauerhaftes Leiden zu bewirken. Letzteres kann sich in den allgemeinen psychischen Folgen, der persönlichen Familienplanung oder negativen Einflüssen auf partnerschaftliche Beziehungen widerspiegeln.¹⁶⁵⁹ In den Entscheidungen zur Zwangssterilisation von Roma-Frauen war nicht ausschlaggebend, dass die Misshandlung von den medizinischen Mitarbeitern nicht gewollt war. Dennoch zeigte ihr Handeln eine grobe Nichtbeachtung des Rechts der Patienten auf Freiheit, Autonomie und das Fällen von Entscheidungen.¹⁶⁶⁰ Ausschlaggebend war die Erniedrigung in den Augen des Opfers. Auch dem Staat und den handelnden Ärzten mag es in der Situation von Transsexuellen nicht primär oder nicht mal sekundär um eine Erniedrigung gehen. Praktisch treffen sie jedoch eine gravierende Entschei-

¹⁶⁵⁵ *EGMR*, Urte. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 106, 116 – V.C./Slowenien; *EGMR*, Urte. v. 12.06.2012 - 29518/01, Rn. 79 – N.B./Slowenien.

¹⁶⁵⁶ *EGMR*, Urte. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 108 – V.C./Slowenien.

¹⁶⁵⁷ Vgl. *EGMR*, Urte. v. 10.03.2015 - 14793/08 – Y. Y./Türkei, Übereinstimmende Meinung der Richter *Keller/Spano*, Rn. 14.

¹⁶⁵⁸ *EGMR*, Urte. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 114 – V.C./Slowenien.

¹⁶⁵⁹ Vgl. *EGMR*, Urte. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 118 – V.C./Slowenien; *EGMR*, Urte. v. 12.06.2012 - 29518/01, Rn. 80 – N.B./Slowenien; *EGMR*, Urte. v. 13.11.2012 - 15966/04, Rn. 123 – I.G./Slowenien.

¹⁶⁶⁰ *EGMR*, Urte. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 119 – V.C./Slowenien; *EGMR*, Urte. v. 12.06.2012 - 29518/01, Rn. 78 – N.B./Slowenien.

dung für transsexuelle Menschen, denen kein anderer Ausweg gegeben ist, um ein ungestörtes Leben entsprechend ihrer Geschlechtsidentität zu leben. In *Nicot, Garçon und A.P.* hielt der EGMR fest, dass derartige Behandlungen und Operationen die physische Integrität betreffen, welche von Art. 3 und Art. 8 EMRK geschützt sei und noch wichtiger, dass es sich um keine echte Zustimmung handele, da im Falle der Nicht-Zustimmung das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität nicht voll ausgeübt werden könne.¹⁶⁶¹ Es handele sich um ein unmögliches Dilemma.¹⁶⁶²

Einiges spricht dafür, die Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit, mithin der Zwang sich auf eine Sterilisation einzulassen sowie die Sterilisation selbst, als unmenschliche und erniedrigende Behandlung i.S.d. Art. 3 EMRK einzustufen. Als solche wäre sie nicht zu rechtfertigen. Den Staaten stünde kein Beurteilungsspielraum zu und es läge ein direkter Verstoß gegen die Konvention vor. Wenn man aber davon ausginge, dass der für Art. 3 EMRK notwendige Schweregrad durch diese Misshandlung nicht erreicht wird, könnte (wie auch oben bei der geschlechtsangleichenden Operation) Art. 8 EMRK verletzt sein.

(b) Art. 8 EMRK

Dass Art. 8 EMRK das Recht von Transsexuellen schützt in ihrem Geschlecht rechtlich anerkannt zu werden und, dass die sexuelle Identität eines der grundlegendsten und wichtigsten Aspekte ist wurde bereits ausführlich erläutert und vom EGMR in *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich* wiederholt.¹⁶⁶³ Wichtig war insofern, dass der EGMR ausdrücklich feststellte, dass zwar die bis dato erlassenen Urteile in diesem Bereich die rechtliche Anerkennung der sexuellen Identität von transsexuellen Personen betrafen, die sich einer Umwandlungsoperation unterzogen hatten. Daraus könne aber nicht abgeleitet werden, dass die Frage der rechtlichen Anerkennung der sexuellen Identität von Transsexuellen, die sich keiner von den Behörden gebilligten Behandlung zur Geschlechtsumwandlung unterzogen haben, oder die sich keiner solchen Behandlung unterziehen wollen, aus dem Anwendungsbereich von Art. 8 EMRK herausfalle.¹⁶⁶⁴

(aa) Schutzbereich

Da die dauerhafte Fortpflanzungsfähigkeit nur durch operative Eingriffe herbeigeführt werden kann, gelten hinsichtlich dieses gemeinsamen Aspekts die gleichen Überlegungen, wie in den obigen Ausführungen zur Frage der Zulässigkeit von geschlechtsangleichenden Operationen. Der EGMR hat sich in seiner Entscheidung auf folgende Aspekte von Art. 8 EMRK gestützt: Das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität als Teil des Privatlebens und die körperliche Integrität. Er geht

¹⁶⁶¹ EGMR, Urt. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 127–132 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁶⁶² *Ibid.*, Rn. 132.

¹⁶⁶³ *Ibid.*, Rn. 92–93.

¹⁶⁶⁴ *Ibid.*, Rn. 94.

hingegen nicht darauf ein, dass Art. 8 I EMRK im medizinischen Bereich erhebliche Bedeutung als Recht auf Fortpflanzung erlangt hat.¹⁶⁶⁵ Das Recht auf Achtung des Familienlebens setzt die Existenz einer Familie voraus, ist aber nicht auf Beziehungen basierend auf einer traditionellen Ehe begrenzt, sondern umfasst auch *de facto* Familien, die ohne Eheschließung zusammenleben.¹⁶⁶⁶ Der EGMR erkennt als Teil des Privatlebens nicht nur ein Recht auf Respekt der Entscheidung Eltern zu werden oder nicht zu werden an,¹⁶⁶⁷ sondern hat dieses Recht auch dahingehend konkretisiert, dass es die Inanspruchnahme künstlicher Befruchtungstechniken umfasst, um Eltern von einem von einem selbst abstammenden Kind zu werden.¹⁶⁶⁸ Eine Sterilisierung wirkt sich auf die reproduktive Gesundheit aus, hat Auswirkungen auf verschiedene Aspekte des Privat- und Familienlebens und stellt somit einen Eingriff in Art. 8 EMRK dar.¹⁶⁶⁹ Dass die Entscheidung zur Sterilisation keine freie und autonome ist, wurde bereits oben im Zusammenhang mit der geschlechtsangleichenden Operation erläutert.

(bb) Eingriffszweck

Die Bedeutung eines legitimen Eingriffsziels wurde bereits mehrfach betont. Die nationalen Gesetzgeber und andere staatliche Akteure tragen die Verantwortung, Maßnahmen zu erlassen, die sich am Wohl der Gesellschaft orientieren. Diese Verantwortung sollten sie nicht abgeben, weil die Maßnahmen (menschenrechtlicher) Kritik ausgesetzt sind. Andererseits sollten die Gesetzgeber bei der Bestimmung von notwendigen Maßnahmen zur Erreichung ihrer Ziele empirische Nachweise oder anderen wissenschaftlichen Grundlagen berücksichtigen und nicht auf einem reinen Gefühl basieren.¹⁶⁷⁰

Hinsichtlich der dauerhaften Fortpflanzungsunfähigkeit kommen nur die öffentliche Ordnung und der Schutz der Rechte und Freiheiten von anderen in Betracht. Ein Interesse der Allgemeinheit an der Klarheit über die Geschlechter erscheint fraglich, da die Fortpflanzungsunfähigkeit im Ursprungsgeschlecht kein Kriterium für die Feststellung ist, dass das eine oder andere Geschlecht vorliegt. Konkreter bleiben damit zum einen die Unveräußerlichkeit des Personenstandes, das Kindeswohl und zum anderen ein Interesse an einem kohärenten Familienrechtssystem. Die letzteren beiden Aspekte wurden vom EGMR in *Nicot, Garçon*

¹⁶⁶⁵ *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 34.

¹⁶⁶⁶ *EGMR*, UrT. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 142 – V.C./Slowenien; *EGMR*, UrT. v. 21.12.2010 - 20578/07, Rn. 55 – Anayo/Deutschland; *EGMR*, UrT. v. 12.02.2009 - 2512/04, Rn. 84–88 – Nolan und K./Russland.

¹⁶⁶⁷ *EGMR (GK)*, UrT. v. 10.04.2007 - 6339/05, Rn. 71 – Evans/Vereinigtes Königreich.

¹⁶⁶⁸ Vgl. *EGMR (GK)*, UrT. v. 04.12.2007 - 44362/04, Rn. 66 – Dickson/Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, UrT. v. 16.12.2010 - 25579/05, Rn. 212 – A, B und C/Irland.

¹⁶⁶⁹ Vgl. *EGMR*, UrT. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 143 – V.C./Slowenien; *EGMR*, UrT. v. 12.06.2012 - 29518/01, Rn. 95 – N.B./Slowenien; *EGMR*, UrT. v. 13.11.2012 - 15966/04, Rn. 139 ff. – I.G./Slowenien.

¹⁶⁷⁰ So auch *Dunne*, „Recognizing Identities, Denying Families“, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 295–309 (300 f.).

und *A.P.* nicht näher beleuchtet. Dass die Gesellschaft als Ganzes an beidem ein Interesse hat, stellte der EGMR u.a. in *X, Y und Z* fest.¹⁶⁷¹ In dem Urteil ging es um die Anerkennung eines nicht biologisch verwandten Transsexuellen als Vater der Tochter seiner Partnerin.

(cc) Verhältnismäßigkeit

(i) *Margin of appreciation*

Bei der Bestimmung der Reichweite des Ermessensspielraums, bemerkt der Gerichtshof in *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich*, dass die Vertragsparteien im Hinblick auf die Voraussetzung der Unfruchtbarkeit uneins seien, mithin existiere in diesem Bereich kein Konsens.¹⁶⁷² Ein rechtsvergleichender Blick zeigt, dass es zum Zeitpunkt der Entscheidung des EGMR keinen mehrheitlichen Konsens der Mitgliedstaaten gab, aber ein Trend dahingehend bestand, die Voraussetzung der Fortpflanzungsfähigkeit unter Verweis auf den vorhandenen Zwang und dessen Unverhältnismäßigkeit abzuschaffen. Die sieben der 47 Mitgliedstaaten, die gar keine rechtliche Anerkennung vorsehen dürfen dabei nicht berücksichtigt werden. Von 40 Mitgliedstaaten setzten 22 Staaten die Fortpflanzungsunfähigkeit voraus (55 %), 18 hingegen nicht (45 %).¹⁶⁷³ Laut der Studie die der EGMR in *Goodwin* zugrunde gelegt hatte, erlaubten zum damaligen Zeitpunkt 57% eine rechtliche Anerkennung, 14% gestatteten sie nicht und in 32% der Staaten war die Rechtslage unklar. Die Zahlen scheinen nicht weit voneinander entfernt. Dennoch wiederholt der EGMR dieses Mal nicht, was er in der Vergangenheit bereits mehrfach betont hat: Unterschiede in der Herangehensweise zur Lösung der Probleme sind nicht überraschend. Er lässt dieses Mal keinen klaren Trend ausreichen um auf eine enge *margin of appreciation* zu schließen. Ende 2018 sind es im Übrigen schon nur noch 13 Mitgliedstaaten, die eine Sterilisation verlangen.¹⁶⁷⁴

Der Gerichtshof betonte weiter, dass öffentliche Interessen auf dem Spiel stünden und die Beschwerden außerdem schwierige moralische und ethische Fragen aufwerfen würden. Gleichzeitig betreffe der Kern der Beschwerden einen wesentlichen Aspekt der innersten Identität der Personen, wenn nicht gar ihrer Existenz.¹⁶⁷⁵ Zum einen, weil die körperliche Integrität der Personen direkt in Frage stehe. Zum anderen, weil die Beschwerden sich auf die sexuelle Identität der Individuen bezögen und diese bereits als grundlegender Aspekt des Rechts auf Achtung des Privat-

¹⁶⁷¹ EGMR (*GK*), UrT. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 47 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

¹⁶⁷² EGMR, UrT. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 122 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

¹⁶⁷³ *Ibid.*, Rn. 70–72.

¹⁶⁷⁴ Armenien, Aserbaidschan, Bosnien-Herzegowina, Bulgarien, Finnland, Georgien, Lettland, Montenegro, Rumänien, Slowenien, Türkei, Tschechische Republik, Serbien.

¹⁶⁷⁵ EGMR, UrT. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 123 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

lebens anerkannt worden sei. Er schloss daher auf einen engen Ermessensspielraum.

(ii) Abwägung

Hinsichtlich der Unveräußerlichkeit des Personenstandes wird auf die Argumentation zur Rechtmäßigkeit von geschlechtsangleichenden Operationen Bezug genommen: Die Betroffenen sind einem unlösbaren Dilemma ausgesetzt.¹⁶⁷⁶ Entweder unterziehen sie sich gegen ihren Willen einer sterilisierenden Operation oder Behandlung und verzichten auf die vollständige Ausübung ihres Rechts auf Achtung ihrer physischen Integrität; oder sie verzichten auf die Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität und damit die vollständige Ausübung dieses Rechts. Der EGMR sieht hier eine Störung des gerechten Ausgleichs, den die Vertragsstaaten verpflichtet sind, zwischen dem allgemeinen Interesse und den Interessen der betroffenen Personen aufrechtzuerhalten.

Dafür, dass das Kindeswohl der Kinder von Transsexuellen, die ihre Kinder nach der Geschlechtsänderung bekommen, gefährdet ist, gibt es keinerlei Beweise. Auch dafür, dass in der Situation von X, Y, und Z das Wohl des Kindes gefährdet war, gab es keine Anzeichen. Da es jedoch nicht klar sei, ob es von Vorteil für das Kind sei, hielt der EGMR die Zurückhaltung des Staates für gerechtfertigt.¹⁶⁷⁷ Der EGMR zeigte sich damit zurückhaltend im Kontext der Elternschaft von Transsexuellen und des Kindeswohls. Allerdings erging das Urteil 1997 und somit vor der Anerkennung des Rechts auf Änderung des rechtlichen Geschlechts. Die Schlussfolgerung des Gerichts wurde bereits damals kritisiert.¹⁶⁷⁸ Weiterhin sei an dieser Stelle auf die Argumentation zum Kindeswohl verwiesen.¹⁶⁷⁹ Sofern das Kindeswohl einen legitimen Eingriffszweck darstellt, muss im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sowohl berücksichtigt werden, dass die Gefährdung schwerlich nachweisbar ist als auch dass die Kinder vor ihrer eigenen Existenz bewahrt würden.

Damit bleibt als Eingriffszweck noch das Ziel solche Unklarheiten hinsichtlich der Familienbeziehungen vollständig auszuschließen, die entstehen würden, wenn eine transsexuelle Person, die ihr rechtliches Geschlecht geändert hat, Kinder bekommen sollte.¹⁶⁸⁰ Staaten könnten sich darauf berufen, dass verhindert werden

¹⁶⁷⁶ Vgl. dazu D II 3 a bb (1) (b) (cc) und (dd) (iv).

¹⁶⁷⁷ *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 47 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

¹⁶⁷⁸ Vgl. *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich, abweichende Meinung des Richters *Foighel*, Rn. 4 a.E., abweichende Meinung des Richters *Gotchev*, a.E.

¹⁶⁷⁹ Vgl. dazu D II 3 b aa (2) (a) (cc) (i).

¹⁶⁸⁰ So z.B. der ursprüngliche Zweck des schwedischen Gesetzes, den der VwGH für weder objektiv noch verhältnismäßig hält: *VwGH Stockholm*, Urt. v. 19.12.2012 – Fallnr. 1968-12 (www.tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_EN.docx [S. 3 f.]; http://www.tgeu.org/sites/default/files/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_SE.pdf [zuletzt aufgerufen 03.02.2016]).

soll, dass eine Frau zeugt und ein Mann gebärt.¹⁶⁸¹ Dass die Abstammung eines Kindes hinsichtlich der biologischen und der juristischen Realität nicht zwingend deckungsgleich sein muss, wird in den Rechtsordnungen der meisten Länder berücksichtigt.¹⁶⁸² Lange Zeit war unklar, ob Art. 8 EMRK ein Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung enthält. Die EGMR Entscheidungen betrafen diese Frage nur mittelbar.¹⁶⁸³ *Mikulic*¹⁶⁸⁴ betraf primär den Gesichtspunkt der Herstellung familiärer Beziehungen und weniger die Kenntnis der eigenen Abstammung als Grundvoraussetzung der eigenen Identitätsfindung. Ausdrücklich für die Identitätsbildung und unabhängig von der Herstellung familiärer Beziehungen wurde das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung in *Odièvre* anerkannt.¹⁶⁸⁵ Den Urteilen lässt sich entnehmen, dass die Kinder ein Recht auf Identitätsfindung haben und ihnen dafür gewisse Informationen über ihre Eltern zur Verfügung stehen sollten. Bei transsexuellen Eltern wäre den Kindern aber bekannt, wer diese sind. Nur das Geburtsgeschlecht der Eltern hätte sich geändert und ggf. könnten zwei Mütter oder zwei Väter die Eltern sein. Damit stellt sich die Frage, ob das Recht auf Kenntnis der Abstammung, die Kenntnis des Geschlechts der Eltern beinhaltet. Dagegen spricht, dass es der EGMR in *Odièvre* für ausreichend erachtete, dass die Beschwerdeführerin Zugang zu Informationen über ihre Mutter und ihre Herkunftsfamilie erhalten hatte, die es ihr – ohne genaue Identifizierung der Personen – erlaubten, einige ihrer Wurzeln nachzuvollziehen, während gleichzeitig der Schutz der Interessen der Drittpartei gesichert wurde.¹⁶⁸⁶ Damit würdigt der EGMR auch die Interessen der anderen Parteien und versucht diese in einen Ausgleich zu bringen, der dem Interesse des Kindes an seiner Abstammung gerecht wird. Doch selbst wenn man die Informationen über das Geschlecht der Eltern als mit umfasst sieht, könnte diesem Recht durch weniger einschneidende Maßnahmen entsprochen werden, als durch die Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit. Eine solche geringer einschneidende Maßnahme wäre es bspw. für die Kinder eine Ausnahme von der Geheimhaltung des Geschlechts der Eltern festzulegen. Sofern sich im nationalen Recht unterschiedliche rechtliche Verpflichtungen aus einer Vaterschaft oder Mutterschaft ergeben, könnte man den Interessen potentieller Kinder gerecht werden, indem sich das Verwandtschaftsverhältnis nach dem Geburtsgeschlecht richtet. Der Erhalt des traditionellen Familienbildes wird vom EGMR als legitimes Ziel aner-

¹⁶⁸¹ Vgl. *Dunne*, „Recognizing Identities, Denying Families“, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 295–309 (297).

¹⁶⁸² Vgl. *Arends*, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länder- teil Finnland*, Stand: 201. Lieferung, S. 30 f.; *Heinrich/Schönberger*, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Frankreich*, Stand: 206. Lieferung, S. 49 ff.; *Giesen*, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Däne- mark*, Stand: 206. Lieferung, S. 44 ff.

¹⁶⁸³ U.a. *EGMR*, Urt. v. 13.06.1979 - 6833/74 – Marckx/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 07.07.1989 - 10454/83 – Gaskin/Vereinigtes Königreich.

¹⁶⁸⁴ *EGMR*, Urt. v. 07.02.2002 - 53176/99, Rn. 53–54 – Mikulić/Kroatien.

¹⁶⁸⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.02.2003 - 42326/98, Rn. 44 – Odièvre/Frankreich.

¹⁶⁸⁶ *Ibid.*, Rn. 48 f.

kannt.¹⁶⁸⁷ In Anbetracht der wachsenden Anerkennung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften, mit der Möglichkeit zur Adoption und Anerkennung der Kinder des Partners, erscheint es jedoch angebracht, dies zu überdenken. Vor allem ist äußerst fraglich, ob durch die geforderte Fortpflanzungsunfähigkeit dem damit vermeintlich geschützten Kindeswohl gerecht würde: Das rechtliche Verwandtschaftsverhältnis würde mit der sozialen, tatsächlichen Elternrolle und dem rechtlichen Geschlecht nicht übereinstimmen.¹⁶⁸⁸ Interessengerechter wäre bei gleichgeschlechtlichen Paaren die Einführung einer allgemeinen geschlechterunabhängigen Elternschaft oder einer Mitmutterchaft (wie bspw. in Norwegen)¹⁶⁸⁹.

Eine Sterilisierung stellt einen massiven Eingriff mit lebenslangen Folgen für einen wichtigen Bereich des Privatlebens dar.¹⁶⁹⁰ Gleichzeitig handelt es sich beim Kindeswohl um ein wichtiges Schutzziel und das Abstammungsrecht ist ein stark national geprägter Rechtsbereich. Dennoch hat sich der EGMR beispielsweise im Adoptionsrecht homosexueller Paare grundsätzlich zurückgehalten und den Staaten nicht vorgegeben, dass eine Stiefkindadoption grundsätzlich zulässig sein muss. Sofern aber eine Ungleichbehandlung von unverheirateten homosexuellen und unverheirateten heterosexuellen Paaren oder Einzelpersonen vorliegt, liegt auch ein Verstoß gegen Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK vor.¹⁶⁹¹ Ausschlaggebend war für den EGMR, ob die Behandlung durch den Staat auf der sexuellen Orientierung der Paare basierte. Das Sterilisierungserfordernis für Transsexuelle müsste folglich mit gewichtigen Gründen untermauert werden. Ein pauschaler Verweis auf das Kindeswohl dürfte nicht ausreichen.

(c) Art. 12 EMRK

Ähnlich wie Art. 6 I GG schützt auch Art. 12 EMRK nicht nur das Recht, eine Ehe einzugehen, sondern auch das Recht eine Familie zu gründen. Damit ergibt sich das Recht auf Fortpflanzung neben Art. 8 I EMRK auch aus Art. 12 Alt. 2 EMRK.¹⁶⁹² Allerdings ist der Schutzbereich des Art. 12 Alt. 2 EMRK enger, da das Recht auf Familiengründung auf verheiratete¹⁶⁹³, verschiedengeschlechtliche Personen be-

¹⁶⁸⁷ EGMR, Ur. v. 19.12.2013 - 19010/07, Rn. 138 f. m.w.N. – X u.a./Österreich.

¹⁶⁸⁸ Dies ebenfalls anzweifelnd: *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 269.

¹⁶⁸⁹ *Sper*, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderteil Norwegen, Stand: 193. Lieferung, S. 51 ff.

¹⁶⁹⁰ So auch *Dunne*, „Recognizing Identities, Denying Families“, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 295–309 (298).

¹⁶⁹¹ Vgl. EGMR, Ur. v. 22.01.2008 - 43546/02, Rn. 89–98 – E.B./Frankreich; EGMR, Ur. v. 19.12.2013 - 19010/07 – X u.a./Österreich.

¹⁶⁹² *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, Art. 12 EMRK Rn. 38; EGMR, Ur. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 159 – V.C./Slowenien.

¹⁶⁹³ Vgl. *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 7; EGMR, Ur. v. 13.12.2007 - 39051/03, Rn. 92 – Emonet/Schweiz; EGMR, Ur. v. 28.05.1985 - 9214/80, 9473/81, 9474/81, Rn. 62 – Abdulaziz, Cabales und Balkandali/Vereinigtes Königreich; EKMR, Ur. v. 10.07.1975 - 6482/74, S. 77 – X/Belgien und Niederlande.

schränkt ist.¹⁶⁹⁴ Dass der EGMR die Familiengründung als Folge der Ehegründung versteht, erscheint in Anbetracht des weiten Familienbegriffs in Art. 8 EMRK¹⁶⁹⁵ und Art. 23 III IPbPR, Art. 10 Nr. 1 S.1 IPwskP und Art. 16 II AEMR kritikwürdig.¹⁶⁹⁶ Nicht-eheliche Lebensgemeinschaften oder homosexuelle Paare können sich nach bisheriger Rechtsprechung für ihr Recht auf Fortpflanzung bzw. Familiengründung nur auf Art. 8 I EMRK stützen.¹⁶⁹⁷ Das Recht steht unter dem Vorbehalt einer Ausgestaltung durch nationale Gesetzgebung, wobei diese nicht in den Kernbereich der Gewährleistung eingreifen darf.¹⁶⁹⁸ Daraus resultiert, dass das Recht von Ehegatten, sich auf natürlichem oder „künstlichem“ Wege fortzupflanzen nicht durch nationale Gesetze beschränkt werden darf.

Das Recht eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen bringt persönliche, rechtliche und soziale Konsequenzen mit sich, weshalb eine besondere Nähe zwischen Art. 8 und 12 EMRK besteht.¹⁶⁹⁹ Eine Sterilisation hat gravierende Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben von Betroffenen. Sofern eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt wurde, sah der EGMR deshalb bisher davon ab zu untersuchen, ob Art. 12 EMRK ebenfalls verletzt wurde.¹⁷⁰⁰

(d) Art. 14 EMRK

Mittlerweile hat der EGMR klar anerkannt, dass Transsexuelle, unabhängig davon, ob sie sich einer operativen Geschlechtsanpassung unterzogen haben, von Art. 14 EMRK grundsätzlich vor Diskriminierungen aufgrund ihrer Geschlechtsidentität geschützt sind.¹⁷⁰¹ Sofern er jedoch bereits eine Verletzung von Art. 8 EMRK festgestellt hat, sieht er davon ab auch Art. 14 EMRK zu prüfen.¹⁷⁰² Der schwedische VwGH hingegen stellte einen Verstoß des nationalen Sterilisationserfordernisses sowohl gegen Art. 8 als auch Art. 14 EMRK fest und bezog sich unter

¹⁶⁹⁴ Insofern sind Transsexuelle in ihrem geänderten rechtlichen Geschlecht voll anzuerkennen, *EGMR (GK)*, Ur. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 97 ff. – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

¹⁶⁹⁵ Vgl. dazu später D II 5 b cc) (1).

¹⁶⁹⁶ *Marauhn/Thorn*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2013, Kap. 16 Rn. 54.

¹⁶⁹⁷ *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 12 EMRK Rn. 39.

¹⁶⁹⁸ Vgl. *EGMR*, Ur. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 49 ff. – Rees/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Ur. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 159 – V.C./Slowenien.

¹⁶⁹⁹ *EGMR*, Ur. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 159 – V.C./Slowenien.

¹⁷⁰⁰ Vgl. *EGMR*, Ur. v. 13.11.2012 - 15966/04, Rn. 150 f. – I.G./Slowenien; *EGMR*, Ur. v. 12.06.2012 - 29518/01, Rn. 104 f. – N.B./Slowenien; *EGMR*, Ur. v. 08.11.2011 - 18968/07, Rn. 159 ff. – V.C./Slowenien.

¹⁷⁰¹ *EGMR*, Ur. v. 12.05.2015 - 73235/12, Rn. 96 – Identoba u.a./Georgien. Nach *EGMR*, Ur. v. 30.11.2010 - 35159/09 – P.V./Spanien herrschte noch Unsicherheit, ob sich der Diskriminierungsschutz nur auf post-operative Transgender bezog.

¹⁷⁰² Vgl. zuletzt *EGMR*, Ur. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 158 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

anderem darauf, dass bei geschlechtsbezogenen Diskriminierungen gewichtige Gründe für die Rechtfertigung notwendig seien.¹⁷⁰³

Eine Diskriminierung nach Art. 14 EMRK setzt zunächst voraus, dass vergleichbare Sachverhalte ungleich behandelt werden. Es muss folglich zunächst festgestellt werden, dass zwei Sachverhalte im Vergleich miteinander in Bezug auf die relevanten Faktoren sachlich gleich oder im Wesentlichen ähnlich sind.¹⁷⁰⁴ Vorliegend handelt es sich bei den Sachverhalten zum einen um Cissexuelle (Menschen, bei denen die körperlichen Merkmale der Geschlechtsidentität entsprechen) und zum anderen um Transsexuelle (Menschen, bei denen die körperlichen Merkmale und ihre Geschlechtsidentität nicht übereinstimmen). Beide Gruppen erhalten im Zeitpunkt der Geburt einen Geschlechtseintrag basierend auf ihren körperlichen Merkmalen und sind insofern vergleichbar. Während die erste Gruppe ohne weitere Voraussetzungen oder Verfahren Dokumente besitzt, die ihrer Geschlechtsidentität entsprechen, kann die zweite Gruppe diese Dokumente nur erhalten, wenn sie die staatlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt. Die erste Gruppe muss zu keinem Zeitpunkt einen Nachweis über ihre Fortpflanzungs(un)fähigkeit erbringen, um eine Übereinstimmung zwischen dem rechtlichen Geschlecht und ihrer Geschlechtsidentität zu erhalten. Die zweite Gruppe hingegen muss Operationen vornehmen lassen, um dauerhaft fortpflanzungsunfähig zu sein und so eine Übereinstimmung zwischen rechtlichem Geschlecht und Geschlechtsidentität zu erreichen.

Bei Art. 14 EMRK stellt nicht jede Differenzierung anhand eines der Merkmale eine Verletzung des Diskriminierungsverbots dar. Nur dann, wenn keine sachliche und vernünftige Rechtfertigung für die unterschiedliche Behandlung von sachlich Gleichen besteht, liegt auch ein Verstoß gegen die Konventionsnorm vor.¹⁷⁰⁵ Die möglicherweise zur Rechtfertigung angebrachten Gründe wurden bereits oben erläutert und ins Verhältnis gesetzt. Diese Erläuterungen gelten auch unter Art. 14 EMRK.

An dieser Stelle sei angemerkt, dass die Voraussetzung für die unterschiedliche Behandlung von Transsexuellen und Cissexuellen, bereits dadurch geschaffen wird, dass der Staat das rechtliche Geschlecht seiner Staatsangehörigen festlegt. Meistens kurz nach der Geburt. Durch die Entscheidung, das Personenstandsmerkmal „Geschlecht“ beizubehalten und dies zu einem Zeitpunkt, zu dem keine Person (egal ob cis- oder transsexuell) eine eigene Entscheidung über ihre Geschlechtsidentität treffen kann, werden die biologischen, physischen Merkmale zur Grundlage

¹⁷⁰³ *VwGH Stockholm*, Urt. v. 19.12.2012 – Fallnr. 1968-12 (www.tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_EN.docx [S. 3 f.]; http://www.tgeu.org/sites/default/files/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_SE.pdf [zuletzt aufgerufen 03.02.2016]).

¹⁷⁰⁴ *EGMR*, Urt. v. 13.06.1979 - 6833/74, Rn. 32 – Marckx/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 23.11.1983 - 8919/80, Rn. 46 – Van der Musselle/Belgien; *EGMR*, Urt. v. 18.02.1991 - 12033/86, Rn. 60 – Freidin/Schweden (No. 1).

¹⁷⁰⁵ St. Rspr. seit *EGMR*, Urt. v. 23.07.1968 - 1474/62, 1677/62, 1691/62 u.a., B. Interpretation adopted by the Court Rn. 10 – Belgischer Sprachenfall/Belgien, EuGRZ 198, 289, I 4; *Peters/König*, in: *Dörr/Grote/Maruhn* (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2. Aufl. 2013, Kap. 21 Rn. 24.

der Entscheidung gemacht. Durch diese Entscheidung werden Cissexuelle und Transsexuelle bevormundet. Aufgrund der Kongruenz der körperlichen Geschlechtsmerkmale mit der Geschlechtsidentität werden Cissexuelle bevorteilt und Transsexuelle benachteiligt, ohne dass dies zu rechtfertigen wäre.

(2) Y.Y. gegen die Türkei: 10. März 2015

Die erste Entscheidung zur Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit erging gegen die Türkei. Dort war die dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit zunächst Voraussetzung für die richterliche Gestattung einer geschlechtsangleichenden Operation, welche wiederum Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung war.¹⁷⁰⁶ Häufiger ist der oben besprochene Fall, dass die Fortpflanzungsunfähigkeit Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung ist, entweder weil die Operation unter keinem Genehmigungsvorbehalt steht oder die Genehmigung von anderen weniger einschneidenden Voraussetzungen abhängig gemacht wird. Im Sondervotum der Richter *Lemmens* und *Kuris* wird betont, dass das Urteil nicht als allgemeine Aussage über die Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit verstanden werden könne.¹⁷⁰⁷ Insbesondere würde der Staat für den Fall der Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit für die rechtliche Geschlechtsänderung, statt für die operative Anpassung, andere Gründe nennen, die damit verfolgt würden. Letzterem Argument ist zuzustimmen, die verfolgten Ziele mögen andere sein. Gleichzeitig sind die Unterschiede zwischen den beiden Fällen weniger gravierend als dargestellt: Im Fall Y.Y. ist die Fortpflanzungsunfähigkeit letztlich nur vorgezogen. Da sie Voraussetzung für die Erlaubnis zur geschlechtsangleichenden Operation ist und die Operation Voraussetzung für die rechtliche Anerkennung ist, hat sie das Potential, Menschen daran zu hindern, in ihrer Geschlechtsidentität Anerkennung zu finden oder sie dazu zu nötigen, ihre Fähigkeit Kinder zu zeugen aufzugeben. Sie ist damit eine vorgeschaltete Voraussetzung für die Geschlechtsanpassung.

(a) Sachverhalt

Bis 1988 hatte es in der Türkei keine Gesetze bezüglich der Transsexualität gegeben. Ein Urteil vom 21.01.1982 lehnte einen Antrag auf Geschlechtsänderung mit der Begründung ab, dass es keine Gesetze gäbe, die einem Individuum die Freiheit gäben, ihr Geschlecht zu wählen. Eine Änderung des Art. 29 des Zivilgesetzbuches (ZGB) regelte den Status von Transsexuellen dahingehend, dass diese unter Vorlage

¹⁷⁰⁶ EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08 – Y. Y./Türkei.

¹⁷⁰⁷ Übereinstimmende Meinung der Richter *Lemmens*/*Kuris* Rn. 3 zu EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08 – Y. Y./Türkei. Ob die Gründe, die von den Staaten vorgebracht werden, die eine derartige Voraussetzung vorsehen, ausreichen würden, beurteilte die übereinstimmende Meinung nicht. Die Möglichkeit reichte für die Richter jedoch aus, daraus zu schließen, dass dem Urteil keine Aussage für den Fall der rechtlichen Anerkennung entnommen werden könne. Die andere übereinstimmende Meinung hält beide Interpretationen für möglich, die weitere Auslegung aber aus ähnlichen Gründen wie *Lemmens* und *Kuris* für problematisch, zustimmende Meinung der Richter *Keller*/*Spano* Rn. 11, zu EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08 – Y. Y./Türkei.

eines Gutachtens über eine operative Geschlechtsanpassung vor Gericht eine Änderung des Geschlechts im Geburtenregister beantragen konnten.¹⁷⁰⁸ Die Spezifika der Voraussetzungen wurden nicht weiter erläutert, weshalb die Vorschrift stark kritisiert wurde. Unter Berücksichtigung dieser Kritik wurde Art. 40 ZGB neu eingeführt. Dieser regelt in seinen zwei Absätzen zwei unterschiedliche Phasen, die für die Änderung im Geburtenregister erfüllt werden müssen. Zunächst muss die transsexuelle Person vor Gericht die Erlaubnis für eine geschlechtsanpassende Operation beantragen. Diese Erlaubnis wird nur erteilt, wenn die antragstellende Person über 18 Jahre alt ist, unverheiratet, transsexuell, die beantragte Operation für sie zwingend erforderlich ist und sie dauerhaft nicht mehr in der Lage ist, sich fortzupflanzen. Nachdem im Anschluss an den Gerichtsprozess im In- oder Ausland die Operation vorgenommen wurde, muss man sich erneut an das Gericht wenden, damit das Geburtenregister angepasst wird. Anhand dieser Regelung wurde keine Vereinfachung, sondern eine Verschärfung der Rechte Transsexueller erreicht.¹⁷⁰⁹

Im vorliegenden Fall hatte der Beschwerdeführer am 23.02.2006 den Antrag nach Art. 40 ZGB gestellt, sich einer Geschlechtsumwandlung unterziehen zu dürfen.¹⁷¹⁰ Das Amtsgericht holte Erkundigungen ein und ein Ärzteteam legte ein psychiatrisches Gutachten vor, nachdem der Beschwerdeführer transsexuell sei und es aus psychologischer Sicht für ihn besser sei, sein Leben als Mann zu führen. Eine körperliche Untersuchung ergab, dass der Beschwerdeführer über innere und äußere weibliche Geschlechtsorgane verfügte und nicht dauerhaft fortpflanzungsunfähig war. Daraufhin wurde der Antrag am 27.06.2006 mit der Begründung abgewiesen, dass beim Beschwerdeführer von einer grundsätzlichen Gebärfähigkeit auszugehen sei und damit eine der Voraussetzungen des Art. 40 ZGB nicht erfüllt sei. Das angerufene höhere Gericht hielt diese Entscheidung aufrecht. Im Jahr 2012 ließ der Beschwerdeführer eine Mastektomie vornehmen und erhielt seitdem eine Hormontherapie. Er wandte sich am 05.03.2013 erneut an das Amtsgericht. Zwischenzeitlich hatte er vor dem EGMR Beschwerde gegen die Türkei erhoben.¹⁷¹¹ Seinem Antrag gab das Amtsgericht am 21.05.2013 statt, nachdem es zwei Expertenmeinungen eingeholt hatte. Das Gericht stellte fest, dass eine Geschlechtsumwandlung für den Schutz der psychischen Gesundheit des Beschwerdeführers unbedingt erforderlich sei und es feststehe, dass er in jeder Hinsicht ein Leben als Mann führe und unter der momentanen Situation leide. Damit seien die Voraussetzungen des Art. 40 ZGB erfüllt.

¹⁷⁰⁸ Vgl. dazu und zum Folgenden *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 74–79 und *Will*, Das Gespenst im Zivilgesetzbuch, in: Mansel/Pfeiffer (Hrsg.), Festschrift für Jayme, 2004, S. 1625 (1629–1632).

¹⁷⁰⁹ *Will*, Das Gespenst im Zivilgesetzbuch, in: Mansel/Pfeiffer (Hrsg.), Festschrift für Jayme, 2004, S. 1625 (1633).

¹⁷¹⁰ EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 5–28 – Y. Y./Türkei.

¹⁷¹¹ Dass die türkische Rechtslage vorm EGMR landen würde, wurde von *Will* bereits 2004 prophezeit: *Will*, Das Gespenst im Zivilgesetzbuch, in: Mansel/Pfeiffer (Hrsg.), Festschrift für Jayme, 2004, S. 1625 (1631, 1635 f.).

(b) Rechtsvergleich

Der im Urteil vorgenommene Rechtsvergleich macht deutlich, dass ein Trend dahingehend bestand, Sterilität als Voraussetzung abzuschaffen und als Verstoß gegen Grund- und Menschenrechte zu werten.¹⁷¹²

(c) Eingriffszweck

Die Regierung berief sich auf ein Allgemeininteresse an der Vermeidung der Verharmlosung von körperlichen Geschlechtsanpassungen und unnötigen Operationen. Es sollten die Interessen des Individuums geschützt werden, welches sich die Umwandlung wünsche, da es sich um einen irreversiblen Vorgang handle und eine Gefahr für die körperliche und seelische Unversehrtheit darstelle.¹⁷¹³ Sie würden im Rahmen des Prozesses zwar einige Eigenschaften des Geburtsgeschlechts verlieren, aber niemals alle Eigenschaften des neuen Geschlechts erwerben. Die Möglichkeit, dass Menschen ihre Entscheidung später bereuen könnten, sei zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Gefahr der Trivialisierung verwies die Regierung auf die Möglichkeit, sich dies im Rahmen von Prostitution zu Nutzen zu machen.¹⁷¹⁴

Der EGMR hielt seine bisherige Praxis, die Voraussetzung eines legitimen Ziels nur oberflächlich zu überprüfen, im vorliegenden Fall für nicht angebracht, da der Kläger die Relevanz der Ziele bestritt.¹⁷¹⁵ Die nun folgende „detailliertere Auseinandersetzung“ reichte einigen Richtern jedoch immer noch nicht.¹⁷¹⁶ Im Folgenden stellte der EGMR fest, dass die mögliche Banalisierung von chirurgisch vorgenommenen Geschlechtsumwandlungen und die Gefahr ihrer missbräuchlichen Verwendung durch gewisse Milieus nicht unter die in Art. 8 II EMRK aufgezählten Ziele falle.¹⁷¹⁷ Die Irreversibilität und Risiken von geschlechtsangleichenden Operationen für die Gesundheit seien hingegen legitime Ziele und könnten durch den Staat verfolgt und entsprechende Regelungen getroffen werden.¹⁷¹⁸ Zwar habe die Regierung das Erfordernis der Sterilität nicht ausdrücklich begründet, aufgrund der nachfolgenden Erläuterungen zur Notwendigkeit sah der EGMR jedoch davon ab, dies weiter zu kommentieren.¹⁷¹⁹

¹⁷¹² Vgl. *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 35–43 – Y. Y./Türkei.

¹⁷¹³ *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 74 – Y. Y./Türkei.

¹⁷¹⁴ *Ibid.*, Rn. 75.

¹⁷¹⁵ *Ibid.*, Rn. 76–77.

¹⁷¹⁶ Vgl. zustimmende Meinung der Richter *Keller/ Spano* Rn. 1, 3–6, zu *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08 – Y. Y./Türkei.

¹⁷¹⁷ *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 78 – Y. Y./Türkei.

¹⁷¹⁸ *Ibid.*, Rn. 79.

¹⁷¹⁹ *Ibid.*, Rn. 80.

(d) Verhältnismäßigkeit

Zur Notwendigkeit hatte der Kläger darauf hingewiesen, Art. 40 ZGB müsse im Lichte der sozialen, biologischen und wissenschaftlichen Realität ausgelegt werden.¹⁷²⁰ Viele Transsexuelle seien aber nicht fortpflanzungsunfähig. Keinesfalls sei die Frage der Fortpflanzung trivial. Es werde geleugnet, dass auch Transsexuelle einen Wunsch nach Kindern haben. Die individuellen Anforderungen und Bedürfnisse würden von Art. 40 ZGB nicht berücksichtigt. Außerdem sei kein Zeitraum für den Alltagstest oder Hormone genannt, man beziehe sich ausschließlich auf die Operation. Die Regierung berief sich auf den vom EGMR gewährten weiten Ermessensspielraum.¹⁷²¹ Die bisherige Rechtsprechung habe sich nur auf post-operative Transsexuelle bezogen. Selbstbestimmung sei zwar ein wichtiger Auslegungsaspekt, aber der EGMR habe nie ein Recht auf Selbstbestimmung an sich festgestellt.¹⁷²² Aus Art. 8 EMRK folge kein Recht auf uneingeschränkten Zugang zur Operation oder zur rechtlichen Anerkennung. Ferner seien die Ursachen für Transsexualität weiterhin ungeklärt. Letztlich sei auch der Konsens in den Mitgliedstaaten nicht groß genug, um die *margin of appreciation* weiter einzuschränken.¹⁷²³

Der EGMR stellte fest, dass die Freiheit, die Zugehörigkeit zu einem Geschlecht selbst zu bestimmen, eines der wichtigsten Elemente der Selbstbestimmung darstellt.¹⁷²⁴ Er erinnert und bekräftigt, dass er in der Vergangenheit mehrfach die Ernsthaftigkeit der Probleme von Transsexuellen und die Wichtigkeit betont habe, weiterhin die Notwendigkeit und Angemessenheit von rechtlichen Maßnahmen zu überprüfen. In vielen Staaten bestehe die Möglichkeit operative Maßnahmen zur Geschlechtsangleichung vornehmen zu lassen. Ebenso bestehe in vielen Staaten die Möglichkeit zur rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität.¹⁷²⁵ Er stellte ferner fest, dass Staaten letztere Möglichkeit implizit oder explizit von einer chirurgischen Geschlechtsumwandlung und/oder der Unfähigkeit sich fortzupflanzen abhängig machen. Im Einklang mit dem Subsidiaritätsprinzip sei den Staaten ein weiter Ermessensspielraum zuzugestehen, nicht nur hinsichtlich der Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung, sondern auch in Bezug auf die Voraussetzungen für eine geschlechtsanpassende Operation.¹⁷²⁶ Andererseits habe der Gerichtshof bereits zuvor festgestellt, dass es weniger wichtig sei, ob ein Konsens hinsichtlich der rechtlichen und praktischen Lösung der Probleme bestehe als die Frage, ob ein klarer unbestrittener internationaler Trend der wachsenden sozialen Anerkennung von Transsexuellen und der rechtlichen Anerkennung von post-operativen Transsexuellen bestehe.¹⁷²⁷ Das Recht von Transsexuellen, wie ihre Mitbürger ein Recht

¹⁷²⁰ EGMR, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 81–87 – Y. Y./Türkei.

¹⁷²¹ *Ibid.*, Rn. 88–99.

¹⁷²² *Ibid.*, Rn. 92.

¹⁷²³ *Ibid.*, Rn. 97.

¹⁷²⁴ *Ibid.*, Rn. 102.

¹⁷²⁵ *Ibid.*, Rn. 105.

¹⁷²⁶ *Ibid.*, Rn. 106–107.

¹⁷²⁷ *Ibid.*, Rn. 108.

auf persönliche Entwicklung und Achtung ihrer körperlichen und seelischen Unversehrtheit zu haben, könne nicht als umstrittene Frage gesehen werden. Der EGMR verweist auf die Empfehlung des Ministerkomitees von 2010, in welcher dieser dazu auffordert, die Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung, einschließlich denen zur physischen Veränderung, regelmäßig hinsichtlich ihrer Verhältnismäßigkeit neu zu evaluieren.¹⁷²⁸ Außerdem hätten einige Mitgliedstaaten ihre Gesetze oder praktische Handhabung für geschlechtsangleichende Operationen und für die rechtliche Anerkennung kürzlich geändert und das Erfordernis der Unfruchtbarkeit gestrichen. Insofern sei es zweckmäßig, auf die Besonderheiten des türkischen Rechts auf diesem Gebiet einzugehen. Das Vorziehen des Erfordernisses der Sterilität in der Türkei sei eine Ausnahme im Vergleich zu den anderen Staaten. Der Kläger habe schon seit langer Zeit ein Leben als Mann geführt, was auch von Psychologen bescheinigt wurde. Die Gerichte hätten ihre ursprüngliche Verweigerung der Genehmigung nur damit begründet, dass er nicht gebärfähig sei. Dem Gerichtshof fiel allerdings keine Erklärung dafür ein, warum eine Person, die eine Geschlechtsumwandlung vornehmen will, vor dem operativen Eingriff ihre Fortpflanzungsunfähigkeit nachweisen sollte.¹⁷²⁹ Anders als die Regierung behauptete, sei nicht erkenntlich, wie der Beschwerdeführer diesem Erfordernis anders nachkommen sollte als durch eine Sterilisation.¹⁷³⁰ Der EGMR verzichtete auf weitere Erörterungen zum (Nicht-)Zugang zu medizinischen Maßnahmen, welche es ermöglicht hätten, das Erfordernis zu erfüllen.¹⁷³¹ Der EGMR war nämlich der Ansicht, dass der Grundsatz der Achtung der körperlichen Integrität es für den Beschwerdeführer ausschloss, sich derartigen Maßnahmen zu unterwerfen. Der relevante Grund für die Zurückweisung des Antrags sei nicht ausreichend und der Eingriff in das Recht auf Achtung des Privatlebens in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig.¹⁷³² Dass auch das nationale Gericht seine Meinung geändert habe, unterstütze dieses Ergebnis.

(3) Fazit

Ein Sterilisationserfordernis verstößt nach der Rechtsprechung des EGMR gegen Art. 8 EMRK. Nach obiger Erläuterung spricht daneben auch einiges für einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK, außerdem sind Art. 12 und Art. 14 EMRK unter dem Aspekt des Rechts auf Fortpflanzung betroffen. Wenn Transsexuelle trotz einer rechtlichen Änderung ihres Geschlechts Kinder gebären oder zeugen können, mag dies eine Herausforderung für das traditionelle Verständnis von biologischer Elternschaft darstellen und die Notwendigkeit einer Anpassung des nationalen Rechts

¹⁷²⁸ IV. Right to respect for private and family life, Nr. 20.

¹⁷²⁹ *EGMR*, UrT. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 116 – Y. Y./Türkei.

¹⁷³⁰ *Ibid.*, Rn. 118.

¹⁷³¹ *Ibid.*, Rn. 119.

¹⁷³² *Ibid.*, Rn. 121. Zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK kamen auch: *Will*, Das Gespenst im Zivilgesetzbuch, in: Mansel/Pfeiffer (Hrsg.), Festschrift für Jayme, 2004, S. 1625 (); *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 78.

zur Folge haben. Dass diese Herausforderung nicht unüberwindbar ist, zeigen jedoch praktische Beispiele aus mehreren Ländern. Beispielsweise wurden in Dänemark im Zuge der Abschaffung der Sterilitätsvoraussetzung das Gesetz zum Gesundheitsweisen und das Gesetz zur unterstützten Fortpflanzung angepasst. Sofern relevant, wurde das Wort „Frau“ durch „schwanger“ oder „die schwangere Person“ ersetzt.¹⁷³³ Ein geschlechtsneutrales Verständnis von Eltern-, Mutter- und Vaterschaft erscheint nicht nur möglich, sondern angesichts der Realität, in der es bereits erste gebärende Väter gibt, auch notwendig.¹⁷³⁴ Auf die Elternschaft von Transsexuellen wird später noch ausführlicher eingegangen.

cc. EU

Die Grundrechte der Charta binden gem. Art. 51 I 1 zum einen die Union und ihre Stellen (ohne Erweiterung ihrer Zuständigkeit und Aufgaben, vgl. insb. Art. 51 II GR-Charta). Zum anderen werden – soweit es um die Durchführung von Unionsrecht geht¹⁷³⁵ – die Mitgliedstaaten und deren Stellen verpflichtet. Ähnlich wie bei Art. 2 EMRK schützt auch Art. 2 I GR-Charta materiell die biologisch-physische Existenz des Einzelnen (vom Zeitpunkt seines Entstehens bis zu seinem Tod) vor Beeinträchtigungen lebensvernichtender Art¹⁷³⁶ und ist damit vorliegend nicht relevant. In Betracht kommen jedoch Art. 3, 4, 7 und 9 der GR-Charta.

(1) Art. 3 GR-Charta

Art. 3 GR-Charta schützt als ausdrückliches Recht auf körperliche Unversehrtheit den Grundrechtsberechtigten vor (un-)mittelbaren Beeinträchtigungen bzw. Veränderungen seiner biologisch-physischen Substanz und Gestalt sowie seine psychische Gesundheit.¹⁷³⁷ Da die EMRK und ihre Protokolle kein ausdrückliches Grundrecht auf Achtung der körperlichen Unversehrtheit kennen, dürften Auslegung und Anwendung sich an den parallelen Regelungen der mitgliedstaatlichen Verfassungen orientieren (vgl. Art. 52 IV GR-Charta).¹⁷³⁸ Somit steht dem EuGH ein größerer Auslegungsspielraum zu, als bei den Grundrechten, die direkt an die EMRK

¹⁷³³ Vgl. <http://www.ft.dk/samling/20131/lovforslag/l189/index.htm> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022). Ähnliches auch geplant in Schweden: *VwGH Stockholm*, Ur. v. 19.12.2012 – Fallnr. 1968-12 (www.tgeu.org/wp-content/uploads/2015/01/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_EN.docx [S. 4]; http://www.tgeu.org/sites/default/files/Sweden_Sterilisation_verdict_19_12_2012_SE.pdf [zuletzt aufgerufen 03.02.2016]).

¹⁷³⁴ So auch *Śledzińska-Simon*, Transgender Rights on the Move, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 311–326.

¹⁷³⁵ Vgl. dazu die Entscheidung *EuGH*, Ur. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492 und D II 1 c sowie D II 3 b cc (6).

¹⁷³⁶ *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Rn. 55.

¹⁷³⁷ *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Rn. 59; *Jarass*, *Charta der GR der EU*, 2. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 2, 5; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 1, 36.

¹⁷³⁸ *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 33.

angelegt sind. Gleichzeitig sollte die Rechtsprechung des EGMR, welche den Schutz des „Privatlebens“ in Art. 8 I EMRK weit auslegt, sodass es die physische und psychische Integrität des Menschen umfasst, ausreichend Berücksichtigung finden.¹⁷³⁹

Von besonderer Bedeutung für die diskutierte Problematik ist der zweite Absatz:

(2) Im Rahmen der Medizin und der Biologie muss insbesondere Folgendes beachtet werden: a) die freie Einwilligung des Betroffenen nach vorheriger Aufklärung entsprechend den gesetzlich festgelegten Einzelheiten, b) das Verbot eugenischer Praktiken, insbesondere derjenigen, welche die Selektion von Menschen zum Ziel haben [...].

Der *informed consent* wird damit explizit zur Voraussetzung für medizinische Eingriffe gemacht und meint die Einwilligungserklärung, nach vorangegangener Aufklärung, in voller Kenntnis der Sachlage¹⁷⁴⁰. Durch den Zusatz „entsprechend den gesetzlich festgelegten Einzelheiten“ wird es dem im Einzelfall zuständigen unionalen oder Mitgliedstaatlichen Gesetzgeber überlassen, die Details der näheren Ausgestaltung des Ver- und Gebots zu regeln.¹⁷⁴¹

Eugenische Praktiken mit dem Ziel der Selektion von Menschen sind in der GR-Charta ausdrücklich verboten. Zur Rechtfertigung der Sterilisierung als Voraussetzung für die rechtliche Änderung des Geschlechtseintrags, werden verschiedene damit verfolgte Ziele angebracht. Ausdrücklich dürfte kein Staat argumentieren, dass transsexuelle Menschen sich aufgrund ihrer Transsexualität nicht fortpflanzen sollten, weil ihre Kinder ebenfalls transsexuell oder homosexuell sein könnten. Dass sich dieser Gedanke hinter der Voraussetzung zumindest teilweise verbürgt, ist jedoch nicht völlig abwegig.¹⁷⁴² Es stellt sich die Frage, ob solche Praktiken von Art. 3 I b GR-Charta umfasst sein sollen, die (auch) legitime Ziele verfolgen und die Selektion nur mittelbar bewirken. Den Erläuterungen zur Charta zufolge sollen vom Verbot eugenischer Praktiken Selektionsprogramme umfasst sein, die beispielsweise Sterilisierungskampagnen, erzwungene Schwangerschaften oder die Pflicht, den Ehepartner in der gleichen Volksgruppe zu wählen enthalten.¹⁷⁴³ Für dieses Verständnis der Vorschrift spricht, dass in den Erläuterungen explizit auf Art. 7 I g des Status des Internationalen Gerichtshofs vom 17.07.1998 Bezug

¹⁷³⁹ *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 34.

¹⁷⁴⁰ *EnGH*, Urt. v. 09.10.2001, Rs. 377/98 – Königreich der Niederlande/Europäisches Parlament u. Rat der EU, Slg. 2001, I-7079, Rn. 78.

¹⁷⁴¹ *Voet van Vormisgele*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 3. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 7; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 43.

¹⁷⁴² Vgl. z.B. *Whittle*, Respect and equality: Transsexual and transgender rights, 2002, S. 161–173.

¹⁷⁴³ *Charta-Erläuterungen*, ABl 2007 C 303/18; *Nowak*, Article 3, in: EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, S. 39 f.

genommen wird.¹⁷⁴⁴ Handlungen dieser Art werden dort als internationale Verbrechen betrachtet.¹⁷⁴⁵ Hieraus könnte man schließen, dass eine gewisse Relevanzschwelle erreicht werden muss, damit eugenische Praktiken vom Verbot umfasst sind.¹⁷⁴⁶ Gleichzeitig bedeutet es aber nicht, dass der Schweregrad der aufgezählten Fallbeispiele erreicht werden muss.¹⁷⁴⁷ In jedem Fall ist das Element des Zwangs erforderlich.¹⁷⁴⁸ Gemeint sind nur solche Zwangsmaßnahmen, die staatlicherseits organisiert, angeordnet oder zumindest geduldet werden.¹⁷⁴⁹

Eingriffe in das Recht auf Unversehrtheit sind unter den Voraussetzungen des Art. 52 I GR-Charta möglich.¹⁷⁵⁰ Notwendig ist zunächst eine gesetzliche Grundlage, die hinreichend bestimmt formuliert sein muss. Zulässige Einschränkungsziele müssen gem. Art. 52 I 2 GR-Charta von der Union anerkannte, dem Gemeinwohl dienende Zielsetzungen sein oder dem Schutz der Rechte und Freiheiten anderer dienen. Außerdem müsste der Eingriff verhältnismäßig, also geeignet und erforderlich sein und in einem angemessenem Verhältnis zu den angestrebten Zielen stehen.¹⁷⁵¹ Anhand dieser Beispiele wird der Charakter von Art. 3 GR-Charta als Abwehrrecht gegen Eingriffe durch die Hoheitsgewalt deutlich.¹⁷⁵² Da es der EU jedoch an Kompetenzen auf den Gebieten der Medizin und Biologie fehlt und es beispielsweise kein europäischer Strafvollzug oder Klinikwesen existiert, dürfte dieser Aspekt vorerst nur geringe Bedeutung haben.¹⁷⁵³

¹⁷⁴⁴ *Charta-Erläuterungen*, ABI 2007 C 303/18; *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Rn. 62. Vgl. auch *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 37, 44.

¹⁷⁴⁵ Zur Kritik am Begriff der Eugenetik, da diese sich auf die generationsübergreifende Optimierung des menschlichen Genpools bezieht, und Art. 7 I g ICC-Statut massive Formen sexueller Gewalt aufzählt, vgl. *Rixen*, in: Nowak/Heselhaus, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 1. Aufl. 2006, § 11 Rn. 31; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 44.

¹⁷⁴⁶ *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 44.

¹⁷⁴⁷ *Nowak*, Article 3, in: *EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, S. 40.

¹⁷⁴⁸ *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 44.

¹⁷⁴⁹ *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Rn. 62; *Jarass*, *Charta der GR der EU*, 2. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 15; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 44 m.w.N.

¹⁷⁵⁰ *Rixen*, in: Nowak/Heselhaus, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 1. Aufl. 2006, § 11 Rn. 28.

¹⁷⁵¹ *Jarass*, *Charta der GR der EU*, 2. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 13.

¹⁷⁵² *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 38.

¹⁷⁵³ Vgl. *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 38; *Rixen*, in: Nowak/Heselhaus, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 1. Aufl. 2006, § 11 Rn. 35.

(2) Art. 4 GR-Charta

Art. 4 GR-Charta enthält ein Verbot der Folter und der unmenschlichen bzw. erniedrigenden Strafen sowie Behandlungen. In das Grundrecht kann dadurch eingegriffen werden, dass ein Grundrechtsverpflichteter eine der verbotenen Handlungen vornimmt, unterstützt oder fördert – insofern stellt Art. 4 GR-Charta ein Abwehrrecht dar.¹⁷⁵⁴ Eine von einer Privatperson vorgenommene Handlung, welche von den Grundrechtsverpflichteten geduldet wird, ist zwar kein Eingriff, allerdings kommt hier die ebenfalls enthaltene Schutzpflicht zum Tragen.¹⁷⁵⁵ In den Erläuterungen zur GR-Charta wird Art. 4 GR-Charta explizit auf Art. 3 EMRK gestützt, sodass sich die Bedeutung und Tragweite von Art. 4 GR-Charta nach Art. 3 EMRK richtet (Art. 52 III 1 GR-Charta).¹⁷⁵⁶ Der Schutz der GR-Charta kann jedoch über den der EMRK hinausgehen (Art. 52 III 2 GR-Charta). Da der EuGH sich bisher nicht umfassend mit der Folterproblematik auseinandersetzen musste, dürfte der EuGH die umfassende Rechtsprechung des EGMR bezüglich des sachlichen Gewährleistungsanspruchs zu Grunde legen.¹⁷⁵⁷ Folglich kann an dieser Stelle hinsichtlich Schutzbereich und Eingriff auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.¹⁷⁵⁸

(3) Art. 7 GR-Charta

Hinsichtlich Art. 7 GR-Charta wird in den Charta-Erläuterungen festgehalten, dass dessen Rechte den Rechten entsprechen, die durch Art. 8 EMRK garantiert werden.¹⁷⁵⁹ Gem. Art. 52 III 1 GR-Charta haben sie grundsätzlich die gleiche Bedeutung und Tragweite. Auch der Rechtsprechung des EGMR zur Achtung des Privatlebens kommt große Bedeutung zuteil. Soweit der EGMR den Schutz des Privatlebens auf Bereiche erstreckt, für die in der Charta spezielle Grundrechte enthalten sind, besteht kein Anwendungsbereich für Art. 7 GR-Charta.¹⁷⁶⁰ Da die körperliche Unversehrtheit bereits explizit von Art. 3 GR-Charta geschützt wird, bedarf es keiner extensiven Auslegung von Art. 7 GR-Charta. Unter dem Aspekt der Selbstbestimmung und Lebensführung können sich transidente Menschen auf Art. 7 GR-Charta und ihr Recht auf vollständige Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität

¹⁷⁵⁴ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 6.

¹⁷⁵⁵ „Was die praktische Entfaltung des Folterverbots der Charta anbetrifft, so steht die vom Grundrecht konvent gewünschte Signal- und Außenwirkung im Mittelpunkt.“, *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 4 Rn. 24.

¹⁷⁵⁶ *Charta-Erläuterungen*, ABI 2007 C 303/18.

¹⁷⁵⁷ *Bungenberg*, in: Nowak/Heselhaus, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Aufl. 2006, § 12 Rn. 9–11.

¹⁷⁵⁸ Vgl. die Kommentarliteratur, die sich fast ausschließlich auf den EGMR oder die zur EMRK gehörende Literatur bezieht: *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 4 Rn. 6–14; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 4 Rn. 13–23; *Bungenberg*, in: Nowak/Heselhaus, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Aufl. 2006, § 12 Rn. 21–38.

¹⁷⁵⁹ Vgl. *Angsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 2.

¹⁷⁶⁰ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 2.

berufen.¹⁷⁶¹ Der Begriff des Familienlebens ist in Entsprechung zu Art. 8 EMRK ebenfalls weit zu verstehen.¹⁷⁶² Die Rechtfertigung von Einschränkungen ist auf der Grundlage von Art 52 I GR-Charta möglich. Wegen Art. 52 III 1 GR-Charta müssen außerdem die Vorgaben des Art. 8 II EMRK beachtet werden (gesetzliche Grundlage, Bestimmtheit, Zugänglichkeit, dort genannte Ziele).¹⁷⁶³ Bisher hat der EuGH zwar häufig seine allgemeine Rechtfertigungsformel angewandt, hat aber die speziellen Schranken des Art. 8 II EMRK nicht gänzlich ausgebildet.¹⁷⁶⁴ Daher kann an dieser Stelle hinsichtlich Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

(4) Art. 9 GR-Charta

Art. 9 GR-Charta wird in den Erläuterungen zur Charta ebenfalls auf die Regelung des Art. 12 EMRK gestützt, sodass auch hier Art. 52 III 2 GR-Charta gilt.¹⁷⁶⁵ Schutzgegenstand des Art. 7 GR-Charta ist die bereits vorhandene Familie, Art. 9 GR-Charta hingegen bezieht sich auf die Phase ihrer Gründung. Die Eheschließungs- und Familiengründungsfreiheit wurden in Art. 9 GR-Charta überzeugend entkoppelt.¹⁷⁶⁶ In das Recht auf Familiengründung kann bspw. durch Zwangssterilisation eingegriffen werden.¹⁷⁶⁷ Bei ausreichendem Gewicht werden auch Beeinträchtigungen mittelbarer Art umfasst.¹⁷⁶⁸ Auch an dieser Stelle kann hinsichtlich Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

¹⁷⁶¹ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 8, 16; *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 5.

¹⁷⁶² *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 6. Nach *Jarass* ist (ohne weitere Begründung) für die Gründung einer Familie allein Art. 9 einschlägig, wo der Begriff der Familie sehr viel enger ausfalle; vgl. *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 7 Rn. 20, Art. 9 Rn. 7. Dass die GR-Charta an dieser Stelle hinter der EMRK (in der sich Unverheiratete zwar nicht auf Art. 12 EMRK, aber auf Art. 8 EMRK und die Achtung ihres Privatlebens berufen können, wenn es um ihr Recht geht Kinder zu bekommen) zurückbleiben sollte, erscheint unbegründet.

¹⁷⁶³ *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 18.

¹⁷⁶⁴ *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 7 Rn. 18; *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 13.

¹⁷⁶⁵ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 1.

¹⁷⁶⁶ *Marauhn*, in: Nowak/Heselhaus, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Aufl. 2006, § 20 Rn. 22.

¹⁷⁶⁷ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 9.

¹⁷⁶⁸ *Ibid.*; *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 9 Rn. 11.

(5) Art. 21 GR-Charta

Ebenfalls zu berücksichtigen ist das Diskriminierungsverbot, Art. 21 GR-Charta Grundrechtsträger sind alle Personen, die eines der Merkmale des Art. 21 I GR-Charta erfüllen. Die Vorschrift kommt zur Anwendung, wenn eine Regelung auf eines der genannten Merkmale ausdrücklich oder implizit abstellt (unmittelbare oder offene Ungleichbehandlung).¹⁷⁶⁹ Sie kommt außerdem sowohl dann zur Anwendung, wenn die Ungleichbehandlung gezielt, etwa im Interesse einer benachteiligten Gruppe erfolgt als auch bei versteckten, mittelbaren Diskriminierungen.¹⁷⁷⁰ Im nächsten Schritt muss die Ungleichbehandlung zwei vergleichbare Sachverhalte berühren und von der gleichen Stelle vorgenommen worden sein.¹⁷⁷¹ Die bisherigen drei Urteile des EuGH bezogen sich auf Diskriminierungen und nicht auf Freiheitsrechte. Sie ergingen nicht zur GR-Charta.¹⁷⁷² Dennoch lassen sich den Entscheidungen Werturteile entnehmen. Zum einen ist mit dem Inkrafttreten der GR-Charta und dessen Art. 52 III die grundsätzliche Anerkennung eines Rechts auf Achtung der Geschlechtsidentität vorgegeben. Zum anderen kann davon ausgegangen werden, dass die Ergebnisse zur Diskriminierung aufgrund des Geschlechts auf Art. 21 GR-Charta übertragen werden können.¹⁷⁷³ Aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich der Schutz jedoch bisher ausdrücklich nur für post-operative Transsexuelle.

Eine Diskriminierung ist nur dann unzulässig, wenn die Ungleichbehandlung nicht auf einem ausreichenden Grund basiert. Wenn für die Ungleichbehandlung eine objektive und angemessene Rechtfertigung besteht, liegt keine Verletzung vor. Ob Art. 52 I GR-Charta anwendbar ist und die Ungleichbehandlung einer gesetzlichen Grundlage bedarf, ist noch nicht klar. Ihre Notwendigkeit ist aber bei offenen/unmittelbaren Ungleichbehandlungen zu bejahen.¹⁷⁷⁴ Als legitimes Ziel kann jeder Gemeinwohlbelang herangezogen werden. Weiterhin muss die Ungleichbehandlung angemessen und erforderlich, also verhältnismäßig sein.¹⁷⁷⁵ Das heißt die Ungleichbehandlung müsste zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet und erforderlich sein und zur Ungleichbehandlung in einem angemessenen Verhältnis

¹⁷⁶⁹ *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 21 Rn. 36 ff; *Lemke*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 21 Rn. 6.

¹⁷⁷⁰ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 21 Rn. 10; *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 21 Rn. 36 ff; *Lemke*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 21 Rn. 6 f.

¹⁷⁷¹ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 21 Rn. 12, 14.

¹⁷⁷² Vgl. dazu D I 1 c.

¹⁷⁷³ Ohne weitere Begründung davon ausgehend: *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 21 Rn. 19 m.w.N.; *Hölscheidt*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 21 Rn. 40; *Lemke*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 21 Rn. 9.

¹⁷⁷⁴ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 21 Rn. 26; *Lemke*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 21 Rn. 21.

¹⁷⁷⁵ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 22.11.2005, Rs. C-144/04 – Mangold, Slg. 2005, I-9981, Rn. 65.

stehen.¹⁷⁷⁶ Der Prüfungsmaßstab variiert in der Verhältnismäßigkeit. Bei Merkmalen, deren Nichtbeachtung die Würde des Menschen tangiert, ist jedoch ein strenger Maßstab angebracht. Da Art. 21 I GR-Charta Minderheiten schützen soll, ist eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung aufgrund der Geschlechtsidentität mit einer in der Union vorherrschenden Vorstellung kaum möglich.¹⁷⁷⁷ An dieser Stelle sei hinsichtlich der Verhältnismäßigkeitsprüfung ein letztes Mal auf die obigen Ausführungen verwiesen.

(6) Rückschluss aus *MB v Secretary of State for Work and Pensions*

Alle vier Urteile des EuGH zur Transsexualität ergingen gegen das Vereinigte Königreich. Mittlerweile hat sich die Rechtslage im Vereinigten Königreich geändert, seit 2005 gibt es den *Gender Recognition Act 2004* und das Gesetz von 2013 über die gleichgeschlechtliche Ehe (*Marriage [Same Sex Couples] Act 2013*) trat am 10.12.2014 in Kraft und erlaubt gleichgeschlechtlichen Paaren mittlerweile die Eheschließung. Sein Schedule 5 änderte Section 4 des *Gender Recognition Act 2004*: Die Ausschüsse für die Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit müssen nunmehr jedem verheirateten Antragsteller eine vollständige Bescheinigung über die Anerkennung der neuen Geschlechtszugehörigkeit erteilen, wenn dessen Ehepartner zustimmt. Insofern ist das Urteil *MB*, wie bereits die Entscheidung *Richards*, für das Vereinigte Königreich selbst von geringer Bedeutung. Allerdings geht die Bedeutung über den konkreten Fall hinaus. Zwar erkennt der EuGH grundsätzlich an, dass das Personenstandsrecht und die Voraussetzungen für die rechtliche Geschlechtsänderung in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fallen. Allerdings lässt sich Folgendes aus der Entscheidung herauslesen: Der EuGH geht allgemein davon aus, dass wenn Personen Rechte in Anspruch nehmen möchten, die in den Geltungsbereich des Rechts der EU fallen, die von den Mitgliedstaaten festgelegten Bedingungen für die Anerkennung im Geschlecht mit EU-Recht vereinbar sein müssen.¹⁷⁷⁸ Im ersten Schritt bestimmen die nationalen Voraussetzungen für die Geschlechtsänderung unmittelbar welches rechtliche Geschlecht vorliegt, sofern im zweiten Schritt das Geschlecht unmittelbare Voraussetzung für den Zugang zu Leistungen der sozialen Sicherheit ist (welche in den Anwendungsbereich des EU-Rechts fallen) sind diese nationalen Voraussetzungen überprüfbar und im dritten Schritt eine unmittelbare Diskriminierung.

Konkret stellte in *MB* die Voraussetzung der Ehelosigkeit für das Rentenalter, also eine Zwangsscheidung, ein Verstoß gegen das EU-Recht dar. Ebenfalls einen Verstoß könnte es aber auch darstellen, die Altersrente unter die Bedingung einer

¹⁷⁷⁶ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 21 Rn. 28.

¹⁷⁷⁷ Vgl. zur Ungleichbehandlung aufgrund der sexuellen Orientierung *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 21 Rn. 30.

¹⁷⁷⁸ Da es in der Rechtssache *MB* konkret um den Zugang zur Rente und daher die Vereinbarkeit mit einer Richtlinie, einem Sekundärrechtsakt der Union, ging, kam es auf die Grundrechte nicht an. Vgl. dazu *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – *MB/Secretary of State*, ECLI:EU:C:2018:492, Schlussanträge v. 05.12.2017, Rn. 96 ff.

Sterilisation, eine Altersgrenze oder ähnliches zu stellen. Laut EuGH gilt die Richtlinie auch für Diskriminierungen, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung einer Person haben¹⁷⁷⁹. Dabei kann nicht die Geschlechtsumwandlung nach nationalem Recht gemeint sein, da sonst das nationale Recht die Anwendbarkeit der Richtlinie bestimmen würde. Der EuGH geht daher für die Anwendbarkeit dann von einer Geschlechtsumwandlung aus, wenn eine Person während eines erheblichen Zeitraums in einer anderen Geschlechtszugehörigkeit als der bei ihrer Geburt eingetragenen gelebt und sich einer operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen hat.¹⁷⁸⁰ Ob daraus zu schließen ist, dass die Voraussetzung einer operativen Geschlechtsanpassung unionsrechtskonform ist oder es sich nur um eines der Merkmale handelt, bei denen zwingend eine Geschlechtsumwandlung anzunehmen ist, ergibt sich weder ausdrücklich aus der Entscheidung, noch aus dem Wortlaut.¹⁷⁸¹

c. Zusammenfassung Geschlechtsangleichende Operation und Sterilisation

Sowohl eine allgemeinere Operationspflicht als auch die Voraussetzung einer dauerhaften Sterilität sind mit den Grund- und Menschenrechten der betroffenen Transsexuellen nicht vereinbar.¹⁷⁸² Während das BVerfG vor allem auf das Kindeswohl und die Abstammung abstellte, fokussierte der EGMR sich auf die physische Integrität des Einzelnen. EGMR und BVerfG erkannten beide, dass den Betroffenen ein Entscheidungszwang auferlegt wird, der zwei fundamentale Rechte betrifft. Die Ausübung des einen Rechts konnte nur unter der Aufgabe des anderen Rechtes erfolgen, wobei es sich letztlich um eine vollständige Aufopferung des einen Rechts zugunsten des anderen handelte, nicht bloß um eine Berührung des anderen Grundrechtsbereichs. Voraussetzungen, die das Recht auf Fortpflanzung ausschließen oder in die körperliche Integrität eingreifen, können nicht gerechtfertigt werden. Ihre Rechtfertigung mit der Aufrechterhaltung von binären-Standards ist mit der zunehmenden Anerkennung von Intersexualität und der Tatsache, dass es mehr als zwei Geschlechter gibt, immer weniger haltbar.¹⁷⁸³

¹⁷⁷⁹ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 35.

¹⁷⁸⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 35.

¹⁷⁸¹ Im Deutschen “[...]ist für die Anwendung der Richtlinie 79/7 von einer Geschlechtsumwandlung auszugehen, wenn eine Person während eines erheblichen Zeitraums in einer anderen Geschlechtszugehörigkeit als der bei ihrer Geburt eingetragenen gelebt und sich einer operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen hat.“ In der englischen Originalsprache „[...] persons who have lived for a significant period as persons of a gender other than their birth gender and who have undergone a gender reassignment operation *must be* considered to have changed gender.“ (Hervorhebung durch Verfasserin).

¹⁷⁸² Zuletzt beurteilte dies der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte, *Transgender Europe and ILGA-Europe v. the Czech Republic* Complaint No. 117/2015.

¹⁷⁸³ Vgl. *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, 2015, S. 613–663 (648).

4. Ehe und Partnerschaft: Hindernis, Verlust, Anspruch und Rechtsfolgen

Wie zuvor festgestellt, ist im Zusammenhang mit Transidentität das Familienrecht eines der wichtigsten Rechtsbereiche. Neben der Frage, wie sich das Verhältnis zu eigenen Kindern gestaltet und wie es sich mit Adoptionen verhält, geht es primär um die Möglichkeit der rechtlichen Absicherung einer Partnerschaft. Art. 8 EMRK enthält neben dem Recht auf Achtung des Privatlebens auch das Recht auf Achtung des Familienlebens und Art. 12 EMRK gewährt Männern und Frauen das Recht auf Eheschließung. Auch das GG schweigt hierzu nicht, sondern stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung, Art. 6 GG. Ausgangspunkt aller Problematik ist die in einigen Staaten vertretene Auffassung, dass die grundrechtlich geschützte Ehe ausschließlich zwischen Menschen unterschiedlichen Geschlechts geschlossen werden darf, also zwischen Mann und Frau. Eine gleichgeschlechtliche homosexuelle Beziehung habe hingegen nichts mit der Ehe zu tun, sondern könne nur über ein anderes rechtliches Konstrukt abgesichert werden. Im deutschen Recht war dies die eingetragene Lebenspartnerschaft.¹⁷⁸⁴ In anderen Ländern heißt sie beispielsweise registrierte Partnerschaft. Die Ehe kann insofern „als Kernprojekt der polaren Zweigeschlechtlichkeit bezeichnet werden“.¹⁷⁸⁵

a. Die Ehe, die registrierte Partnerschaft und das Prinzip der Geschlechtsverschiedenheit

Das Prinzip der Geschlechtsverschiedenheit als Grundvorstellung und Voraussetzung der Ehe war bis vor einigen Jahren nicht nur in Europa, sondern weltweit eine Selbstverständlichkeit.¹⁷⁸⁶ Die Niederlande waren 2001 das erste Land, das die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare öffnete. Seitdem sind viele weitere Staaten diesem Vorbild gefolgt, teilweise ging mit der Änderung der zivilrechtlichen Vorschriften eine Verfassungsänderung einher.¹⁷⁸⁷ Die geschlechtsneutrale Ehe wurde in den folgenden Jahren zunächst in Belgien (2003), Spanien (2005), Norwegen (2009), Schweden (2009), Portugal (2010), Island (2010), Dänemark (2012), Frankreich (2013), Schottland, England und Wales (2014), Luxemburg, Irland und Slowenien (2015) eingeführt und zuletzt auch in Finnland (2017), Deutschland (2017) und

¹⁷⁸⁴ Vgl. „Zwei Personen gleichen Geschlechts [...]“ § 1 I Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft (Lebenspartnerschaftsgesetz - LPartG) v. 16.02.2001, zuletzt geändert durch Art. 2 G zur Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Sukzessivadoption durch Lebenspartner v. 20.06.2014 (BGBl. I S. 786).

¹⁷⁸⁵ *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger Frauenstudien, *Queering Gender* 2005, S. 115–140 (122).

¹⁷⁸⁶ Vgl. *Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 9.

¹⁷⁸⁷ Vgl. näher und umfassend zu den einzelnen Ländern, die jeweiligen Berichte in *Rieck* (Hrsg.), *Ausländisches Familienrecht*, 12. EGL 2014 und *Siß/Ring*, *Eherecht in Europa*, 2. Aufl. 2012.

Österreich (2018/2019).¹⁷⁸⁸ In einzelnen Ländern im Osten Europas (Ungarn, Slowakei, Kroatien) fand hingegen kürzlich eine Kodifizierung der Definitionen der Ehe als Vereinigung von Mann und Frau statt.¹⁷⁸⁹

In vielen Ländern Europas wurde ein Rechtsrahmen neben der Ehe geschaffen: die registrierte Partnerschaft. Dabei unterscheiden sich die einzelnen Regelungen nicht nur hinsichtlich der Rechtsfolgen, sondern vor allem auch bezüglich der grundlegenden Frage, ob das neu geschaffene Rechtsinstitut nur von gleichgeschlechtlichen Paaren eingegangen werden kann oder unabhängig vom Geschlecht der Partner allen Lebensgemeinschaften offensteht.¹⁷⁹⁰ Hinsichtlich der Rechtsfolgen verweisen einige Staaten in einem bestimmten Umfang auf die Wirkungen eines Eheschlusses. In anderen Ländern bleiben die Rechtsfolgen weit hinter denen einer Ehe zurück.

Bereits 1989 wurde in Dänemark als erstem Land die *registrierte Partnerschaft* für *gleichgeschlechtliche Paare eingeführt*.¹⁷⁹¹ Es folgten Norwegen, Deutschland, Schweden, Island, Finnland und England.¹⁷⁹² In ihren Rechtsfolgen gleicht die Partnerschaft weitgehend der Ehe.¹⁷⁹³ Eine der Ehe im Wesentlichen gleichgestellt *registrierte Partnerschaft* für *gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare* gibt es bereits seit 1998 in den Niederlanden und wurde 2014 auch in Malta eingeführt.¹⁷⁹⁴ Wie eben erwähnt, können gleichgeschlechtliche Paare in Norwegen, Schweden, Island, Finnland und England inzwischen auch heiraten und bereits registrierte Partnerschaften können in eine Ehe umgewandelt werden. In Dänemark wurde hingegen mit der Öffnung der Ehe die registrierte Partnerschaft 2012 wieder abgeschafft. Gleichgeschlechtliche registrierte Partner können vermehrt die Stiefkindadoption und die gemeinschaftliche Adoption vornehmen, auch eine Beteiligung am Sorgerecht ist zunehmend vorgesehen und eine künstliche Befruchtung der Partnerin kann abstammungsrechtliche Folgen haben.¹⁷⁹⁵ Zurückhaltend in ihren Rechtsfolgen, verglichen mit der Ehe, sind die Partnerschaftsgesetze für gleichgeschlechtliche Paare beispielsweise in der Schweiz, der Tschechischen Republik, Ungarn und Kroatien.¹⁷⁹⁶ Die registrierte

¹⁷⁸⁸ Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 3 Rn. 60; Theile, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 229; Scherpe, Die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Vergleich, FPR 2010, S. 211–213 (212).

¹⁷⁸⁹ Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 3 Rn. 60.

¹⁷⁹⁰ Für einen Verstoß gegen die EMRK, wenn gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe und die eingetragene Partnerschaft offen stehen, verschiedengeschlechtlichen Paaren aber nur die Ehe: Heiderhoff, Ehevoraussetzungen in Europa, StAZ 2017, S. 193–201 (195).

¹⁷⁹¹ Heiderhoff, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.11.2017 Ed. 48, Art. 17 b EGBGB Rn. 4.

¹⁷⁹² Zu England und dem *civil partnership* vgl. Theile, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 225–226.

¹⁷⁹³ Heiderhoff, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.11.2017 Ed. 48, Art. 17 b EGBGB Rn. 4 f. Für einen internationalen Vergleich siehe auch Scherpe, Die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Vergleich, FPR 2010, S. 211–213.

¹⁷⁹⁴ Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 7 Rn. 44.

¹⁷⁹⁵ *Ibid.*, § 7 Rn. 40.

¹⁷⁹⁶ Mit Details: Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 7 Rn. 41.

Partnerschaft für *gleich-* und *verschiedengeschlechtliche Paare* gibt es u.a. in Frankreich, Belgien und Luxemburg, wobei diese *in ihrer Rechtswirkung vergleichsweise schwach ist*. Die registrierten Partnerschaften können beispielsweise durch einseitige Erklärung oder durch Eheschließung aufgelöst werden und regeln die gegenseitige persönliche und vor allem finanzielle Unterstützung während des Zusammenlebens.¹⁷⁹⁷

Immer weniger Staaten in Europa sehen keine registrierte Partnerschaft vor. Der EGMR vermerkte in der Entscheidung *Schalk und Kopf*, dass gleichgeschlechtliche Partnerschaften nicht nur unter dem Schutz des Privat- sondern auch des Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK stehen.¹⁷⁹⁸ Da Österreich zum Zeitpunkt der Entscheidung 2010 bereits das Eingetragene-Partnerschaft-Gesetz verabschiedet hatte, konnte der EGMR offenlassen, ob das Fehlen einer rechtlichen Anerkennung eine Diskriminierung für gleichgeschlechtliche Paare gem. Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK bedeutet.¹⁷⁹⁹ Explizit stellte der EGMR das Entstehen eines europäischen Konsenses hinsichtlich der rechtlichen Anerkennung gleichgeschlechtlicher Paare fest. Allerdings bestehe ein solcher Konsens derzeit noch nicht in ausreichender Form, sodass den Staaten ein Ermessensspielraum zukomme, zu welchem Zeitpunkt sie entsprechende Regelungen einführen.¹⁸⁰⁰ Bereits fünf Jahre später entschied der EGMR in *Oliari*, dass der italienische Gesetzgeber verpflichtet sei, einen rechtlichen Rahmen für die Anerkennung und den Schutz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften zu schaffen.¹⁸⁰¹ Zum Zeitpunkt des Urteils kannten 24 von 47 Mitgliedstaaten rechtliche Regeln zur Anerkennung und Absicherung der Beziehung, entweder durch die Ehe oder eine registrierte Partnerschaft.¹⁸⁰² Soweit sich die Beschwerde auf Art. 12 EMRK stützte, wies der EGMR sie zurück.¹⁸⁰³ Derzeit lasse sich noch keine Verpflichtung der Staaten aus der Vorschrift ableiten, gleichgeschlechtlichen Paaren das Eingehen einer Ehe zu ermöglichen.¹⁸⁰⁴ Der EGMR konstatierte die Entwicklung in einigen Europaratsstaaten die Ehe zu öffnen (zum Zeitpunkt des Urteils in 11 Mitgliedstaaten der Fall). Trotzdem halte er an seiner Praxis fest, dass kein ausreichender Konsens zwischen den Europaratsstaaten bestehe und diese Entscheidung der Beurteilung der einzelnen Staaten zu überlassen sei. Damit wächst der Druck auf diejenigen Staaten, die bisher keine Möglichkeit vorsehen, gleichgeschlechtliche Partnerschaften rechtlich anzuerkennen. In einigen Staaten (Estland, Italien, Griechenland und Zypern) gibt es Reformbestrebungen, insbeson-

¹⁷⁹⁷ Zu Frankreich und dem *pacte civil de solidarité*, vgl. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 226–227.

¹⁷⁹⁸ *EGMR (GK)*, Urt. v. 24.06.2010 - 30141/04, Rn. 94 – Schalk und Kopf/Österreich.

¹⁷⁹⁹ *Ibid.*, Rn. 106. Vgl. dazu die spätere Erläuterung *EGMR*, Urt. v. 21.07.2015 - 18766/11 und 36030/11, Rn. 163 – Oliari u. a./Italien.

¹⁸⁰⁰ *EGMR (GK)*, Urt. v. 24.06.2010 - 30141/04, Rn. 105 – Schalk und Kopf/Österreich.

¹⁸⁰¹ *EGMR*, Urt. v. 21.07.2015 - 18766/11, 36030/11, Rn. 165–187 – Oliari u. a./Italien.

¹⁸⁰² *Ibid.*, Rn. 55.

¹⁸⁰³ *Ibid.*, Rn. 189–194.

¹⁸⁰⁴ So bereits festgestellt in *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 96 – Hämäläinen/ Finnland.

dere in den süd- und osteuropäischen Staaten sind die Kontroversen aber erheblich.¹⁸⁰⁵

In vielen Ländern wird weiterhin die Zugehörigkeit zu einem der beiden Geschlechter für die Eingehung einer Partnerschaft vorausgesetzt. Auf diese Weise bleibt die grundsätzliche Dichotomie der Geschlechter im Familien- und Partnerschaftsrecht bestehen und stellt eine rechtliche Ausprägung der Heteronormativität dar. Damit bleibt in diesem Bereich die Problematik der Geschlechtsanpassung aktuell.

b. Die verschiedenen möglichen Konstellationen

Dort, wo diese Dichotomie aufrechterhalten wird stehen Transsexuellen möglicherweise vor und nach der Personenstandsänderung verschiedene partnerschaftliche Institutionen zu. In diesem Zusammenhang ist zwischen verschiedenen Sachverhaltskonstellationen zu unterscheiden.

Zunächst kann die Ehelosigkeit zur Voraussetzung für die Änderung des Vornamens oder des Geschlechtseintrags gemacht werden (D II 4 c). Außerdem kann das Gesetz vorsehen, dass wenn ein unverheirateter Mensch eine Vornamensänderung hat vornehmen lassen und im Anschluss eine Ehe einget, die Änderung des Vornamens in Folge des Eheschlusses rückgängig zu machen ist (D II 4 c).¹⁸⁰⁶ Transsexuelle, die nur eine Vornamensänderung vornehmen lassen wollen, erreichen keine rechtliche Änderung ihres Geschlechts und können die Ehe mit einer Person des rechtlich anderen Geschlechts eingehen. Folglich handelt es sich nur um den äußeren Schein einer gleichgeschlechtlichen Ehe und die Frage, ob ein solcher zu vermeiden ist. Des Weiteren sind diese Konstellationen mit bereits bestehenden oder nachträglich eingegangen eingetragenen Lebenspartnerschaften denkbar. Somit würde nicht der Eindruck einer gleichgeschlechtlichen Ehe entstehen, sondern der einer Lebenspartnerschaft zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob nach Änderung des Geschlechtseintrags ein Recht auf Eingehung einer Partnerschaft (in Form einer Ehe oder eingetragenen Lebenspartnerschaft) besteht (D II 4 e).

c. Zwang zur Auflösung einer bestehenden Ehe

Die Ehe zeichnete sich traditionell durch drei charakteristische Merkmale aus: die staatliche Mitwirkung bei ihrer Eingehung und Auflösung, ihre grundsätzliche Unauflösbarkeit und die Verschiedengeschlechtlichkeit.¹⁸⁰⁷ Alle drei Merkmale können

¹⁸⁰⁵ Dethloff, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 7 Rn. 46; Scherpe, Die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Vergleich, FPR 2010, S. 211–213 (213).

¹⁸⁰⁶ Grundsätzlich denkbar (aber in dieser Form nicht bekannt) wäre es einen Eheschluss nur zu gestatten, wenn die Ehegatten jeweils Vornamen des anderen Geschlechts tragen oder es das äußere Auftreten/Erscheinungsbild beider Geschlechter zu verlangen, da ansonsten der Eindruck einer gleichgeschlechtlichen Ehe bestünde.

¹⁸⁰⁷ Dazu vgl. Theile, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 214 ff.

betroffen sein, wenn eine rechtliche Geschlechtsänderung anvisiert wird. Die größte Bedeutung erlangt jedoch das Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit, da durch die Geschlechtsänderung aus einer verschieden- eine gleichgeschlechtliche Ehe werden kann. Um dies zu verhindern, sehen die einzelnen Staaten verschiedene Regelungskonzepte vor. Eine Möglichkeit besteht darin, mit einem Ledigkeitserfordernis die vorherige Auflösung der Ehe vorauszusetzen. Denkbar ist es ebenso, die Ehe im Moment der Personenstandsänderung oder an diese anschließend aufzulösen. Damit noch nicht geklärt sind die Folgen des Verlusts des Ehestatus. Um die Rechte und Pflichten aus der Ehe zumindest teilweise zu bewahren, ist die Umwandlung in eine Lebenspartnerschaft denkbar.

aa. Deutschland

Die Bundesregierung und Mehrheit des Innenausschusses des Bundestags wollten ursprünglich, dass mit Rechtskraft der Entscheidung nach § 8 TSG die bestehende Ehe des Transsexuellen als aufgelöst gelten sollte und die Folgen der Auflösung sich nach den Vorschriften der Scheidung richten würden.¹⁸⁰⁸ Der Bundesrat kritisierte diesen Teil des Gesetzesentwurfs jedoch. In Anbetracht der Bedeutung der Ehe war er gegen eine automatische Auflösung und forderte die Durchführung einer Scheidung vor Durchführung des Verfahrens zur Feststellung der neuen Geschlechtszugehörigkeit.¹⁸⁰⁹ Das sich anschließende Vermittlungsverfahren folgte der Position des Bundesrats und § 8 I Nr. 2 TSG a.F. machte die Ehelosigkeit der antragstellenden Person zur Voraussetzung für die „große Lösung“. Die eheauflösende Wirkung der Geschlechtsänderung fand ihren Eingang ins Gesetz in § 16 II 1 TSG und für Altfälle, in denen es nach § 47 PStG a.F. zu einer Berichtigung des Grundbucheintrags kam.¹⁸¹⁰ Diese Eheauflösung involvierte die Folgen entsprechend des Scheidungsrechts. Die erst später eingeführte Lebenspartnerschaft stellt kein Hindernis dar.¹⁸¹¹ Wie auch bei der Schaffung des TSG fand beim LPartG das Verhältnis zwischen Transsexualität und Homosexualität keine Berücksichtigung.¹⁸¹²

¹⁸⁰⁸ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 6; BVerfGE 121, 175 (177).

¹⁸⁰⁹ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 21; BVerfGE 121, 175 (178).

¹⁸¹⁰ Auf den prozessökonomischen Vorteil bei der Verknüpfung von Personenstandsänderung und Entscheidung über die Statusbeziehung der Ehegatten und der Beteiligung gemeinsamer Kinder weist hin *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 308. Dazu auch schon *Windel*, *Transsexualität als Bewährungsprobe*, JR 2006, S. 265 (268 a.E.).

¹⁸¹¹ *Kemper*, *Die Lebenspartnerschaft in der Entwicklung*, FPR 2003, S. 1–5 (5). Für eine Auflösung *ex nunc* gem. § 15 LPartG *Everts*, *Eingetragene Lebenspartnerschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechts*, FPR 2004, S. 597–599 (598 f.). Anders in England vgl. Sec. 4 (2) und (3) *Gender Recognition Act 2004*.

¹⁸¹² Dass diese Differenzierung gegen Art. 3 I GG verstößt, wurde bewusst in Kauf genommen, da man sich im Gesetzgebungsverfahren zum DiskrBG nicht einigen konnte, *Muscheler*, *Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft*, 2. Aufl. 2004, Rn. 120; *Angstein*, in: *Bruns/Kemper* (Hrsg.), *Hk-LPartG*, 2. Aufl. 2005, II 13. Rn. 10.

Die Änderung des Vornamens steht in Deutschland Transsexuellen seit Inkrafttreten des TSG auch dann zu, wenn sie in einer Ehe leben. Dies war einer der wesentlichen Unterschiede zwischen der „kleinen“ und der „großen Lösung“. Erstere sollte dem verheirateten Transsexuellen helfen, zumindest einen sozialen Geschlechtswechsel zu vollziehen, da ihm aufgrund von § 8 I Nr. 2 TSG die rechtliche Anerkennung bei wirksamer Ehe versagt war. Damit hat eine Änderung des Vornamens keine direkten rechtlichen Auswirkungen auf eine bestehende Ehe.¹⁸¹³ Insbesondere liegt auch keine sog. Nichtehe vor, da für die Beurteilung eines prä-operativen Transsexuellen mit Vornamensänderung allein der Zeitpunkt der Eheschließung maßgeblich ist.¹⁸¹⁴ Auch die Vornahme körperlicher Maßnahmen wie die Einnahme von Hormonen oder geschlechtsangleichenden Operationen hat keinen direkten Einfluss auf die Ehe.¹⁸¹⁵

(1) Art. 6 GG

Seit Oktober 2017 steht in Deutschland gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe offen, die Möglichkeit der Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft wurde im gleichen Zug wieder abgeschafft. Dieser Gesetzesänderung ging eine längere politische und gesellschaftliche Auseinandersetzung voraus. An dieser Stelle soll kurz auf die Diskussion um das Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit eingegangen werden. Da der Schwerpunkt dieser Arbeit nicht die grundsätzliche Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare ist, sondern die Ehelosigkeit als Voraussetzung für die Personenstandsänderung, genügt zum einen ein kurzer Abriss über den Meinungsstand und zum anderen die Feststellung, dass bis 2017 vielfach vertreten wurde, dass Art. 6 I GG auf eine verschiedengeschlechtliche Ehe zwischen Mann und Frau begrenzt war.

Das BVerfG definierte 1982 die Ehe als Vereinigung eines Mannes und einer Frau zu einer umfassenden, grundsätzlich unauflösbaren Lebensgemeinschaft, deren Eingehung auf der Willensübereinstimmung der Ehegatten beruht und der staatlichen Mitwirkung bedarf.¹⁸¹⁶ Art. 6 I GG spricht nicht von der Ehe zwischen Mann und Frau, sondern neutral von Ehe und Familie. Bei der Auslegung des Ehebegriffs des Grundgesetzes bediente man sich jedoch vor allem der historischen und teleologischen Methode. Dementsprechend seien die Väter und Mütter des Grundgesetzes vom traditionellen und christlich geprägten Eheverständnis als Vereinigung von Mann und Frau ausgegangen und hätten aus diesem Grund eine Klarstellung unterlassen.¹⁸¹⁷ Dass der Parlamentarische Rat bei der Verabschiedung des

¹⁸¹³ Zur Möglichkeit der Eheaufhebung, Ehescheidung nach einer Vornamensänderung sowie deren Folgen, vgl. *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 280–286.

¹⁸¹⁴ Vgl. *Dethloff*, *Familienrecht*, 32. Aufl. 2018, § 3 Rn. 14; *Hufen*, *Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen*, JuS 2009, S. 259–260 (260).

¹⁸¹⁵ *Theile*, *Transsexualität im Familienrecht*, 2013, S. 290.

¹⁸¹⁶ *BVerfG*, *Beschl. v. 30.11.1982 – 1 BvR 818/81*, NJW 1983, 511 (511).

¹⁸¹⁷ *St. Rspr. des BVerfG*, vgl. *BVerfG*, *Urt. v. 29.07.1959*, Rn. 79, *BVerfGE* 10, 59–89 (66); *BVerfG*, *Urt. v. 17.07.2002*, Rn. 79, *BVerfGE* 105, 313–365 (345).

Normtextes des Art. 6 I GG von einer Verbindung von Mann und Frau ausging, ist aufgrund der damals herrschenden Werthaltung und des entsprechenden Vorstellungshorizonts, kaum zu bestreiten.¹⁸¹⁸ Das bedeutet jedoch nicht, dass Art. 6 I GG als bewusste Entgegensetzung konzipiert wurde.¹⁸¹⁹ Der einfachgesetzliche Ehebegriff wurde entsprechend dem verfassungsrechtlichen ausgelegt. Allerdings sah auch das BGB die Verschiedengeschlechtlichkeit nicht explizit vor, implizit kann sie aber beispielsweise § 1355 II BGB entnommen werden.¹⁸²⁰ Eine Begründung der Verschiedengeschlechtlichkeit basiert auf dem Argument, dass nur Personen unterschiedlichen Geschlechts Kinder zeugen können. Damit besteht eine Koppelung von Ehe und Fortpflanzung und das Erfordernis der Verschiedengeschlechtlichkeit wird mit der „Sicherung des Weiterlebens der Gesellschaft“ begründet.¹⁸²¹ Da auch nichtfortpflanzungsfähige oder -willige Menschen heiraten dürfen und es keine obere Altersgrenze für die Eingehung der Ehe gibt, sodass Menschen heiraten können, die nicht mehr fortpflanzungsfähig sind, kann die Verknüpfung von Ehe und Fortpflanzung nicht unumstößlich sein. Die Ehe ist folglich viel mehr als eine Fortpflanzungsgemeinschaft. Dies wird auch dadurch deutlich, dass die Begriffe Familie und Ehe heutzutage nicht mehr identisch sind, sondern der Schutz von Familie und Ehe getrennt betrachtet werden.¹⁸²² Zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes war die Ehe die Grundlage der Familie und die Familie die Folge einer Ehe.¹⁸²³ Heute mag dies aus Sicht des Grundgesetzes oder für manch einen immer noch wünschenswert und der vermeintlich beste Weg sein, aufgrund der realen sozialen Verhältnisse ist die Ehe jedoch nicht mehr begriffsnotwendige Grundlage der Familie.¹⁸²⁴ Seitdem in Deutschland Transsexuelle nicht mehr fortpflanzungsunfähig sein müssen, um ihr Geschlecht ändern zu können, können in einer Ehe von einer cissexuellen und einer transsexuellen Person, die im Laufe der Ehe ihr Geschlecht ändert, Kinder gezeugt werden, auch wenn diese Ehe rechtlich gleichgeschlechtlich ist. Selbst wenn man auf eine Verknüpfung zwischen Ehe und Familie besteht, sprach dies mehr für eine Öffnung des Ehebegriffs, als gegen sie.¹⁸²⁵ Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG und der überwiegenden Meinung im Schrifttum ist der Familienbegriff weder auf eheliche Familien begrenzt,

¹⁸¹⁸ *Brosius-Gersdorf*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, NJW 2015, S. 3557–3561 (3560).

¹⁸¹⁹ *Brosius-Gersdorf*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, NJW 2015, S. 3557–3561 (3560).

¹⁸²⁰ *Dethloff*, Familienrecht, 31. Aufl. 2015, § 3 Rn. 13; *Schwab*, Familienrecht, 23. Aufl. 2015, § 13 Rn. 58.

¹⁸²¹ Vgl. dazu *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 218 f.

¹⁸²² Vgl. *Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 4; *Brosius-Gersdorf*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, NJW 2015, S. 3557–3561 (3560).

¹⁸²³ *Coester-Waltjen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 4.

¹⁸²⁴ *Uble*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.09.2015 Ed. 27, Art. 6 Rn. 16.

¹⁸²⁵ *Brosius-Gersdorf*, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, NJW 2015, S. 3557–3561 (3561).

noch auf solche Konstellationen, die grundsätzlich die Voraussetzungen für eine Ehe mitbringen.¹⁸²⁶

Die Institutionen von Ehe und Familie stehen nach Art. 6 I GG „unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung“. In negativer Hinsicht bedeutet dies, dass der Staat Ehe und Familie nicht beeinträchtigen darf und in positiver Hinsicht, dass der Staat sie fördern und vor der Beeinträchtigung durch andere schützen muss.¹⁸²⁷ Gegenstand des grundrechtlichen Schutzes aus Art. 6 GG ist zunächst die konkrete Ehe, Schutz- und Abwehranspruch gegen staatliche Eingriffe stehen damit beiden Ehepartnern zu.¹⁸²⁸ Daneben begründet Art. 6 GG eine Institutsgarantie und enthält eine wertentscheidende Grundsatznorm.¹⁸²⁹ „Der besondere Schutz, der der Ehe nach Art. 6 I GG zukommt, verbietet es, sie insgesamt gegenüber anderen Lebensformen schlechter zu stellen.“¹⁸³⁰ Anders formuliert bedeutet dies, dass andere Lebensformen gegenüber der Ehe nicht privilegiert werden dürfen. Das Bundesverfassungsgericht stellte jedoch klar, dass dies für andere Partnerschaftsmodelle kein Abstandsgebot im Sinne eines Benachteiligungsgebots bedeute.¹⁸³¹ Die eingetragene Lebenspartnerschaft wird nach herrschender Meinung nicht von Art. 6 I GG, sondern von Art. 2 I GG geschützt.¹⁸³² Art. 6 I GG gewährleistet jedem die Freiheit, die Ehe mit einem selbstgewählten Partner einzugehen.¹⁸³³ Diese Freiheit ist jedoch durch die Strukturmerkmale der verfassungsrechtlich geschützten Ehe begrenzt.¹⁸³⁴ Den Ehepartnern steht für ihre eingegangene Ehe eine Gestaltungsfreiheit für die Einzelheiten ihrer Ausgestaltung zu (etwa die finanziellen Verhältnisse, die Rollenverteilung und den Wohnsitz betreffend).¹⁸³⁵

¹⁸²⁶ Vgl. ausdrücklich *BVerfG*, Urt. v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, *BVerfGE* 133, 59 (82), *NJW* 2013, 847; *Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, 13. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 8.

¹⁸²⁷ *BVerfG*, Urt. v. 17.07.2002 – 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, *NJW* 2002, 2543–2555 (2548).

¹⁸²⁸ *Badura*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 75. EGL 2015, Art. 6 GG Rn. 43.

¹⁸²⁹ Vgl. *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar GG*, Stand: 01.09.2015 Ed. 27, Art. 6 Rn. 20 m.w.N.

¹⁸³⁰ *BVerfG*, Urt. v. 17.07.2002 – 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, *BVerfGE* 105, 313 (346), *NJW* 2002, 2543–2552 (2548).

¹⁸³¹ *BVerfG*, Urt. v. 17.07.2002 – 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01, *BVerfGE* 105, 313 (346), *NJW* 2002, 2543–2552 (2548).

¹⁸³² *Badura*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 74. EGL 2015, Art. 6 GG Rn. 55.

¹⁸³³ Vgl. *Dömming/Füsslein/Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, *JöR NF* 1951, 66 (71).

¹⁸³⁴ Vgl. *BVerfG*, *Beschl.* v. 04.05.1971 – Az. 1 BvR 636/68, *NJW* 1971, 1509 (1509); *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar GG*, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 6 Rn. 22.

¹⁸³⁵ *Coester-Waltjen*, in: *von Münch/Kunig* (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 6 Rn. 21.

¹⁸³⁵ *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, 13. Aufl. 2014, Art. 6 Rn. 5.

(2) *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008: § 8 I Nr. 2 TSG

1980 erging ein Beschluss des OLG Hamburg, wonach die Eintragung des männlichen Geschlechts eines Transsexuellen im Geburtenbuch nach den Grundsätzen der Entscheidung des *BVerfG* von 1979 auch dann entsprechend § 47 PStG zu berücksichtigen und die Änderung des Vornamens einzutragen sei, wenn der Transsexuelle verheiratet ist.¹⁸³⁶ Nach Ansicht des OLG war die Berichtigung nicht von einer Auflösung der Ehe abhängig zu machen. Dabei waren dem Gericht neben der Entscheidung des *BVerfG* auch die Diskussionen aus dem Gesetzgebungsverfahren bekannt. Bemerkenswerterweise berücksichtigte das OLG in diesem Beschluss ähnliche Argumente wie das *BVerfG* 28 Jahre später, ohne dass das *BVerfG* hierauf später Bezug nehmen sollte.¹⁸³⁷ Keine Bestimmungen des geltenden Rechts würden die Anordnung der Berichtigung des Geburtseintrags von der Auflösung der Ehe abhängig machen.¹⁸³⁸ Es verwies darauf, dass das Bild der Ehe als einer Lebensgemeinschaft von Mann und Frau durch diesen seltenen Ausnahmefall nicht wesentlich in Frage gestellt würde und auf jeden Fall das Grundrecht des Transsexuellen aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG überwiegen würde.¹⁸³⁹ Für die Aufrechterhaltung der Ehe würde auch die Fortdauer enger menschlicher Beziehungen sprechen.

(a) Einführung

Der Entscheidung des *BVerfG* lag die Vorlage des Amtsgerichts Berlin-Schönefeld vor. Eine personenstandsrechtlich als Mann eingetragene Transsexuelle, die bereits 56 Jahre verheiratet war und mit ihrer Partnerin drei Kinder hatte, hatte ihren Vornamen geändert und sich einer geschlechtsangleichenden Operation unterzogen.¹⁸⁴⁰ In einem Vorabentscheidungsverfahren nach §§ 8 I, 9 TSG stellte das Amtsgericht wie beantragt fest, dass ihrem Antrag auf Änderung des Geschlechts nur aus dem Grunde nicht entsprochen werden könne, weil sie verheiratet sei.¹⁸⁴¹ Daraufhin beantragte die Betroffene sie nach § 8 I TSG als dem weiblichen Geschlecht zugehörig anzuerkennen. In ihrem Antrag legte sie ausführlich dar, warum weder ihr noch ihrer Ehefrau eine Scheidung abverlangt werden könne. Neben finanziellen Gründen verwies sie vor allem darauf, dass ihre Ehe nicht zerrüttet sei und sie füreinander als Lebenspartnerinnen unersetzlich geworden seien.¹⁸⁴² Das Amtsgericht setzte das Verfahren aus und legte gem. Art. 100 I GG dem *BVerfG* die Frage zur Prüfung vor, ob § 8 I Nr. 2 TSG mit dem GG vereinbar ist.

¹⁸³⁶ *OLG Hamburg*, Beschl. v. 08.04.1980 – Az. 2 W 72/79, OLGZ 1980, 431–435.

¹⁸³⁷ Ebenfalls im Urteil nicht erwähnt wurde ein ähnliches Urteil aus der Schweiz: *Bezirksgericht St. Gallen*, UrT. V. 26.11.1996 – Az. 1BZ 96/20. SJZ 93 (1997), S. 442–445. Zu dem Urteil und der folgenden Kritik in der Schweiz siehe *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger Frauenstudien, Queering Gender 2005, S. 115–140 (123 f.).

¹⁸³⁸ *OLG Hamburg*, Beschl. v. 08.04.1980 – Az. 2 W 72/79, OLGZ 1980, 431–435 (433).

¹⁸³⁹ *OLG Hamburg*, Beschl. v. 08.04.1980 – Az. 2 W 72/79, OLGZ 1980, 431–435 (434).

¹⁸⁴⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 14 f., BVerfGE 121, 175 (179).

¹⁸⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 15, BVerfGE 121, 175 (179).

¹⁸⁴² *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 16, BVerfGE 121, 175 (179 f.).

(b) Stellungnahmen

Das vorliegende Amtsgericht, dem die Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche zustimmte, argumentierte wie folgt. Verheiratete Transsexuelle dürften nicht vor die Wahl gestellt werden einen Scheidungsantrag zu stellen oder auf ihre Personenstandsänderung zu verzichten. Dies sei nicht mit Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG vereinbar.¹⁸⁴³ Dem Ehepaar stehe des Weiteren der Schutz von Art. 6 GG zu, denn „bis zum Augenblick der Personenstandsänderung bestehe eine Ehe verschiedengeschlechtlicher Partner. Lediglich die Absicht eines der Partner, aufgrund seiner Transsexualität demselben Geschlecht wie sein Ehepartner angehören zu wollen, sei kein Grund, dieser Ehe bereits im Vorfeld der Personenstandsänderung den Schutz zu versagen.“¹⁸⁴⁴ So sah es auch der Deutsche Juristinnenbund.¹⁸⁴⁵ Zum anderen verstoße die Voraussetzung gegen Art. 3 GG. Das Ziel der Ungleichbehandlung von verheirateten und unverheirateten Transsexuellen sei es zu verhindern, dass aufgrund der Feststellung der Personenstandsänderung eines Verheirateten eine Ehe zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts entstehe. Dies könne jedoch auch ohne Scheidungsverfahren und ohne verheiratete Transsexuelle von der sogenannten „großen Lösung“ auszuschließen möglich sein. Das Amtsgericht verwies insofern auf den ursprünglichen Gesetzentwurf, im Verfahren nach § 8 TSG eine bestehende Ehe zeitgleich mit Rechtskraft der Entscheidung aufzulösen.¹⁸⁴⁶ Das Bundesministerium des Inneren hielt hingegen einen Eingriff in Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG für gerechtfertigt. Es überwiege das öffentliche Interesse, gleichgeschlechtliche Ehen zu verhindern. Eben diese würden ohne das gesetzliche Verbot des Bestehens einer Ehe mit der Feststellung der Personenstandsänderung bei verheirateten Transsexuellen unweigerlich entstehen.¹⁸⁴⁷ Art. 6 GG könne keinen Schutz gewähren, denn mit Eingehung der Ehe, unterwerfe man sich einer von Rechtsordnung und Gesellschaft vorgegebenen Geschlechtszuordnung. Wolle man die Zugehörigkeit zum anderen Geschlecht erreichen, gebe man damit zu erkennen, dass es einem nicht um die Beibehaltung der Ehe gehe.¹⁸⁴⁸

Die Deutsche Gesellschaft für Sexuallforschung ging näher auf die Adäquanz der Möglichkeit ein sich scheiden zu lassen und eine eingetragene Lebenspartnerschaft einzugehen.¹⁸⁴⁹ Diese werde von den Ehepaaren, die ihre Ehe nicht für zerrüttet hielten, nämlich nicht als Lösung des Problems empfunden. Zum einen werde die im Rahmen des Scheidungsverfahrens vorgeschriebene Trennungsphase als psychisch destabilisierende Bedrohung betrachtet und zum anderen sei die Lebenspartnerschaft mit dem „Label“ der Homosexualität verbunden, sie würden ihre Beziehung aber nicht als gleichgeschlechtlich empfinden. Weiterhin sei an materielle

¹⁸⁴³ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 19, *BVerfGE* 121, 175 (180 f.).

¹⁸⁴⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 20, *BVerfGE* 121, 175 (182).

¹⁸⁴⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 35, *BVerfGE* 121, 175 (189).

¹⁸⁴⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 21, *BVerfGE* 121, 175 (182).

¹⁸⁴⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 23, *BVerfGE* 121, 175 (183).

¹⁸⁴⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 24, *BVerfGE* 121, 175 (183 f.).

¹⁸⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 26, *BVerfGE* 121, 175 (185).

Verschlechterungen zu denken, die mit dem Wechsel von der Ehe zur Lebenspartnerschaft einhergingen.

Auf diese Versorgungs Nachteile wies auch der Lesben- und Schwulenverband hin. Außerdem bewertete er die Folgen der Vorschrift als von besonderem Gewicht, weil durch die Voraussetzung einer vorherigen Scheidung auch die Ehefrau des Antragstellers betroffen sei.¹⁸⁵⁰ Entsprechend würde auch die im Gesetzgebungsverfahren anvisierte Aufhebungslösung gegen Art. 6 I GG verstoßen. „Der Staat müsse Ehen schützen, er dürfe sie nicht gegen den Willen der Ehegatten aufheben oder diese zwingen, die Scheidung zu beantragen.“¹⁸⁵¹ Das Ziel des Gesetzgebers, den Anschein gleichgeschlechtlicher Ehen zu verhindern, sei nicht von solchem Gewicht, dass es den schwerwiegenden Eingriff in das sexuelle Selbstbestimmungsrecht des Antragstellers rechtfertigen könnte. Letztlich ging man so weit, zwei Vorschläge zu unterbreiten: 1. § 8 I Nr. 2 TSG ersatzlos zu streichen oder 2. eine Umwandlung der Ehe auf übereinstimmenden Antrag beider, mit Rechtskraft der Entscheidung über die Personenstandsänderung, in eine Lebenspartnerschaft, auf die die für Ehen geltenden Vorschriften anzuwenden seien.¹⁸⁵²

Die Deutsche Gesellschaft für Transsexualität und Intersexualität sprach von der Voraussetzung als einem „juristische Trick“, für die Aufrechterhaltung von Geschlechternormen, da die rechtliche Möglichkeit bestehe, verheiratet zu sein und seinen Vornamen zu ändern und somit bereits eine soziale Anerkennung des Geschlechts stattfinde.¹⁸⁵³ Auch bestehe die Konstellation einer eingetragenen Lebenspartnerschaft von Personen mit unterschiedlichem Geschlecht, da Transgender in einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ohne Nachweis der Auflösung dieser Partnerschaft das Recht haben, ihre Geschlechtszugehörigkeit ändern zu lassen.¹⁸⁵⁴

(c) Analyse der Argumentation des BVerfG

Das BVerfG ließ die Frage der Vereinbarkeit mit Art. 3 GG dahinstehen¹⁸⁵⁵ und prüfte die Verfassungsmäßigkeit von § 8 I Nr. 2 TSG anhand von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG i.V.m. Art. 6 I GG. Die Ausführungen zum Eingriff in den Schutzbereich von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG beziehen sich auf den Entscheidungszwang zwischen einem Scheidungsverfahren und der nicht vollständigen Anerkennung in der eigenen Geschlechtsidentität.¹⁸⁵⁶ Es folgt eine ausführliche

¹⁸⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 29, BVerfGE 121, 175 (186).

¹⁸⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 29, BVerfGE 121, 175 (187).

¹⁸⁵² BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 29, BVerfGE 121, 175 (187).

¹⁸⁵³ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 31, BVerfGE 121, 175 (187).

¹⁸⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 31, BVerfGE 121, 175 (188).

¹⁸⁵⁵ Knapp zur Ungleichbehandlung von bestehender Lebenspartnerschaft und Ehe bei der „großen Lösung“ nach Art. 3 I GG, vgl. *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357–368 (362).

¹⁸⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 40 f., BVerfGE 121, 175 (191 f.). Vgl. den Hinweis, dass es sich nicht nur um eine erhebliche Erschwerung, sondern um eine Vereitelung der Wahrnehmung des

Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁸⁵⁷ Die Beschränkung verfolge das legitime Gemeinwohlziel, Ehen mit gleichgeschlechtlichen Ehegatten zu verhindern.¹⁸⁵⁸ Geeignetheit und Erforderlichkeit würden nicht aufgrund des äußeren Erscheinungsbildes oder des Vornamens eines verheirateten Transsexuellen (welche den Anschein vermitteln können, dass es sich um eine gleichgeschlechtliche Ehe handelt) entfallen. Die Eignung von § 8 I Nr. 2 TSG gleichgeschlechtliche Ehen rechtlich auszuschließen bleibe bestehen.¹⁸⁵⁹ Die Auflösung kraft Gesetzes (wie ursprünglich von der Bundesregierung vorgesehen) stelle auch kein milderes Mittel dar, da in diesem Fall immer noch die rechtlich abgesicherte Partnerschaft ihr Ende finde und die mit der Ehe verbundenen Rechte verloren gingen.¹⁸⁶⁰ In der Literatur war vorab die Überführung der Ehe in eine eingetragene Lebenspartnerschaft (orientiert an der damaligen Rechtslage in Finnland) als gleich geeignete mildere Maßnahme diskutiert worden.¹⁸⁶¹ Dies wäre richtigerweise zwar weniger einschneidend, das BVerfG geht jedoch noch weiter.

Die Vorschrift scheiterte an der Verhältnismäßigkeit, denn es sei nicht zumutbar, dass dem Antragsteller entweder die Möglichkeit verschlossen sei, zur rechtlichen Anerkennung seines empfundenen und gewandelten Geschlechts zu gelangen oder er vor Gericht wahrheitswidrige Angaben hinsichtlich einer dauerhaft beabsichtigten Trennung machen müsste. Es müsste eine nicht gescheiterte und nicht zerrüttete Ehe geschieden werden. Dieser Argumentation ist ohne Zweifel zuzustimmen. Das BVerfG betont regelmäßig die Dauerhaftigkeit der Ehe als ein wichtiges Merkmal, sie soll grundsätzlich unauflösbar sein (vgl. die einfachgesetzliche Ausformung der Lebzeitigkeit in § 1353 I BGB).¹⁸⁶² Der Zwang zur Scheidung steht dazu im Widerspruch. In Deutschland ist zwar das Zerrüttungsprinzip anerkannt, sodass es möglich ist, die eheliche Gemeinschaft wieder aufzulösen (§ 1565 I BGB), gleichzeitig ist aber auch das Scheitern der Ehe der einzig anerkannte Scheidungsgrund.¹⁸⁶³ Wenn jedoch keiner der Ehegatten die Ehe als

Rechts auf Achtung der Geschlechtsidentität (in Form der Änderung des Personenstands) handelt, da bei Partnern, die ihre Ehe fortführen wollen, die Voraussetzungen für eine Scheidung gar nicht vorliegen, *Cornils*, Entscheidungsanmerkung zu BVerfGE 121, 175–205 und BVerfGE 120, 224–273, ZJS 2009, 85–89 (86).

¹⁸⁵⁷ Geradezu „schulmäßig“ nennt sie *Hufen*, Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen, JuS 2009, S. 259–260 (260).

¹⁸⁵⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 44 f., BVerfGE 121, 175 (193). Die Wortwahl des BVerfG ist eindeutig: Legitimes Anliegen des Gesetzgebers sei es zu verhindern, dass durch die rechtliche Geschlechtsänderung Ehen zwischen Ehegatten des gleichen Geschlechts entstehen. Insofern bleibt fragwürdig, warum es bei *Theile* heißt, Ziel sei es „vor dem *Eindruck* der Gleichgeschlechtlichkeit zu schützen“, vgl. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 301. Freilich wurde die Verhinderung des Anscheins der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare in einer anderen Entscheidung als legitim anerkannt, *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 56–59, BVerfGE 115, 1 (17–18).

¹⁸⁵⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 47, BVerfGE 121, 175 (193 f.; 195 f.).

¹⁸⁶⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 48, BVerfGE 121, 175 (194).

¹⁸⁶¹ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357–368 (362 f.).

¹⁸⁶² Bspw. *BVerfG*, Beschl. v. 07.10.2003 – 1 BvR 246/93, 1 BvR 2298/94, NJW 2003, 3466 (3468).

¹⁸⁶³ *Schwab*, Familienrecht, 23. Aufl. 2015, § 37 Rn. 340.

gescheitert betrachtet, sich nicht von einem Partner abwenden möchte und trotzdem eine Auflösung der Ehe erfolgen soll, stellt dies eine staatlich aufgezwungene Trennung dar. Dass die Ehe mit einem Transsexuellen nicht notwendigerweise zerrüttet sein muss, wurde bereits in der Gesetzesbegründung vermerkt.¹⁸⁶⁴ Umgekehrt macht die Härteklausele des § 1568 BGB deutlich, wie hoch der Stellenwert des einst eingegangenen Eheversprechens ist. Selbst bei einer Zerrüttung ist für den Gesetzgeber eine Situation denkbar, in der ein Aufrechterhalten der Ehe verlangt werden kann.

Ebenfalls wäre es unverhältnismäßig, eine dreijährige Trennungszeit zu verlangen, wenn doch das Paar eigentlich zusammenbleiben möchte.¹⁸⁶⁵ Vor allem aber werde durch die Voraussetzung die bestehende Ehe in erheblichem Maße beeinträchtigt.

„Auch die Ehe von Ehegatten, in denen einer von ihnen während der Ehezeit seine Transsexualität entdeckt oder offenbart und entsprechend seinem empfundenen oder während der Ehe durch operative Eingriffe gewandelten Geschlecht lebt, fällt unter den Schutz des Art. 6 I GG. Sie ist als Ehe zwischen einem Mann und einer Frau rechtmäßig zustande gekommen und hat bei ihrem Eingehen allen Merkmalen entsprochen, die den Gehalt der Ehe ausmachen.“¹⁸⁶⁶

Zunächst eine Scheidung zu verlangen, um das Paar anschließend als Lebenspartnerschaft eintragen zu lassen, widerspreche den vermögensrechtlichen Kontinuitätsinteressen des Paares.¹⁸⁶⁷ Insbesondere werde auch der Ehegatte des Transsexuellen in dem ihm durch Art. 6 I GG gewährleisteten Schutz seiner Ehe beeinträchtigt. Für ihn bestehe ebenfalls ein Entscheidungskonflikt: Besteht er darauf an der Ehe festzuhalten und verhindert so die rechtliche Anerkennung des Wunschgeschlechts des Partners oder lässt er sich gegen seinen Willen vom Partner scheiden.¹⁸⁶⁸

Es bedürfe letztlich einer Abwägung der Interessen, wobei beide dem Schutz des Grundrechts Art. 6 I GG unterfallen. Dieser schützt sowohl die Ehe als Rechtsinstitut, zu deren Gehalt gehört, dass sie Mann und Frau zu einer Lebensgemeinschaft vereint, als auch bereits geschlossene Ehen, sowie die Freiheit der Ehegatten in der Gestaltung ihres Ehelebens und dem Interesse am Bestand ihrer Ehe.¹⁸⁶⁹ Dabei sei zu berücksichtigen, dass konkret gelebte, unverwechselbare Beziehungen durch die Regelung in eine existentiell erfahrene Krise geführt würden und die

¹⁸⁶⁴ Vgl. BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 16, Nr. 3.10.2.

¹⁸⁶⁵ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 55, BVerfGE 121, 175 (197).

¹⁸⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 58, BVerfGE 121, 175 (198). So auch bereits *Muscheler*, Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Aufl. 2004, Rn. 121.

¹⁸⁶⁷ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 59, BVerfGE 121, 175 (199); so auch schon *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (268).

¹⁸⁶⁸ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 61, BVerfGE 121, 175 (200).

¹⁸⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 63, BVerfGE 121, 175 (201).

Folgen von subjektiv existentieller Dimension seien.¹⁸⁷⁰ Demgegenüber werde – aufgrund der nur geringen Anzahl von Fällen – die Prägekraft des Prinzips der Verschiedengeschlechtlichkeit nur am Rande berührt. An dieser Stelle (anstatt bei der Geeignetheit) berücksichtigt das BVerfG auch, dass die Prägewirkung des Prinzips in der Öffentlichkeit bereits dadurch gemindert wird, dass die Paare nach außen bereits im gleichen Geschlecht leben und rechtlich Namen des gleichen Geschlechts führen können.¹⁸⁷¹ *Wielpütz* hält dies eher für ein Problem des Art. 3 I GG.¹⁸⁷² Richtigerweise vermerkt sie, dass die Vergleichbarkeit hinkt, da anders als bei der „großen Lösung“, im Fall der „kleinen Lösung“ personenstandsrechtlich eindeutig Mann und Frau verheiratet sind. Ausschlaggebend für eine Prüfung des Verbots der Ungleichbehandlung nach Art. 3 I GG ist das verfolgte Ziel. Nur sofern bereits der Anschein einer gleichgeschlechtlichen Ehe verhindert werden sollte, würde eine Ungleichbehandlung schwer zu rechtfertigen sein.

Entscheidend war für das BVerfG das Zusammenspiel der Grundrechte (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG i.V.m. Art. 6 I GG) und die den Beteiligten staatlich aufgezwungene Wahl zwischen ihren Grundrechten.¹⁸⁷³ Sie waren in jedem Fall gezwungen, sich für eine Sache zu entscheiden und im gleichen Moment auf etwas für ihr Leben Existentielles zu verzichten.

(d) Auseinandersetzung mit den Lösungsmöglichkeiten

Wie auch in der nächsten Entscheidung des BVerfG zu Transsexualität, zur Frage der körperlichen Angleichung, schlägt das Gericht verschiedene Lösungsmöglichkeiten für den Gesetzgeber vor.¹⁸⁷⁴ Zunächst könne er die Ehe mit Rechtskraft der Anerkennung der geänderten personenstandsrechtlichen Geschlechtszugehörigkeit des transsexuellen Ehegatten in eine Eingetragene Lebenspartnerschaft überführen.¹⁸⁷⁵ In diesem Fall müsse Sorge dafür getragen werden, dass die erworbenen Rechte und auferlegten Pflichten aus der Ehe einem solchen Paar in der Eingetragenen Lebenspartnerschaft ungeschmälert erhalten blieben.¹⁸⁷⁶ Der Gesetzgeber könnte aber auch eine rechtlich abgesicherte Lebensgemeinschaft *sui generis* schaffen, die dem Paar die erworbenen Rechte und Pflichten aus der Ehe sichert und die Ehe mit Anerkennung der geänderten Geschlechtszugehörigkeit des transsexuellen

¹⁸⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 64, BVerfGE 121, 175 (201). *Wielpütz* hält dies für ein *Argumentum ad misericordiam*; *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 67; *Hufen* nennt den Senat „einfühlsam“, *Hufen*, Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen, JuS 2009, S. 259–260 (260).

¹⁸⁷¹ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 64, BVerfGE 121, 175 (201 f.).

¹⁸⁷² *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 67 f.

¹⁸⁷³ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 65, BVerfGE 121, 175 (202).

¹⁸⁷⁴ BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, Rn. 68–72, BVerfGE 121, 175 (203 f.).

¹⁸⁷⁵ Vgl. dazu *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (268); dafür auch *Augstein*, in: Bruns/Kemper (Hrsg.), Hk-LPartG, 2. Aufl. 2005, II 13. Rn. 15.

¹⁸⁷⁶ Für eine analoge Anwendung der günstigeren Ehevorschriften auf die umgewandelte Lebenspartnerschaft, Entschließungsantrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen BT-Drs. 16/947 v. 15.03.2006, S. 2, 4.

Ehegatten in dieser Form fortbestehen lassen. Letztlich könne er sich auch dazu entscheiden, verheirateten Transsexuellen die Möglichkeit der rechtlichen Anerkennung ihres geänderten Geschlechts bei Fortführung ihrer Ehe zu eröffnen und dafür § 8 I Nr. 2 TSG zu streichen.

Die ersten beiden vorgeschlagenen Möglichkeiten erscheinen auf den ersten Blick inkonsequent. Die bestehende Ehe wird durch Art. 6 I GG geschützt, nicht durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Das Urteil des BVerfG kann in Anbetracht der vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten nur so verstanden werden, dass nach Wertung des Gerichts mit Änderung des Geschlechts keine verschiedengeschlechtliche Ehe geschützt wird, sondern „nur noch“ eine Partnerschaft, die sich durch den Willen zur gegenseitigen Verantwortung auszeichnet. Diese Partnerschaft hat zwar keinen Anspruch weiterhin als Ehe zu gelten, da die anfangs vorhandene Verschiedengeschlechtlichkeit nun wegfällt, dies dürfe der Verantwortungsgemeinschaft jedoch nicht schaden. Der dem Kern der Ehe gewährte Schutz dürfe durch den Staat nicht genommen, aber in eine andere Form umgewandelt werden. Dem Schutz der einst eingegangenen Ehe wäre aber nicht genüge getan mit der Überführung der Ehe in eine eingetragene Lebenspartnerschaft, da diese trotz vorschreitender Annäherung nicht deckungsgleich sind.¹⁸⁷⁷ Die Wertung des BVerfG, dass eine Ehe entgegen dem Willen der Ehepartner nicht länger als Ehe nach Art. 6 GG zu schützen ist, ist in Anbetracht des damals geltenden Eherechts nicht denklogisch zwangsläufig. Zunächst sind im Zweitpunkt der Eheschließung die Geschlechtsidentität und die sexuelle Orientierung irrelevant. Des Weiteren gehört zu den Tatbeständen, die eine Aufhebung der Ehe ermöglichen, keiner der erst nach der Eheschließung eintritt. Der Schutz der Ehe durch Art. 6 GG gewährt ein Recht auf Erhalt eben dieser konkreten Ehe und nicht auf Umwandlung in eine andere Form der Partnerschaft. Da das BVerfG mit der dritten Lösungsmöglichkeit auch das Fortbestehen der Ehe ermöglicht, scheint es auch anzuerkennen, dass die ursprünglich eingegangene Ehe weiterhin unter Art. 6 GG fällt. Dem Urteil lässt sich daher folgende Wertung entnehmen: Das von Art. 6 GG geschützte Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe steht auf einer Ebene mit dem restlichen Schutzbereich des Art. 6. Namentlich dem Interesse am Fortbestand der Ehe, ihre Dauerhaftigkeit und grundsätzlichen Unauflösbarkeit, sowie der Gestaltungsfreiheit des Ehelebens.

Die zweite Möglichkeit, die Schaffung eines neuen und damit damals dritten Instituts zur Absicherung einer Partnerschaft hätte von Bund und Ländern umfassende gesetzliche Änderungen verlangt. Vorgeschlagen wurde in der Literatur eine Generalklausel, die mit erfolgter Geschlechtsänderung in der Ehe alle Vorschriften der Ehe für analog anwendbar erklärt.¹⁸⁷⁸ Mit der Schaffung einer dritten Partner-

¹⁸⁷⁷ Kritisch aufgrund der Anzahl der notwendigen Gesetzesänderungen und der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern: *Stüber*, Anm. zu BVerfG Beschl. v. 27.05.2008, JZ 2009, S. 49 (51).

¹⁸⁷⁸ *Stüber*, Anm. zu BVerfG Beschl. v. 27.05.2008, JZ 2009, S. 49 (51).

schaftsform erfolge jedoch ein „Zwangsoouting“ über die Transsexualität eines der Ehepartner. Es kann davon ausgegangen werden, dass die mit dem politischen Prozess einer Gesetzänderung einhergehenden Debatten die grundsätzliche Diskussion über die Öffnung der Ehe angeheizt hätte.

Bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung hatte das BVerfG (wie bereits zuvor § 7 I Nr. 3 TSG) § 8 I Nr. 2 TSG für nicht anwendbar erklärt, dem Gesetzgeber aber erstmals eine Frist bis zum 01.08.2009 gesetzt. Der Gesetzgeber entschied sich dazu, die Voraussetzung der Ehelosigkeit ersatzlos zu streichen. Für diese Entscheidung dürfte die klare Vorgabe des BVerfG eine Rolle gespielt haben, dass die Rechte der eingegangenen Ehe bei einer Überführung nicht hätte reduziert werden dürfen. Der für die Änderung des TSG zuständige Bundesgesetzgeber hätte dies nicht vollständig erfüllen können, da der Bund nicht für das Recht der Landes- und Kommunalbeamten (Familienzuschlag und Hinterbliebenenpension) und für das Recht der Versorgungswerke der freien Berufe (Hinterbliebenenversorgung) zuständig ist.¹⁸⁷⁹ Folglich existierte bereits seit diesem Zeitpunkt in Deutschland die gleichgeschlechtliche Ehe – wenn auch „nur“ zwischen zwei rechtlich als Mann oder Frau anerkannten Menschen, von denen einer rechtlich sein Geschlecht ändern ließ.

Die Entscheidung des BVerfG stieß vor allem wegen der Ermöglichung der gleichgeschlechtlichen Ehe, unter gleichzeitiger Betonung der Verschiedengeschlechtlichkeit als konstituierendes Merkmal der Ehe im verfassungsrechtlichen Sinne, auf Kritik.¹⁸⁸⁰ Als verfassungsrechtliches Merkmal bestimme die Verschiedengeschlechtlichkeit die Reichweite des grundrechtlichen Schutzes und stände nicht zur Disposition der Ehepartner.¹⁸⁸¹ Diese Argumentation übersieht jedoch, dass die Geschlechtsidentität nicht zur Disposition steht. Das Geschlecht wird nicht frei gewählt aber vielleicht erst später wahrgenommen oder ausgelebt. Eine transsexuelle Frau war schon immer eine Frau, nur nicht im Sinne des Personenstandsrechts. Die sich dem Recht und der Gesellschaft präsentierende Situation von verheirateten Transsexuellen, die eine Geschlechtsänderung anstreben, ist einmalig. Da das für die Ehe ausschlaggebende personenstandsrechtliche Geschlecht zum Zeitpunkt der Geburt, allein basierend auf körperlichen Merkmalen, fremdbestimmt wird, können Menschen eine verschiedengeschlechtliche Ehe eingehen, auch wenn ihre Geschlechtsidentität dem Merkmal der Verschiedengeschlechtlichkeit nicht entspricht. Von der Geschlechtsidentität ausgehend bestand nie eine verschiedengeschlechtliche Ehe. Wenn der Staat sich entscheidet zu unterschiedlichen Zeitpunkten für das Geschlecht auf unterschiedliche Eigenschaften abzustellen (anstatt das Geschlecht frei zur Disposition zu stellen), indem er für die Verschiedengeschlechtlichkeit auf das personenstandsrechtliche Geschlecht zum Zeitpunkt der

¹⁸⁷⁹ *Angstein*, TSG, 2012, § 8 TSG Rn. 5.

¹⁸⁸⁰ *Cornils*, Entscheidungsanmerkung zu BVerfGE 121, 175–205 und BVerfGE 120, 224–273, ZJS 2009, 85–89 (86).

¹⁸⁸¹ *Cornils*, Entscheidungsanmerkung zu BVerfGE 121, 175–205 und BVerfGE 120, 224–273, ZJS 2009, 85–89 (86).

Eheschließung abstellt und nicht auf die Geschlechtsidentität, dann steht die Voraussetzung der Verschiedengeschlechtlichkeit nicht dem Einzelnen, sondern dem Staat zur Disposition.

Mit der Entscheidung des Gesetzgebers zur Streichung der Voraussetzung waren noch nicht alle Probleme geklärt. Insbesondere die Situation eines zunächst rechtlich gleichgeschlechtlichen Paares, das eine Eingetragene Lebenspartnerschaft eingegangen war, präsentierte sich als unbefriedigend. Ihnen stand zwar nach erfolgter Personenstandsänderung einer der Partner, die Eingehung einer Ehe offen¹⁸⁸², allerdings sieht das Gesetz keine Möglichkeit vor, die erworbenen Rechte aus der Eingetragenen Lebenspartnerschaft in die neu eingegangene Ehe zu überführen. Das Personenstandsrecht war im Zuge der Aufhebung von § 8 I Nr. 2 TSG gezwungen zu handeln, sodass nun Folgebeurkundungen der Ehekurkunde „Ehemann“ und „Ehefrau“ entfallen. Allein diese Folge bedeutete für den Gesetzgeber einen erhöhten Begründungsaufwand gegen die geschlechtsunabhängige Ehe.¹⁸⁸³

bb. EGMR

Die Frage der Konventionskonformität eines Ledigkeitserfordernisses wurde durch den EGMR in zwei Urteilen angesprochen. Dabei galt es den Schutzbereich von Art. 8 und Art. 12 EMRK abzugrenzen und die *margin of appreciation* zu bestimmen, wobei hier insbesondere der europäische Konsens von Bedeutung war.

(1) *R und F* sowie *Parry* gegen das Vereinigte Königreich: 28.11.2006

Die Beschwerdeführerinnen waren beide verheiratet, hatten Kinder, haben später eine operative Geschlechtsangleichung vornehmen lassen und blieben mit ihrem Ehepartner zusammen. Nach der Einführung des *Gender Recognition Act 2004*¹⁸⁸⁴ beantragten beide die Ausstellung einer amtlichen Bescheinigung über die Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit. Diese hätten sie aber nur durch Beendigung ihrer Ehe bekommen können. Der *Gender Recognition Act 2004* ermöglicht es, ein *Full Gender Recognition Certificate* zu beantragen, welches wiederum dazu berechtigt eine neue Geburtsurkunde zu erhalten. Dies setzt jedoch voraus, dass der oder die Antragsteller/in nicht verheiratet ist.¹⁸⁸⁵ Falls die Antragsteller verheiratet sind,

¹⁸⁸² Die Eingehung einer Ehe ist sogar ohne Auflösung der Lebenspartnerschaft möglich, da gem. § 1306 BGB eine Ehe nur dann nicht geschlossen werden darf, wenn zwischen einer der Personen, die die Ehe miteinander eingehen wollen, und einer dritten Person eine Lebenspartnerschaft besteht (mangels unbeabsichtigter Regelungslücke eine analoge Anwendung des § 1306 BGB ablehnend: *LG Berlin*, Beschl. v. 21.01.2008 – Az. 84 T 380/07, NJW-RR 2008, 1318–1319). Ebenso stellt nur eine Ehe mit einer dritten Person ein Hindernis für die Eingehung einer Lebenspartnerschaft dar, vgl. § 1 III Nr. 1 2. Var. LPartG. Anders ist dies bspw. im finnischen Recht, vgl. Abschnitt 1 Nr. 3 *laki transseksuaalin sukupuoien vahvistamisesta, lagen om fastställande av transsexuella personers könstillhörighet*, Act no. 563/2002.

¹⁸⁸³ *Stüber*, Anm. zu BVerfG Beschl. v. 27.05.2008, JZ 2009, S. 49 (50); *Wielpütz*, Die neue große Lösung ist vor allem eins: klein – Die Reform des TSG durch das BVerfG, NVwZ 2011, S. 474 (475).

¹⁸⁸⁴ Vgl. dazu D I 1 b bb (6) (c).

¹⁸⁸⁵ Vgl. *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05, S. 3 – *R. und F./Vereinigtes Königreich*.

erhalten sie nur ein sogenanntes *interim certificate*. Im Gesetzgebungsverfahren wurde zwar auf die Zwangslage der Transsexuellen hingewiesen und die praktischen, finanziellen und emotionalen Nachteile für Transsexuelle und ihre Familie betont, dies blieb jedoch unberücksichtigt.¹⁸⁸⁶

Die Beschwerdeführerinnen machten eine Verletzung von Artikel 8, 9 (*Parry*) 12, 13, 14 und 17 (*R und F*) geltend.¹⁸⁸⁷ Unter Art. 8 EMRK argumentierten sie, dass die Anerkennung in ihrem Geschlecht abhängig von einer Scheidung gemacht werde.¹⁸⁸⁸ Sie betonten den Unterschied zur bisher in der Rechtsprechung untersuchten Frage des Rechts auf Eingehung einer gleichgeschlechtlichen Ehe.¹⁸⁸⁹ Es läge ein Eingriff sowohl in das Privat- als auch in das Familienleben vor. Die Regierung akzeptierte hingegen nur einen Eingriff in den Schutzbereich des Privat- nicht des Familienlebens, da das Recht eine Ehe einzugehen von Art. 12 EMRK umfasst sei.¹⁸⁹⁰ Der EGMR erkannte an, dass sich die Beschwerdeführerinnen in einem Dilemma befanden und dieses Auswirkungen auf das Privat- und Familienleben habe.¹⁸⁹¹ Das Familienleben sei betroffen, da der Scheidungsprozess den Status des Familienlebens selbst beeinflussen würde. Allerdings sei Art. 12 EMRK *lex specialis* für das Recht zu heiraten. Daher sei zu prüfen, ob das Vereinigte Königreich durch die Art, wie es sich entschlossen hat, die rechtliche Geschlechtsänderung zu ermöglichen, eine positive Pflicht verletzt hat, die Rechte der Beschwerdeführerinnen sicherzustellen. Beide Beschwerden wurden hinsichtlich Art. 8 EMRK für unzulässig erklärt (abgewiesen als offensichtlich unbegründet). Von den Beschwerdeführerinnen wurde verlangt, ihre Ehen zu beenden, weil gleichgeschlechtliche Ehen nach englischem Recht nicht erlaubt waren, wobei sich das Geschlecht nach der Zuweisung bei der Geburt oder einem Verfahren zur Anerkennung des Geschlechts ergeben könne. Dass die Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit hätten, ihre Beziehung als zivile, eingetragene Lebenspartnerschaft fortzuführen, die fast die gleichen Rechte und Pflichten umfasse wie die Ehe, trage zu der Verhältnismäßigkeit des Regimes für die Anerkennung des Geschlechts bei.¹⁸⁹²

Hinsichtlich Art. 12 EMRK argumentierte die Regierung, das Recht auf Eheschließung beziehe sich nur auf die Ehe zwischen Personen unterschiedlichen

¹⁸⁸⁶ *Sharpe*, A Critique of the Gender Recognition Act 2004, Bioethical Inquiry (2007), S. 33–42 (38).

¹⁸⁸⁷ Es handelte sich bei *Parry* um ein Paar aus England und bei *R und F* um ein Paar aus Schottland.

¹⁸⁸⁸ *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05, S. 9 – R. und F./Vereinigtes Königreich.

¹⁸⁸⁹ *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 42971/05, S. 9 – *Parry/Vereinigtes Königreich*, zu Art. 8 EMRK.

¹⁸⁹⁰ *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05, S. 10 – R. und F./Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 42971/05, S. 8 – *Parry/Vereinigtes Königreich*.

¹⁸⁹¹ *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05, S. 12 – R. und F./Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 42971/05, S. 10 – *Parry/Vereinigtes Königreich*.

¹⁸⁹² *Rixe* ist der Auffassung, dass das frühere deutsche Erfordernis der Ehelosigkeit (§ 8 I Nr. 2 TSG) den Anforderungen, die der EGMR aufgestellt hat, nicht entsprochen hätte. Die Vorschrift verstoße gegen die Konvention, da in Deutschland die Scheidungsvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten; *Rixe*, Anmerkung zu BVerfG v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05, FF 11/2008, S. 451–452.

Geschlechts und sei deswegen gar nicht betroffen.¹⁸⁹³ Zum einen seien die Beschwerdeführerinnen nicht gezwungen ihre Ehe aufzulösen. Dies stünde viel mehr zur Wahl der Beschwerdeführerinnen, abhängig davon ob sie die vollständige Anerkennung in ihrem Geschlecht wünschen. Zum anderen könnten sie beide weiterhin eine Ehe mit einer Person des anderen Geschlechts eingehen (nach Erlangung des *GRC*), sodass der Wesensgehalt des Rechts auf Ehe nicht betroffen sei.¹⁸⁹⁴ Die Beschwerdeführerinnen brachten vor, dass es keine Frage einer Entscheidung sei und selbst sofern eine Wahl bestünde, so stelle auch dies einen Eingriff in ihr Privat- und Familienleben dar. Außerdem beziehe sich die bisherige Rechtsprechung zur Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe auf die Eingehung einer Ehe, wovon sich der vorliegende Fall unterscheide. Der Gerichtshof betonte, dass Art. 12 EMRK ausdrücklich die nationale Regulierung des Eherechts vorsehe und es sich um eine sensible moralische Frage handle. Dennoch könnten die Voraussetzungen für die Eheeingehung nicht vollständig den Staaten überlassen werden und es verbleibe eine Prüfung hinsichtlich des Wesensgehalts. Der Gerichtshof stellte fest, dass der Gesetzgeber von der kleinen Anzahl von verheirateten Transsexuellen wusste, als er die neue Regelung einführte, aber bewusst keine Sonderregelung für diese Ehen vorsah.¹⁸⁹⁵ Sowohl das nationale Recht als auch Art. 12 EMRK hätten das traditionelle Konzept einer Ehe zwischen einem Mann und einer Frau zum Inhalt. Der Gerichtshof erkannte an, dass einige Mitgliedstaaten die Ehe von Partnern desselben Geschlechts zugelassen haben, fügte aber hinzu, dies ergebe sich aus ihrer eigenen Vorstellung über die Rolle der Ehe in ihren Gesellschaften und nicht aus einer Auslegung der von den Vertragsstaaten in der Konvention von 1950 niedergelegten Grundsätze. Die Staaten könnten im Rahmen ihres Ermessensspielraums die Auswirkungen einer Geschlechtsumwandlung auf schon bestehende Ehen individuell regeln.¹⁸⁹⁶ Den Beschwerdeführerinnen wurde zu diesem Zeitpunkt durch den EGMR nicht geholfen.

(2) *Hämäläinen* gegen Finnland

In der Sache *Hämäläinen* musste der EGMR untersuchen, ob die finnische Praxis bei einer bestehenden Ehe, die rechtliche Geschlechtsänderung von einer Scheidung oder (unter Zustimmung des Ehepartners) von einer Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft abhängig zu machen, mit der EMRK vereinbar ist.¹⁸⁹⁷ Die Beschwerdeführerin ist finnische Staatsbürgerin und wurde bei der

¹⁸⁹³ *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05, S. 13 – R. und F./Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 42971/05, S. 11 – Parry/Vereinigtes Königreich.

¹⁸⁹⁴ *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05, S. 13 – R. und F./Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 42971/05, S. 11 – Parry/Vereinigtes Königreich.

¹⁸⁹⁵ *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05, S. 14 – R. und F./Vereinigtes Königreich.

¹⁸⁹⁶ *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 35748/05, S. 14 – R. und F./Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Entsch. v. 28.11.2006 - 42971/05, S. 12 – Parry/Vereinigtes Königreich.

¹⁸⁹⁷ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – *Hämäläinen/Finland*; *EGMR*, Urt. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 41 – H./Finland. Übersetzung in der *NJW* 2015, S. 3703–3708.

Geburt als dem männlichen Geschlecht zugehörig eingetragen.¹⁸⁹⁸ Sie fühlte sich stets als weiblich, ging aber dennoch 1996 eine Ehe mit ihrer Frau ein und zeugte mit ihr 2002 ein gemeinsames Kind. Nachdem sie sich in den folgenden Jahren vermehrt schlechter fühlte, suchte sie 2005 ärztliche Hilfe und wurde 2006 als transsexuell diagnostiziert. Seitdem lebt sie offen als Frau und änderte auch ihren Vornamen, was auch in ihrem Pass und Führerschein übernommen wurde. Sie erhielt jedoch keine neue Identifikationsnummer, sodass diese und ihr Pass sie weiterhin als männlich ausweisen. Einer geschlechtsangleichenden Operation unterzog sie sich 2009. In den Jahren von 2007 bis 2010 lehnten das Standesamt und die Gerichte ihren Antrag auf Änderung des Geschlechts auf weiblich und die Anpassung der Identifikationsnummer mit der Begründung ab, dass §§ 1, 2 des finnischen Gesetzes über die Anerkennung des Geschlechts Transsexueller¹⁸⁹⁹ voraussetze, dass die betroffene Person nicht verheiratet oder in einer registrierten Partnerschaft sei.¹⁹⁰⁰ Eine gleichgeschlechtliche Ehe sah das finnische Rechtssystem nicht vor. Für gleichgeschlechtliche Paare über 18 Jahren bestand die Möglichkeit einer eingetragenen Partnerschaft. Anders als in Deutschland und dem Vereinigten Königreich war für verheiratete Transsexuelle, die eine rechtliche Geschlechtsänderung anstrebten, eine Scheidung nicht zwingend notwendig. Sofern die Zustimmung des Ehepartners vorlag, erfolgte im Zuge der Änderung der Identifikationsnummer *ex lege* eine Umwandlung der Ehe in eine zivile Partnerschaft (und die Umwandlung einer zivilen Partnerschaft in eine Ehe).¹⁹⁰¹ Dies lehnten die Beschwerdeführerin und ihre Ehefrau jedoch ab.

(a) Art. 8 EMRK

Die Beschwerdeführerin berief sich sowohl auf ihr Recht auf Achtung des Privatlebens, als auch auf Achtung des Familienlebens.¹⁹⁰² Nach Ansicht der Kammer war das Hauptproblem, dass die Beschwerdeführerin keine weibliche ID-Nummer erhalten konnte. Dies habe zwar möglicherweise auch Auswirkungen auf das Familienleben, halte das Gericht aber nicht davon ab, dieses Problem unter dem Aspekt des Privatlebens zu untersuchen.¹⁹⁰³ Die Große Kammer wiederholte, dass postoperative Transsexuelle behaupten können Opfer einer Verletzung von Art. 8 EMRK zu sein, wenn ihre Geschlechtsumwandlung rechtlich nicht anerkannt wird.¹⁹⁰⁴

¹⁸⁹⁸ *EGMR (GK)*, Ur. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 9–12 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁸⁹⁹ Vgl. dazu *Basedow/Scherpe*, Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 33–35; *Pimenoff/Will*, Zum neuen finnischen Transsexuellengesetz, *StAZ* 2003, S. 71–73 und die Übersetzung auf S. 90 f.

¹⁹⁰⁰ *EGMR (GK)*, Ur. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 13–18 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, Rn. 29. In der Literatur als Vorbild für Deutschland erwogen von *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, *StAZ* 2007, S. 357 (363).

¹⁹⁰² *EGMR*, Ur. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 32 – H./Finnland; *EGMR (GK)*, Ur. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 42 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁰³ *EGMR*, Ur. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 41 – H./Finnland.

¹⁹⁰⁴ *EGMR (GK)*, Ur. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 59 – Hämäläinen/Finnland.

Insofern sei die Subsumtion unter den Begriff des Privatlebens unstrittig. Der vorliegende Fall werfe aber auch Fragen auf, die Auswirkungen auf das Familienleben haben könnten. Da die Zustimmung der Ehefrau für eine Umwandlung der Partnerschaft notwendig sei und sie ein gemeinsames Kind hätten, falle die Beziehung der Beschwerdeführerin zu ihrer Ehefrau und ihrem Kind auch unter den Begriff des Familienlebens im Sinne des Art. 8 EMRK. Beide Begriffe würden im vorliegenden Rechtsfall angewandt.¹⁹⁰⁵

(aa) Eingriff oder positive Verpflichtung

Die Kammer, die die Sache in erster Instanz entschieden hatte, und die Beteiligten hatten einen Eingriff in Art. 8 EMRK darin gesehen, dass der Beschwerdeführerin eine neue (weibliche) Identifikationsnummer verweigert wurde.¹⁹⁰⁶ Die Große Kammer war hingegen der Auffassung, dass die entscheidende Frage war, ob die Achtung des Privatlebens die positive Verpflichtung des Staates begründet, ein wirksames und zugängliches Verfahren zu schaffen, mit dem eine Anerkennung des Geschlechts bei Fortbestehen der Ehe möglich ist.¹⁹⁰⁷ Für eine Schutzpflicht lässt sich auch die bisherige Rechtsprechung heranziehen. Der EGMR hatte in *Goodwin* eine Pflicht des Staates auf Anerkennung festgestellt. Die konventionsgemäße Ausgestaltung dieser Pflicht könnte sich als weitere Pflicht oder Teil dieser Pflicht darstellen. Positive Schutzpflichten haben eine alternative oder trennende Struktur. Dem Staat stehen verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung, wie er dieser Pflicht nachkommt, solange er sie erreicht.¹⁹⁰⁸ Dies ließe sich als Argument für den vorliegenden Fall heranziehen, auch da die Voraussetzungen für die Anerkennung der Geschlechtsidentität und die einzelnen Auswirkungen auf die Ehe in den Mitgliedstaaten nicht einheitlich sind. In *Y.Y.* (Verweigerung der geschlechtsangleichenden Operation bei Fortpflanzungsfähigkeit) verwies der EGMR einerseits auf die Schwierigkeit einer klaren Differenzierung zwischen der negativen und positiven Pflicht und andererseits auf die Vergleichbarkeit der anwendbaren Prinzipien. In beiden Fällen müsse ein angemessener Ausgleich geschaffen werden und stände den Staaten ein gewisser Beurteilungsspielraum zu.¹⁹⁰⁹ Er entschied sich im Folgenden ohne weitere Begründung für einen Eingriff. Die Weigerung eine Geschlechtsumwandlung vornehmen lassen zu dürfen, habe unzweifelhaft Auswirkungen auf das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität und persönliche Entfaltung. Des

¹⁹⁰⁵ *Ibid.*, Rn. 60 f.

¹⁹⁰⁶ EGMR, Ur t. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 41 – H./Finnland.

¹⁹⁰⁷ EGMR (GK), Ur t. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 64 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁰⁸ Klatt, Positive Obligations under the European Convention of Human Rights, ZaöRV 71 2011, S. 691–718 (695).

¹⁹⁰⁹ EGMR, Ur t. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 59 – Y. Y./Türkei. Auch in anderen Kontexten betonte der EGMR, dass die anwendbaren Prinzipien weitgehend ähnlich seien: EGMR (GK), Ur t. v. 08.07.2003 - 36022/97, Rn. 98 – Hatton u.a./Vereinigtes Königreich (auch zu Art. 8 EMRK); EGMR, Ur t. v. 21.02.1990 - 9310/81, Rn. 41 – Powell und Rayner/Vereinigtes Königreich (zu Art. 13 EMRK).

Weiteren prüfte der EGMR die Rechtfertigung anhand von Art. 8 II EMRK.¹⁹¹⁰ Hier war zwar die Fortpflanzungsunfähigkeit Voraussetzung für die geschlechtsangleichende Operation und damit nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar für die rechtliche Anerkennung, dennoch wurde diese Entscheidung im Fall *Hämäläinen* auch in der abweichenden Meinung der Richter *Sajo*, *Keller* und *Lemmens* kritisiert. Ihrer Ansicht nach hätte die Weigerung des finnischen Staates eine neue ID-Nummer zu vergeben als mögliche Verletzung einer negativen Verpflichtung untersucht werden müssen, da es vom Staat weder wesentliche Maßnahmen verlange, noch wichtige soziale oder ökonomische Auswirkungen nach sich ziehe.¹⁹¹¹

Da sowohl für Schutzpflichtverletzungen, als auch für Eingriffe Art. 8 II EMRK von Bedeutung ist, werden die dort aufgezählten Maßstäbe als maßgeblich betrachtet. Beschränkungen der Rechte des Art. 8 I EMRK können auf der Grundlage des weitreichenden Gesetzesvorbehalts gerechtfertigt sein. Zunächst müsste der Eingriff gesetzlich vorgesehen, weiterhin müsste er in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein, zum Schutz der Gesundheit oder Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Daraus ergibt sich eine dreistufige Prüfung.

(bb) Gesetzliche Grundlage

Die Rechtfertigung eines Eingriffs in die Rechte des Art. 8 I EMRK setzt eine gesetzliche Grundlage voraus, wobei es sich hierbei um einen echten Gesetzesvorbehalt handelt. Insbesondere das Kriterium der hinreichenden Bestimmtheit dürfte in der Rechtsprechung des EGMR von Bedeutung sein, da einige Länder das Verfahren zur rechtlichen Geschlechtsänderung nicht gesetzlich festgelegt haben. Das Kriterium der Bestimmtheit ist dann erfüllt, wenn Umstände und Bedingungen behördlichen Handelns vorhersehbar sind und der Bürger die Folgen seines eigenen Verhaltens abschätzen kann.¹⁹¹² Eine absolute Sicherheit kann nicht erreicht werden und allgemein formulierte Rechtsnormen, die in der Praxis auslegungsbedürftig und auslegungsfähig sind, sind zulässig.¹⁹¹³ Maßgeblich dafür, ob die Bestimmtheit ausreichend ist, ist für den EGMR, ob ein Schutz gegen willkürliche Eingriffe und Missbrauch gegeben ist.¹⁹¹⁴ Daneben berücksichtigt der EGMR auch die Dynamik

¹⁹¹⁰ *EGMR*, Urt. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 66, 67 – Y. Y./Türkei.

¹⁹¹¹ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajo/Keller/Lemmens*, Rn. 4, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – *Hämäläinen/Finland*. Richter *Ziemele* hätte ebenfalls den Weg einer Eingriffsprüfung gewählt, wäre aber zum gleichen Ergebnis gekommen wie die Große Kammer, vgl. seine abweichende Meinung Rn. 4.

¹⁹¹² *Marauhn/Merhof*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 30; *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, *EMRK-Kommentar*, 3. Aufl. 2009, Vorbem. zu Art. 8–11 Rn. 3; *Grabenwarter/Pabel*, *EMRK*, 7. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11.

¹⁹¹³ Vgl. *Marauhn/Merhof*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 30; *Frowein*, in: *Frowein/Peukert*, *EMRK-Kommentar*, 3. Aufl. 2009, Vorbem. zu Art. 8–11 Rn. 3; *Grabenwarter/Pabel*, *EMRK*, 7. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11.

¹⁹¹⁴ *Marauhn/Merhof*, in: *Dörr/Grote/Marauhn* (Hrsg.), *EMRK/GG*, 2. Aufl. 2013, Kap. 7 Rn. 34; *Grabenwarter/Pabel*, *EMRK*, 7. Aufl. 2021, § 18 Rn. 11.

eines Rechtsgebiets.¹⁹¹⁵ In der Rechtssache *Hämäläinen* waren sich alle Beteiligten einig, dass der Eingriff auf Abschnitt 2, Unterabschnitt 1 des Gesetzes über die Anerkennung des Geschlechts Transsexueller basierte.¹⁹¹⁶

(cc) Eingriffszweck

Nach Ansicht der Kammer verfolgte Finnland das legitime Ziel die Gesundheit und die Moral sowie die Rechte und Freiheiten anderer zu schützen.¹⁹¹⁷ Welche Ziele dies im Einzelnen beinhaltet, wurde weder durch Finnland noch das Gericht erläutert. Gemeint kann eigentlich nur das Ziel sein, die Ehe verschiedengeschlechtlichen Paaren vorzubehalten, da dies augenscheinlich die einzige Motivation hinter der Vorschrift ist. Hinzukommen könnte noch der Schutz der traditionellen Familie. Die anderen im Absatz 2 des Art. 8 EMRK aufgezählten Ziele kommen zweifellos nicht in Frage. Der Prüfungspunkt taucht im Urteil der Großen Kammer, die den Fall unter dem Gesichtspunkt einer positiven Verpflichtung prüft, folglich nicht auf. Inwiefern die Rechte und Freiheiten anderer dadurch beeinträchtigt würden, wenn es der Beschwerdeführerin und ihrer Frau erlaubt wäre, verheiratet zu bleiben, ergibt sich nicht ohne Weiteres. Andere könnten weiterhin Ehen eingehen und auch für bereits bestehende Ehen sind keine nachteiligen Auswirkungen offensichtlich. Damit bleibt der Schutz der Moral.¹⁹¹⁸ Die genaue Festlegung des verfolgten Ziels ist für die Wertung innerhalb der späteren Abwägung von Bedeutung.

(dd) Argumente des Kammergerichts und der Parteien

(i) Das Kammergericht

Das Kammergericht wies auf zwei konkurrierende Rechte hin: Das Recht der Beschwerdeführerin auf Achtung ihres Privatlebens, indem sie eine weibliche ID-Nummer erhält und das staatliche Interesse, die traditionelle Institution der Ehe unberührt zu lassen.¹⁹¹⁹ Das Gericht wiederholte, dass es in seiner Rechtsprechung mehrfach festgestellt habe, dass aus Art. 12 EMRK keine Pflicht für die Vertragsstaaten resultiere, gleichgeschlechtlichen Paaren den Zugang zur Ehe zu ermöglichen. Auch könne sich eine derartige Verpflichtung nicht aus Art. 8 EMRK, einer Vorschrift von breiterem Umfang und Zweck, ergeben.¹⁹²⁰ Außerdem habe er in *Goodwin* festgehalten, dass die Regulierung der Auswirkungen einer rechtlichen

¹⁹¹⁵ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 26.04.1979 - 6538/74, Series A 30, Rn. 46 ff. – Sunday Times/Vereinigtes Königreich.

¹⁹¹⁶ *EGMR*, Urt. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 45 – H./Finnland; in der Großen Kammer wurde hierauf nicht eingegangen.

¹⁹¹⁷ *Ibid.*

¹⁹¹⁸ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 11 f., 21, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – *Hämäläinen/Finnland*. Kritisiert von *Gonzalez Salzborg*, *Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage*, *JICL* 2015. S. 173–186 (182).

¹⁹¹⁹ *EGMR*, Urt. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 48 – H./Finnland.

¹⁹²⁰ *Ibid.*, Rn. 49.

Geschlechtsänderung in die *margin of appreciation* der Mitgliedstaaten falle.¹⁹²¹ Der Konsens in Europa bezüglich gleichgeschlechtlicher Ehe sei in der Entwicklung und einige Vertragsstaaten hätten diese Möglichkeit in ihre nationale Gesetzgebung aufgenommen. In Finnland sei die gleichgeschlechtliche Ehe allerdings noch nicht vorgesehen – auch wenn diese Möglichkeit zum Zeitpunkt des Urteils vom finnischen Parlament diskutiert wurde. Gleichzeitig seien die Rechte gleichgeschlechtlicher Paare durch die Möglichkeit der Registrierung einer zivilen Partnerschaft geschützt. Es stimme zwar, dass die Beschwerdeführerin täglich Situationen erlebe, in denen ihr ihre männliche ID-Nummer Unannehmlichkeiten bereite, das Gericht sieht die Beschwerdeführerin jedoch in der Lage, diese Situation zu ändern (Wandlung ihrer Ehe in eine eingetragene Lebenspartnerschaft oder Scheidung). Insofern sei es nicht unverhältnismäßig, die Zustimmung der Ehepartnerin vorauszusetzen, da deren Rechte betroffen seien. Ebenso sei die Umwandlung in eine eingetragene Partnerschaft nicht unverhältnismäßig, da sie fast den gleichen Schutz gewähre wie eine Ehe.¹⁹²² Es gäbe keine Anhaltspunkte dafür, dass das Kind oder andere Personen durch diese Umwandlung nachteilig betroffen wären.¹⁹²³ Zusammenfassend seien die Auswirkungen des finnischen Systems nicht unverhältnismäßig, ein fairer Ausgleich zwischen den Interessen hergestellt, der Eingriff in das Privatleben gerechtfertigt und Art. 8 EMRK nicht verletzt.¹⁹²⁴

(ii) Die Beschwerdeführerin

Die Beschwerdeführerin sah sich gezwungen zwischen zwei in der Konvention garantierten Rechten zu wählen: Ihrem Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung und ihr Recht verheiratet zu bleiben.¹⁹²⁵ In ihrer Argumentation grenzte sie sich von der Situation eines homo- und cissexuellen Paares bewusst ab. Sie wolle nicht generell die Rechte von Ehepartnern auf gleichgeschlechtliche Paare übertragen haben, sondern nur ihre Ehe erhalten. Ihr Ziel sei es nicht, ein neues Recht zu erhalten, sondern ihr bereits erworbenes Recht geschützt zu sehen. Wenn Transsexuelle in ihrer Ehe verbleiben dürften, habe dies nur marginale Auswirkungen, da diese Fälle sehr selten seien. Außerdem argumentierte die Beschwerdeführerin, wie es auch schon vor dem BVerfG getan wurde: Der Eindruck von gleichgeschlechtlichen Ehen entstehe ohnehin schon. Außerdem würden Geschlechtsänderungen, die im Ausland erfolgten in Finnland anerkannt. Das faktische Scheidungserfordernis stelle einen Eingriff in ihr Privat- und Familienleben dar. Das Familienleben sollte nicht unberücksichtigt bleiben, hierfür verweist sie auf *Parry*. Die *margin of appreciation* wiederum müsse eng sein, wenn ein besonders wichtiger Aspekt der Existenz oder Identität eines Menschen betroffen sei. Im vorliegenden Zusammenhang bedeute

¹⁹²¹ *Ibid.*, Rn. 49.

¹⁹²² *Ibid.*, Rn. 50.

¹⁹²³ *Ibid.*, Rn. 51.

¹⁹²⁴ *Ibid.*, Rn. 52.

¹⁹²⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 41–48 – Hämäläinen/Finnland.

dies, dass die *margin of appreciation* nicht so weit reichen könne, dass ein Staat eine Ehe nach eigenem Ermessen beenden könne. Im Übrigen sei der Eingriff nicht notwendig und unverhältnismäßig. Die Änderung ihres Geschlechts verlange in jedem Fall eine Beendigung ihrer Ehe, entweder durch Scheidung oder Umwandlung, wobei die Umwandlung einer Scheidung gleiche. Da eine Zustimmung der Partnerin notwendig sei, sei die Scheidung durch den Staat erzwungen. Dies stehe im Widerspruch mit der, der Ehe zugrundeliegenden Verpflichtung zur Dauerhaftigkeit. Weiterhin betonte die Beschwerdeführerin, dass sie seit 17 Jahren verheiratet seien und ein gemeinsames Kind hätten. Weiterhin bestünden wichtige Unterschiede zwischen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft. Wenn in einer eingetragenen Partnerschaft die weibliche Person ein Kind gebärt, werden nicht automatisch beide Partner Eltern. Eine Adoption von einem nicht mit dem Partner biologisch verwandten Kind ist ebenfalls nicht möglich. Ob das zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Kind bestehende rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis gleich bleiben würde, sei ebenfalls unklar, da im Gesetz dazu kein Bezug genommen werde. Als sie ihre Ehe eingingen, seien sie, basierend auf ihren starken religiösen Überzeugungen, davon ausgegangen, dass sie für ein Leben gelte. Die Frau der Beschwerdeführerin sei außerdem weiterhin heterosexuell. Ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung sei nicht ausreichend gewichtet worden. Der Mangel an rechtlicher Anerkennung habe tiefgreifende Auswirkungen für das tägliche Leben, sie sei regelmäßig gezwungen völlig Fremden ihre Transsexualität zu offenbaren. Die Kammer habe letztlich jüngste internationale Entwicklungen hinsichtlich der Aufgabe des Scheidungserfordernisses, der Legalisierung von gleichgeschlechtlichen Ehen und der Scheidung durch freie Entscheidung nicht ausreichend berücksichtigt. Auch in Finnland gäbe es die Tendenz dahin, das Erfordernis der Scheidung aufzugeben.

(iii) Die Regierung

Die finnische Regierung stimmte der Kammerentscheidung zu.¹⁹²⁶ Das Gesetz sei erlassen worden, um Ungleichheiten durch unterschiedliche Verwaltungspraxen zu vermeiden und nachvollziehbare Voraussetzungen für die Geschlechtsanerkennung zu schaffen. Das Gesetz habe ursprünglich keine Möglichkeit vorgesehen, die Ehe in anderer rechtlicher anerkannter Form fortzuführen, was als unzumutbar anerkannt wurde. Bei den bisher umgewandelten Ehen (15) und eingetragenen Partnerschaften (16) waren in 9 Fällen Kinder vorhanden, das rechtliche Eltern-Kind-Verhältnis habe sich nicht geändert. Es bestehe kein Scheidungszwang durch das Gesetz. Mit Zustimmung des Ehepartners werde kraft Gesetzes aus der Ehe eine eingetragene Partnerschaft, die Rechtsbeziehung bestehe fort, nur der Name ändere sich. Es bestünden nur zwei Unterschiede: Keine Vaterschaftsvermutung, das Namensgesetz, wie auch das Adoptionsgesetz gelte nicht. Im Übrigen herrsche bezüglich der hier strittigen Fragen in Europa kein Konsens.

¹⁹²⁶ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 49–53 – Hämäläinen/Finnland.

(ee) Prüfung der Großen Kammer

Die Große Kammer geht von einer Schutzpflicht aus. Folglich beginnt der EGMR mit Ausführungen zu den Grundsätzen für die Prüfung, ob eine positive Schutzpflicht besteht.¹⁹²⁷ Ähnlich wie bei der Prüfung von negativen Verpflichtungen müsse ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des Einzelnen und der Allgemeinheit hergestellt werden. Die in Art. 8 II EMRK aufgezählten Ziele hätten auch bei positiven Verpflichtungen eine gewisse Bedeutung. Es folgt eine Aufzählung der bekannten Grundsätze zur Bestimmung der *margin of appreciation*. Im folgenden Abschnitt werden diese auf den Fall von Frau Hämäläinen angewandt.¹⁹²⁸ Bereits der Anfang macht deutlich, was Dreh- und Angelpunkt der Prüfung sein wird: Die gleichgeschlechtliche Ehe. Der EGMR sei sich bewusst, dass die Beschwerdeführerin nicht allgemein die gleichgeschlechtliche Ehe fordere, dennoch führe ihr Wunsch in der Praxis zu einer solchen. Ein Mal mehr wird deutlich, dass es eigentlich nur um die gleichgeschlechtliche Ehe geht. Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs schließt aus Art. 8 EMRK keine Pflicht der Mitgliedstaaten gleichgeschlechtlichen Paaren die Eheschließung zu ermöglichen. Aus der Rechtsprechung ergebe sich außerdem, dass die Mitgliedstaaten die Folgen einer Geschlechtsumwandlung für eine Ehe weitgehend, wenn auch nicht in vollem Umfang, entsprechend ihrem Ermessen bestimmen könnten (vgl. *Goodwin*). Außerdem wurde in *Parry* und *R & F* die englische eingetragene Lebenspartnerschaft mit ähnlichen Rechten und Pflichten wie die Ehe als angemessene Option angesehen. Der vorliegende Fall betreffe Fragen, welche in den Vertragsstaaten fortwährender Entwicklung unterworfen seien.

(i) Der Konsens und die *margin of appreciation*

Es folgt eine Wiedergabe der Situation in den Vertragsstaaten. Zur Zeit des Urteils erlaubten 10 Mitgliedstaaten die gleichgeschlechtliche Ehe (Belgien, Dänemark, Frankreich, Island, Norwegen, Portugal, Spanien, Schweden, die Niederlande und das Vereinigte Königreich bzw. Wales und England).¹⁹²⁹ Inzwischen sind noch weitere Länder hinzugekommen (s.o.), auch Finnland hat 2017 die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet. In 24 Staaten existierten jedoch keine rechtlichen Rahmenbedingungen für die rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsänderung oder Rechtsvorschriften, die sich spezifisch mit dem Status verheirateter Personen beschäftigen, die eine Geschlechtsumwandlung haben vornehmen lassen.¹⁹³⁰ In

¹⁹²⁷ *Ibid.*, Rn. 65–68.

¹⁹²⁸ *Ibid.*, Rn. 69–89.

¹⁹²⁹ *Ibid.*, Rn. 31, 72. In Schweden wurde trotz Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe in 2009 die Voraussetzung der Ehelosigkeit zunächst bis 2012 aufrechterhalten. Auch in England gibt es inzwischen die gleichgeschlechtliche Ehe. Dennoch müssen verheiratete Transsexuelle, wenn sie die Geschlechtsänderung beantragen, zurzeit eine Erklärung ihrer Ehepartner vorlegen, dass sie an ihrer Ehe festhalten wollen, vgl. *Gender Recognition Act 2004*, Sect. 3, Subsect. 6 b, eingefügt durch *Marriage (Same Sex Couples) Act 2013*.

¹⁹³⁰ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 32 – Hämäläinen/Finnland.

sechs Staaten, die eine Regulierung der Geschlechtsanerkennung kannten, wurde vorausgesetzt, dass die Person alleinstehend oder geschieden ist oder sie sahen vor, dass in Folge einer Geschlechtsänderung vorher bestehende Ehen nicht weiter existieren.¹⁹³¹

Eine Ausnahme machten zur Zeit des Urteils drei Länder, diese ermöglichten die rechtliche Geschlechtsänderung, ohne dass eine bestehende Ehe beendet werden musste.¹⁹³² In allen drei Ländern (Österreich, Deutschland und Schweiz) wurde dies durch die Rechtsprechung ermöglicht. Der EGMR geht in seinem Urteil jedoch nicht im Einzelnen auf die Rechtsentwicklung in den Ländern, die Urteile oder die Argumente der nationalen Gerichte ein. Hinsichtlich des Urteils des deutschen BVerfG sei an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen verwiesen. Die finnische Regierung hatte auf das deutsche Urteil Bezug genommen und darauf hingewiesen, dass das deutsche BVerfG zwar eine ähnliche Situation für verfassungswidrig erklärt hat, es aber dem Gesetzgeber überlasse, dies zu beheben. Eine Ehe könnte in eine eingetragene Partnerschaft oder eine Partnerschaft *sui generis* umgewandelt werden, es müssten nur die Rechte und Pflichten der Ehepartner erhalten bleiben.

In Österreich wird die Geschlechtsänderung durch einen Transsexuellenerlass des Bundesinnenministeriums von 1983 und 1996 geregelt.¹⁹³³ Der Erlass von 1983 stellte fest, dass ab dem Zeitpunkt der Eintragung eines Randvermerks eine zuvor eingegangene Ehe nicht mehr bestehen könne (Punkt 3.5.2).¹⁹³⁴ Dies wurde durch einen Erlass von 1996 modifiziert, der die Bedingung der Ehelosigkeit zum Zeitpunkt der Änderung des Personenstands einführte (Punkt 2.4). Die Erlasse wurden in der Rechtsprechung des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofs und in der Folge auch des Bundesverfassungsgerichts teilweise als grundrechtswidrig aufgehoben.¹⁹³⁵ Der Verfassungsgerichtshof hob die entsprechenden Passagen des Erlasses mangels Kundmachung im Bundesgesetzblatt als gesetzeswidrig auf.¹⁹³⁶ Damit gibt es in Österreich keinen Scheidungszwang mehr im Zusammenhang mit der Anerkennung des Geschlechts.

In der Schweiz ist es nicht zulässig, einer Person das Recht auf registerrechtlichen Nachvollzug einer Änderung der Geschlechtsidentität zu verweigern, weil sie

¹⁹³¹ *Ibid.*, Rn. 32, 73. Bspw. in der Türkei, vgl. Art. 40 ZGB, *Will*, Das Gespenst im Zivilgesetzbuch, in: Mansel/Pfeiffer (Hrsg.), Festschrift für Jayme, 2004, S. 1625 (1630).

¹⁹³² *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 32 – Hämäläinen/Finland. Bevor in Luxemburg 2014 die gleichgeschlechtliche Ehe eingeführt wurde, gab es im Zusammenhang mit der Geschlechtsänderung keinen Scheidungszwang.

¹⁹³³ *Will*, Europarat und Transsexuelle, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (206).

¹⁹³⁴ Zur Rechtslage in Österreich vor diesen Urteilen s. *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 198–212.

¹⁹³⁵ *Österreichischer VerfGH*, Urt. v. 08.06.2006 – V 4/06; *Österreichisches BVerfG*, Urt. v. 27.05.2008 – 1 BvL 10/05.

¹⁹³⁶ Dazu bereits vor der Entscheidung des *VerfGH*: *Greif*, *Doing Trans/Gender*, 2005, S. 188–191.

verheiratet ist.¹⁹³⁷ Erfolgt der registerrechtliche Nachvollzug, wird die Ehe nicht zu einer Nichtehe oder ungültigen Ehe. Eine erzwungene Scheidung ist ebenfalls unzulässig. Für die Umwandlung einer Ehe in eine eingetragene Partnerschaft (oder umgekehrt) gibt es keine gesetzliche Grundlage. Das Regionalgericht Bern-Mittelland argumentierte 2012 es bestehe eine echte Gesetzeslücke im Sinne von Art. 1 Abs. 2 ZGB und befürwortete eine Konversion von einer Ehe in eine eingetragene Partnerschaft (auch *ex lege*).¹⁹³⁸

Die hier besprochenen Zahlen fasst der EGMR wie folgt zusammen: Nur in drei Ländern, die keine gleichgeschlechtliche Ehe vorsehen, kann eine rechtliche Geschlechtsänderung ohne Auflösung der Ehe erfolgen und in 24 Ländern sei die Situation unklar.¹⁹³⁹

(ii) Kritik an der Konsensbestimmung

Diese Bewertung beruht auf einer vorherigen Selektion des Gerichtshofs, welche Zahlen letztlich für die Feststellung eines Konsenses ausschlaggebend sein sollen. Zunächst stellt sich die Frage, warum die zehn Staaten, die eine gleichgeschlechtliche Ehe vorsehen, aus der Bewertung rausfallen. Auch diese Staaten haben eine rechtliche Regelung getroffen, die Teil des Konsenses ist: Gleichgeschlechtliche Ehen von Transsexuellen sind akzeptiert, wie auch alle gleichgeschlechtliche Ehen zwischen Cissexuellen.

Der EGMR gab an, dass 24 von den 47 Ländern keine eindeutige rechtliche Grundlage für die rechtliche Geschlechtsänderung hätten oder keine gesetzlichen Bestimmungen zum Status von verheirateten Transsexuellen.¹⁹⁴⁰ In *Goodwin*, zwölf Jahre zuvor, hatte der EGMR sich noch auf ein Gutachten bezogen, nach dem 33 von 37 untersuchten Staaten eine rechtliche Geschlechtsänderung erlaubten.¹⁹⁴¹ Dies würde bedeuten, dass die Möglichkeit zur rechtlichen Anerkennung teilweise zurückgenommen wurde. Unter Umständen basieren diese unterschiedlichen Zahlen darauf, dass die rechtliche Anerkennung nicht immer auf Gesetzen oder Verwaltungsvorschriften basierend möglich ist, sondern nur aufgrund nicht gemeldeter administrativer oder gerichtlicher Praxis. Dennoch bedürften sie einer genaueren Erläuterung, um zu veranschaulichen, warum nur die Länder berücksichtigt werden sollten, die eine Änderung ausdrücklich und gesetzlich ermöglichen. Weiterhin berücksichtigt der EGMR vorliegend, dass viele (vor allem osteuropäische) Staaten die vorliegende Situation nicht regeln. Warum dabei Staaten berücksichtigt werden,

¹⁹³⁷ Vgl. Nr. 2 *Appellationshof des Kantons Bern, I. Zivilkammer*, Entscheid v. 29.07.2005, i. S. Appellat 1 gegen Appellat 2 – APH 05 303, Rn. 10. Überblicksartig zur Rechtsprechung zum Thema Transsexualität in der Schweiz s. *Will*, *Europarat und Transsexuelle*, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (207–209).

¹⁹³⁸ *Regionalgericht Bern-Mittelland*, Az. CIV 12 1217 JAC, Entscheid v. 12.09.2012.

¹⁹³⁹ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 33, 73 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, Rn. 32.

¹⁹⁴¹ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 55, 84 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 73 – I./Vereinigtes Königreich.

die gar keinen rechtlichen Rahmen für eine Geschlechtsänderung vorsehen oder dessen Anwendung praktisch nicht ermöglichen¹⁹⁴², erscheint sehr fragwürdig, da der EGMR inzwischen mehrfach festgestellt hat, dass die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet sind, eine rechtliche Geschlechtsänderung zu ermöglichen.¹⁹⁴³ Laut der *third party intervention* von TGEU sind es 16 Staaten, in denen eine Geschlechtsänderung nicht möglich ist, sie verletzen damit Art. 8 EMRK.¹⁹⁴⁴ Damit blieben 31 Mitgliedstaaten, die überhaupt eine rechtliche Anerkennung (faktisch) ermöglichen und die für die Feststellung eines Konsenses ausschlaggebend sein sollten. Davon gestatteten zehn eine gleichgeschlechtliche Ehe und drei die gleichgeschlechtliche Ehe von Transsexuellen. Ein weiterer möglicher Blickwinkel wäre es, nur die Staaten zu berücksichtigen, die überhaupt eine Position zur Ehe von Transsexuellen beziehen. Das wären 19 Länder, von denen 13 die Ehe bei einer Geschlechtsänderung bestehen lassen würden.

Unerwähnt blieb auch, dass zwei Länder, die weder die gleichgeschlechtliche Ehe, noch die eingetragene Lebenspartnerschaft vorsahen, es Transsexuellen gestatteten, ihr Geschlecht zu ändern und verheiratet zu bleiben (Estland und Georgien).

Letztlich ist auch unklar, warum der EGMR in der Vergangenheit einen Blick auf die rechtliche Regelung im außereuropäischen Bereich warf, diesen im vorliegenden Fall jedoch unberücksichtigt lässt. Auch ließ er bereits einen generellen Trend zur erhöhten Akzeptanz ausreichen.¹⁹⁴⁵ Diesbezüglich zeigt die *third party intervention* von TGEU, dass es weiterhin einen Trend gibt, die Rechte von Transsexuellen verstärkt zu schützen.¹⁹⁴⁶ Die meisten neuen Gesetze zu Transsexualität, die Revisionen von bereits existierenden Gesetzen und die Diskussionen innerhalb dieser Prozesse zeigen, dass die Mitgliedstaaten verstärkt das Recht auf Selbstbestimmung berücksichtigen. Teilweise wird geplant, die Ehe zu öffnen, die eingetragene Partnerschaft einzuführen oder die Rechte der eingetragenen Partnerschaft an die Ehe anzugleichen. Es wäre sinnvoll, wenn nicht gar notwendig gewesen, zu begründen, warum ein Trend für die grundsätzliche Anerkennung der Geschlechtsidentität ausschlaggebend war, aber für die Ausformung nicht. Eine Begründung dürfte anhand der Bedeutung von Moral, dem Stellenwert der Ehe und der grundsätzlichen Zurückhaltung des EGMR hinsichtlich der einzelnen nationalen gesetzlichen

¹⁹⁴² „The majority of the member States do not have any kind of legislation on gender recognition in place.“ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 74 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁴³ Nach *Goodwin, I.* und *Grant* deutlich in *EGMR*, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 56 – L./Litauen.

¹⁹⁴⁴ http://www.tgeu.org/sites/default/files/TGEU_intervention_H_v_Finland.pdf, S. 2 (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

¹⁹⁴⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 85 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich. Kritik in dieser Richtung findet sich auch in der gemeinsame abweichenden Meinung der Richter *Saji/Keller/Lemmens*, Rn. 5, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁴⁶ http://www.tgeu.org/sites/default/files/TGEU_intervention_H_v_Finland.pdf, S. 3 (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

Ausformung von Ansprüchen (Subsidiarität) geschehen. Diese Aspekte werden jedoch auch allgemein in der Prüfung des Umfangs des Ermessensspielraums berücksichtigt.

Insgesamt wird deutlich, dass ein Konsens oder der Mangel dessen vorliegend nicht eindeutig feststellbar sind und aus diesem Grund ungeeignet sind, den Ermessensspielraum Finnlands eindeutig zu erweitern. Daneben bleibt unklar, warum die Große Kammer sich dazu entschieden hat die Gründe für eine Reduzierung des Ermessensspielraumes (Bedeutung der Geschlechtsidentität für das Leben und die Identität des Einzelnen) nicht weiter zu berücksichtigen.¹⁹⁴⁷ Die moralische und symbolische Bedeutung der Ehe wird nur einseitig berücksichtigt, indem die Bewahrung der Ehe als verschiedengeschlechtliche Partnerschaft als legitimes Ziel anerkannt wird. Das Interesse der Ehepartner an der Aufrechterhaltung ihrer Ehe wird jedoch nicht berücksichtigt. Die bisherige und anhaltende allgemeine Kritik am Konsenskonzept als Instrument, mit dem eine rückläufige Bewegung erreicht wird und dem kleinsten gemeinsamen Nenner Vorrang gegeben wird, gilt auch im vorliegenden Fall. Weiterhin hat der EGMR ein Ermessen hinsichtlich der Anerkennung eines Trends, es muss sich hierbei nicht um die überragende Mehrheit handeln.¹⁹⁴⁸

(iii) Äußerungen auf europäischer und internationaler Ebene

Neben der nationalen Ebene lohnt sich auch ein Blick auf die europäische bzw. internationale Ebene. Auch der EGMR nimmt in seinen jüngeren Urteilen eine ausführliche Auflistung der Empfehlungen, Resolutionen und Berichte vor und schließt daraus auf einen Konsens.¹⁹⁴⁹ In *Hämäläinen* war dies nicht der Fall, da aber ein ähnlicher Fall erneut vor den EGMR landen könnte, erfolgt an dieser Stelle eine Zusammenfassung.

Thomas Hammarberg, der damalige Kommissar des Europarats für Menschenrechte, veröffentlichte 2009 das Themenpapier „Menschenrechte & Geschlechtsidentität“. Dort nahm er u.a. auf die nachteiligen Folgen einer aufgezwungenen Scheidung (bspw. für die Kinder) Bezug.¹⁹⁵⁰ Laut seinen Ausführungen bestehe die Gefahr, dass das sein Geschlecht ändernde Elternteil das Sorgerecht verliert und es zu Härtefällen für die Familien kommt, weil eine Scheidung finanzielle Nachteile mit sich bringen kann. Ferner verweist er auf die Urteile des Österreichischen VfGH und des deutschen BVerfG. Seine Forderung, Einschränkungen des Rechts in einer bestehenden Ehe zu bleiben, aus dem Weg zu räumen wiederholte der

¹⁹⁴⁷ So auch die gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 5, zu *EGMR (GK)*, Urte. v. 16.07.2014 - 37359/09 – *Hämäläinen/Finnland*.

¹⁹⁴⁸ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 5, zu *EGMR (GK)*, Urte. v. 16.07.2014 - 37359/09 – *Hämäläinen/Finnland*.

¹⁹⁴⁹ *EGMR*, Urte. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 29–34, 110 – *Y. Y./Türkei*; wiederaufgenommen in der übereinstimmenden Meinung der Richter *Keller/Spino*, Rn. 15–19.

¹⁹⁵⁰ *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Issue Paper: Human Rights and Gender Identity, 29.07.2009, Abschnitt 3.2.2 S. 21–22.

Menschenrechtskommissar in seinem Bericht von 2011.¹⁹⁵¹ Die vom Ministerkomitee des Europarats am 31.03.2010 veröffentlichte Empfehlung über Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder Geschlechtsidentität, nimmt auf vor der gewünschten Geschlechtsänderung eingegangene Ehen keinen Bezug und hält sich allgemein mit den Empfehlungen im Rahmen des Eherechts und des Rechts der eingetragenen Partnerschaften stark zurück.¹⁹⁵² In dessen Anhang heißt es zumindest, dass die Voraussetzungen für die geforderte rechtliche Anerkennung, einschließlich derer über die Änderung von physischer Natur, regelmäßig überprüft werden sollten, um anschließend solche zu streichen, die missbräuchlich seien.¹⁹⁵³ Ähnlich die Ende April 2010 folgende Resolution der Parlamentarischen Versammlung – ebenfalls zur Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung und Geschlechtsidentität.¹⁹⁵⁴ Die deutlichste Aussage traf die Parlamentarische Versammlung des Europarats im Jahr 2015. Sie forderte die Mitgliedstaaten nicht nur auf, Einschränkungen des Rechts in einer bestehenden Ehe zu bleiben abzuschaffen und dafür zu sorgen, dass Ehepartner und Kinder ihre Rechte nicht verlieren, sondern auch das Verfahren auf einem Selbstbestimmungsrecht basieren zu lassen.¹⁹⁵⁵

Die Yogyakarta-Prinzipien sehen ebenfalls vor, dass weder die Ehe noch die Elternschaft als Grund angeführt werden dürfen, um die rechtliche Anerkennung der geschlechtlichen Identität eines Menschen zu verhindern (Prinzip 3).¹⁹⁵⁶

Die größte Zurückhaltung findet sich auf der Ebene der Vereinten Nationen, auch wenn die Belange von Transidenten dort mittlerweile adressiert werden. Ein Bericht des Hohen Kommissars der Vereinten Nationen für die Menschenrechte forderte 2011 die Mitgliedstaaten auf, die rechtliche Geschlechtsanerkennung zu ermöglichen, ohne dabei andere Menschenrechte zu verletzen.¹⁹⁵⁷ In dem Bericht wurde die implizierte Zwangsscheidung zumindest aufgeführt.¹⁹⁵⁸ Ansonsten beziehen sich die Äußerungen nur darauf, zwischen nicht-verheirateten homosexuellen und nicht-verheirateten heterosexuellen Paaren nicht zu diskriminieren. Diese

¹⁹⁵¹ *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Report: Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, September 2011.

¹⁹⁵² *Council of Europe: Committee of Minister*, Recommendation CM/Rec(2010)5: On measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31.03.2010.

¹⁹⁵³ IV. Right to respect for private and family life, Nr. 20.

¹⁹⁵⁴ *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 1728 (2010): Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, 29.04.2010.

¹⁹⁵⁵ *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 6.2.3.

¹⁹⁵⁶ *Hirschfeld-Eddy-Stiftung* (Hrsg.), Die Yogyakarta-Prinzipien. Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität, Berlin 2008, S. 16 f.

¹⁹⁵⁷ *UN Human Rights Council*, A/HRC/19/41, Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity, 17.11.2011, Rn. 84 h.

¹⁹⁵⁸ *Ibid.*, Rn. 72.

Zurückhaltung ist wohl dem Bezug zur weltweit noch stärker polarisierenden Frage der gleichgeschlechtlichen Ehe geschuldet.

Der UN-Menschenrechtsausschuss forderte 2014 in seinen abschließenden Beobachtungen Irland dazu auf, das Recht auf rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität zu garantieren, ohne die Auflösung einer Ehe oder eingetragenen Partnerschaft vorauszusetzen und bei der endgültigen Fertigstellung der Gesetzgebung Transsexuelle und die Vertreter von Trans-Organisationen effektiv zu konsultieren.¹⁹⁵⁹

Handelt es sich teilweise auch nicht um verbindliche, sondern nur beratende Äußerungen gerichtet an die Mitgliedstaaten, sind sie dennoch Beweis für einen sich immer stärker entwickelnden Konsens in Europa und weltweit, welcher vom EGMR genutzt werden kann, um Verpflichtungen und Rechte aus der EMRK abzuleiten.

(iv) Umfang der *margin of appreciation*

Nach Ansicht des EGMR fehlte es nach wie vor an einem Konsens. Der Fall werfe heikle moralische und ethische Fragen auf, sodass im Ergebnis dem beklagten Staat ein großer Ermessensspielraum eingeräumt werden müsse. Dieser beziehe sich grundsätzlich sowohl auf die Frage, ob gesetzliche Regelungen für die rechtliche Anerkennung des Geschlechts von operierten Transsexuellen geschaffen werden sollen, als auch welcher Vorschriften es bedürfe, um einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden öffentlichen und privaten Interessen herzustellen.¹⁹⁶⁰ Die Formulierung würde gegenüber *Goodwin* und *I* einen Rückschritt bedeuten, wenn wirklich gemeint wäre, dass den Staaten ein Ermessensspielraum darüber zusteht, ob Transsexuelle in ihrem Geschlecht anzuerkennen sind. In *Goodwin* und *I* kam der EGMR noch zum Schluss, dass die belangte Regierung nicht länger behaupten kann, dass die Angelegenheit in ihren Ermessensspielraum fällt, soweit es nicht um die geeigneten Mittel geht, mit denen die Anerkennung des von der Konvention gewährleisteten Rechts erreicht werden soll.¹⁹⁶¹ Dies wiederholte der EGMR in *L. gegen Litauen*: Der Gerichtshof habe in der Vergangenheit festgehalten, dass die Staaten zwar einen gewissen Ermessensspielraum hätten, aufgrund ihrer positiven Verpflichtung nach Art. 8 EMRK aber dazu verpflichtet seien, die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit von post-operativen Transsexuellen (unter anderem durch die Korrektur ihrer Personenstandsdaten) mit den daraus resultierenden Konsequenzen anzuerkennen.¹⁹⁶² Es bleibt zu hoffen, dass es sich bei der Formulierung in *Hämäläinen* um ein Versehen handelt, da der Gerichtshof bei der Zusammenfassung der anzuwendenden Prinzipien auf die in *Goodwin* festgestellte Verpflichtung zur

¹⁹⁵⁹ UN *Human Rights Committee*, CCPR/C/IRL/CO/4, Concluding observations on the fourth periodic report of Ireland, 19.08.2014, Rn. 7.

¹⁹⁶⁰ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 75 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁶¹ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 93 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 73 – I./Vereinigtes Königreich.

¹⁹⁶² EGMR, Urt. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 56 – L./Litauen.

Anerkennung verweist.¹⁹⁶³ Es besteht jedoch die Gefahr, dass sich Regierungen in zukünftigen Streitfällen auf die Formulierung in *Hämäläinen* berufen werden. Wenn nicht über gesetzliche Regelungen eine Anerkennung ermöglicht wird, müsste dies über andere Wege erfolgen. Dass den Staaten hinsichtlich der Voraussetzungen für die Anerkennung ein Ermessensspielraum zusteht, insbesondere bei bereits bestehenden Ehen, stellte der Gerichtshof bereits damals fest.¹⁹⁶⁴ Dies ist in Anbetracht der nationalen Unterschiede grundsätzlich nicht zu beanstanden.

(v) Abwägung

Nach der Feststellung der *margin of appreciation* wendet der EGMR sich dem nationalen finnischen System zu. Drei verschiedene *choices*, nicht *obligations*, ständen der Beschwerdeführerin zur Verfügung: Verheiratet zu bleiben und Unannehmlichkeiten zu akzeptieren, die Ehe in eine eingetragene Partnerschaft umzuwandeln oder die Scheidung zu beantragen.¹⁹⁶⁵ Hervorzuheben ist das Fazit, das die Große Kammer zieht: Dem finnischen Rechtssystem könne nicht entnommen werden, dass es implizit von der Beschwerdeführerin verlange sich gegen ihren Willen scheiden zu lassen. Die Möglichkeit der Scheidung stehe ihr wie jeder verheirateten Person offen.¹⁹⁶⁶ Hier übersieht die Große Kammer (bewusst) den Aspekt, der diesen Fall ausmacht. Es stehen sich nicht nur die Interessen des Staats und des Individuums oder Grundrechte Dritter und die Rechte der Beschwerdeführerin gegenüber, sondern die Beschwerdeführerin muss sich zwischen zwei ihrer eigenen Rechte entscheiden. Auch wenn durch die Umwandlungsmöglichkeit ihr Recht auf Anerkennung in einer Beziehung geschützt wird, muss sie ihre grundrechtlich geschützte Ehe völlig aufgeben. Sie ist nicht mehr verheiratet, daran ändert die Tatsache auch nichts, dass sie erworbene Rechte und Pflichten weitestgehend behält. Dazu kommt, dass ihre Partnerin ebenfalls gezwungen ist, auf ihre Ehe zu verzichten, um ihrer Ehefrau die Verwirklichung der Geschlechtsidentität zu ermöglichen. In der abweichenden Meinung wird diesbezüglich betont, dass die Religiosität nicht ausreichend berücksichtigt wurde.¹⁹⁶⁷ Dieses Argument wiederum wird kritisiert, weil dadurch verheiratete Paare ohne eine derartige religiöse Überzeugung möglicherweise nicht den gleichen Schutz ihres Menschenrechts erhalten¹⁹⁶⁸. Andererseits erfährt die Religionsfreiheit einen besonderen Schutz, auch im Rahmen der Konvention, vgl. Art. 9 EMRK. Der Verweis auf die Religiosität des Paares ist aber nur von bedingter Bedeutung, weil es einen Unterschied zwischen der staatlichen und

¹⁹⁶³ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 68 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁶⁴ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 103 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 25680/94, Rn. 83 – I./Vereinigtes Königreich.

¹⁹⁶⁵ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 76–78 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁶⁶ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 78 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁶⁷ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 8, zu EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁶⁸ *Gonzalez Salzberg*, Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage, JICL 2015. S. 173–186 (183).

kirchlichen Ehe gibt. Die katholische Kirche bspw. geht von der Unauflösbarkeit der Ehe aus, sodass eine staatliche Scheidung aus Sicht der katholischen Kirche keinen Einfluss auf die Ehe hätte. Gleichzeitig gibt es kirchenrechtliche Entscheidungen, nach denen Transsexualität eine Eheführungsunfähigkeit und Eheschließungsunfähigkeit bewirkt.¹⁹⁶⁹

Die Beschwerdeführerin hatte betont, die Geschlechtsänderung wandle das Paar nicht notwendigerweise in ein homosexuelles Paar, sondern dass ihre Ehefrau heterosexuell bleibe.¹⁹⁷⁰ Dies fand Zustimmung in der abweichenden Meinung der Richter *Sajó*, *Keller* und *Lemmens*.¹⁹⁷¹ Der Beschwerdeführerin und ihrer Ehefrau wird unterstellt, dass sie (mit der Geschlechtsänderung der Beschwerdeführerin) nicht nur eine gleichgeschlechtliche, sondern auch eine homosexuelle Beziehung führen. Auch wenn nationale Regelungen zur gleichgeschlechtlichen eingetragenen Partnerschaft die Gleichgeschlechtlichkeit und nicht die homosexuelle Orientierung zum Kriterium machen, ist sie für homosexuelle Paare gedacht. Der starke Zusammenhang zur grundsätzlichen Frage der gleichgeschlechtlichen Ehe wird in diesem Urteil mehr als deutlich, da er die Herangehensweise und das Ergebnis des Gerichtshofs bestimmt. Bereits in *Schalk und Kopf* betonte der Gerichtshof, dass die in *Goodwin* begründeten Grundsätze (dass Transsexuelle das Recht haben eine Ehe einzugehen) den Staaten nicht die Verpflichtung auferlegen würde gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe zu ermöglichen. In *Goodwin* waren die Partner unterschiedlichen Geschlechts, dieses Geschlecht wurde nicht mehr rein biologisch festgelegt. Obwohl sich der Gerichtshof in *Hämäläinen* bewusst war, dass die Beschwerdeführerin sich nicht für die gleichgeschlechtliche Ehe einsetzte, sondern schlicht ihre eigene Ehe erhalten wollte, teilte der Gerichtshof die Ansicht, dass eine Stattgabe der Forderung der Beschwerdeführerin, in der Praxis dazu führen würde, dass zwei Personen des gleichen Geschlechts verheiratet wären. Damit hat der Gerichtshof zwar Recht, er berücksichtigt aber nicht, dass gleichgeschlechtliche Personen, auch bei einem anderen Ergebnis des Gerichts, immer noch keine Ehe eingehen könnten. Gerade dieser Unterschied hat einen großen Einfluss auf die Abwägungsgründe. Es macht einen erheblichen Unterschied, ob es um die Aufrechterhaltung einer bereits eingegangenen Ehe geht und ihre Aufgabe, um eine Anerkennung in der Geschlechtsidentität zu erreichen, oder um die grundsätzliche Möglichkeit zu Absicherung einer Partnerschaft. Unabhängig von der Positionierung zur grundsätzlichen Möglichkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe drängt sich ein Vergleich der beiden Situationen auf. Cissexuelle, homosexuelle Menschen müssen für die Absicherung ihrer Partnerschaft nicht darauf verzichten in ihrer Geschlechtsidentität anerkannt zu werden. Sie müssen auch nicht bereits erworbene Rechte wieder aufgeben, um entsprechend ihrer Geschlechtsidentität leben zu können. Insofern wären auch Diskriminie-

¹⁹⁶⁹ Vgl. dazu ausführlich *Förster*, Transsexualität und Ehefähigkeit, 2013, S. 171 ff.

¹⁹⁷⁰ *EGMR (GK)*, Urte. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 44 – *Hämäläinen/Finland*.

¹⁹⁷¹ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 6, 8, zu *EGMR (GK)*, Urte. v. 16.07.2014 - 37359/09 – *Hämäläinen/Finland*.

rungsaspekte zu berücksichtigen. Das Argument des BVerfG, dass eine Akzeptanz der gleichgeschlechtlichen Ehe mit einer transsexuellen Person, aufgrund der geringen Anzahl an Fällen, nicht in der Lage wäre, die Prägekraft des Prinzips der Verschiedengeschlechtlichkeit in Frage zu stellen, könnte auch vor dem EGMR berücksichtigt werden.¹⁹⁷² Es stellt eine weitere Möglichkeit dar, sich zur Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit der gleichgeschlechtlichen Ehe abzugrenzen. Ebenso hätte berücksichtigt werden können, dass die Beschwerdeführerin und ihre Ehefrau bereits als gleichgeschlechtliches Ehepaar wahrgenommen werden, sodass es schwer fällt, nachzuvollziehen, inwiefern die rechtliche Anerkennung, der bereits faktisch verwirklichten Geschlechtsanpassung, eine signifikante zusätzliche Auswirkung auf die öffentliche Moral hätte.¹⁹⁷³

Die Beschwerde richtet sich nach Ansicht des EGMR primär darauf, in der eigenen Geschlechtsidentität Anerkennung zu finden und gleichzeitig die bestehende Beziehung zu schützen. Des Weiteren sei die Beschwerde auf die zweite Möglichkeit, die Umwandlung in eine eingetragene Lebenspartnerschaft, gerichtet.¹⁹⁷⁴ Folglich sei die zu untersuchende Frage, ob das finnische System momentan die positive Schutzpflicht des Staates erfüllt oder ob der Beschwerdeführerin ermöglicht werden müsse, die rechtliche Anerkennung in ihrem Geschlecht zu erhalten und gleichzeitig verheiratet zu bleiben, auch wenn dies zu einer gleichgeschlechtlichen Ehe führen würde. Obwohl die Große Kammer es nicht explizit äußert, prüft sie, wie bereits die Kammer, für die Abwägung relevante Interessen: das Recht der Beschwerdeführerin auf Respekt ihres Privat- und Familienlebens sowie das Interesse des Staats, die Ehe als heterosexuelles Institut zu behalten.¹⁹⁷⁵ Vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung des EGMR ist die Wertung der Folgen der Verweigerung einer rechtlichen Geschlechtsänderung bezeichnend. Die Große Kammer spricht von bedauerlichen Unannehmlichkeiten (*inconveniences*) für die Beschwerdeführerin. In *Goodwin* wurde hingegen argumentiert:

„[T]he stress and alienation arising from a discordance between the position in society assumed by a post-operative transsexual and the status imposed by law which refuses to recognise the change of gender *cannot*, in the Court’s view, *be regarded as a minor inconvenience arising from a formality*. A conflict between social reality and law arises which places the transsexual in an anomalous

¹⁹⁷² In diese Richtung argumentiert auch die gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 12, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁷³ Vgl. die gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 13, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finnland; *Dunne*, „Recognizing Identities, Denying Families“, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 295–309 (302 f.).

¹⁹⁷⁴ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 79 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁷⁵ *Ibid.*, Rn. 81.

position, in which he or she may experience feelings of vulnerability, humiliation and anxiety“.¹⁹⁷⁶

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung geht der EGMR weiter auf die Bedenken der Beschwerdeführerin ein. Die vorausgesetzte Zustimmung der Ehepartnerin stelle keine erzwungene Scheidung dar.¹⁹⁷⁷ Da die Umwandlung automatisch geschehe, sei die Zustimmung eine notwendige Voraussetzung, um die Ehepartner vor den Folgen von unilateralen Entscheidungen zu schützen. Dieses Argument stellt einen Zirkelschluss dar, denn die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen die Voraussetzung der Zustimmung an sich, sondern dagegen, dass diese überhaupt notwendig ist. Es bedürfte keiner Zustimmung, wenn es keiner Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft bedürfte. Ohne Umwandlung der Ehe, bedürfte auch der Ehepartner keines Schutzes. Sofern die Partner infolge der Geschlechtsänderung ihres Partners nicht an ihrer Ehe festhalten wollen, steht ihnen die Möglichkeit offen, sich scheiden zu lassen. Wenn die Partner hingegen wie im Fall von Frau Hämäläinen und ihrer Frau trotz der diversen Belastungen, die eine Geschlechtsanpassung mit sich bringt, ihre Ehe aufrecht erhalten wollen, müsste es sich um ein überragendes öffentliches Interesse handeln, welches sich hinter dem Scheidungszwang verbirgt.¹⁹⁷⁸

Weitere Bedenken der Beschwerdeführerin waren die Unterschiede zwischen der Ehe und der eingetragenen Partnerschaft.¹⁹⁷⁹ Nach Angaben der Regierung bestanden diese in der Anerkennung der Vaterschaft, der Adoption außerhalb der Familie und im Familiennamen. Diese Unterschiede bestünden laut EGMR nur dann, wenn nicht vorher eine Vereinbarung über sie getroffen wurde, damit seien sie für den vorliegenden Fall ohne Belang. Generell habe die Regierung glaubhaft versichert, dass der Ausdruck der Umwandlung verdeutlichen sollte, dass die ursprüngliche Rechtsbeziehung unter anderer Bezeichnung fortbestehe, insbesondere gelte für die Dauer der Partnerschaft nicht das Datum der Umwandlung.

Auf das Familienleben habe die Umwandlung ebenfalls keine oder nur minimale Auswirkungen, da Art. 8 EMRK auch das Familienleben von gleichgeschlechtlichen Partnern und ihren Kindern schütze.¹⁹⁸⁰ Dass der EGMR im nächsten Satz feststellt, es habe für den Schutz des Familienlebens keine Bedeutung, ob die Beziehung auf einer Ehe oder einer eingetragenen Partnerschaft beruht, ist erfreulich, bedeutet es doch nicht nur, dass beide Institute von Art. 8 EMRK geschützt sind, sondern auch, dass sie den gleichen Schutz genießen. Hinsichtlich der Folgen einer Umwandlung auf die Eltern-Kind-Beziehungen im nationalen Recht verweist der

¹⁹⁷⁶ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 77 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich. Hervorhebung durch die Verfasserin.

¹⁹⁷⁷ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 82 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁷⁸ Vgl. *Dunne*, „Recognizing Identities, Denying Families“, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 295–309 (302).

¹⁹⁷⁹ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 83–84 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁸⁰ *Ibid.*, Rn. 85.

EGMR auf die Angaben der Regierung, dass Rechte und Pflichten, unabhängig vom Geschlecht der Partner oder der Form der Partnerschaft, auf der Elternschaft beruhen.¹⁹⁸¹

Der EGMR schließt mit der Feststellung, dass die Unannehmlichkeiten, mit denen sich die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer nicht korrekten Identifikationsnummer, konfrontiert sehe, bedauerlich seien. Dennoch habe es die Beschwerdeführerin selbst in der Hand dies zu ändern. Die Umwandlung der Ehe in eine eingetragene Lebenspartnerschaft sei nicht unverhältnismäßig, da diese eine echte Alternative darstelle, die für gleichgeschlechtliche Paare einen fast identischen Schutz gewährt.¹⁹⁸² Die geringen Unterschiede zwischen diesen beiden rechtlichen Konzepten führten nicht dazu, dass das derzeitige finnische System aus der Sicht ihrer positiven Pflicht mangelhaft wäre.¹⁹⁸³

(b) Art. 12 EMRK

Nach Art. 12 EMRK haben Männer und Frauen im heiratsfähigen Alter das Recht nach den innerstaatlichen Gesetzen, welche die Ausübung dieses Rechts regeln, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen. In seiner bisherigen Rechtsprechung ging der EGMR vom traditionellen Bild der Ehe zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts aus und betonte, dass Art. 12 EMRK Lebensgemeinschaften homosexueller Paare oder mit transsexuellen Partnern keinen Schutz gewähre.¹⁹⁸⁴ In *Schalk und Kopf gegen Österreich* stellte der EGMR fest, dass der Begriff der Ehe nicht zwingend auf eine Ehe zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts beschränkt sei.¹⁹⁸⁵ Vorerst bleibe es den nationalen Gesetzgebern aber überlassen, ob sie die gleichgeschlechtliche Ehe zulassen. Wenn sie das getan hätten, so erstrecke sich der Schutz des Art. 12 EMRK auch auf diese Ehen.

Die Beschwerdeführerin hatte sich auf Art. 8 und 14 EMRK bezogen. Die Kammer des Gerichts aber hatte *ex officio* beschlossen, den Fall auch hinsichtlich Art. 12 EMRK zu verhandeln.¹⁹⁸⁶ Im Urteil folgte nur die Feststellung, dass das vorliegend behandelte Problem kein Problem unter Art. 12 EMRK darstelle, welcher das Recht garantiere eine Ehe eingehen zu dürfen.¹⁹⁸⁷ Es gehe vielmehr um die Folgen der Änderung des Geschlechts der Beschwerdeführerin auf die bereits bestehende Ehe zwischen ihr und ihrer Partnerin. Diese Frage sei bereits unter

¹⁹⁸¹ *Ibid.*, Rn. 86.

¹⁹⁸² Rn. 83–85. Ein Jahr später entschied der EGMR in *Oliari*, dass der italienische Gesetzgeber verpflichtet sei, einen rechtlichen Rahmen für die Anerkennung und den Schutz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften zu schaffen. Hier lässt er jedoch eine *almost identical* Anerkennung ausreichen, Rn. 87.

¹⁹⁸³ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 87 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁸⁴ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 49 – Rees/Vereinigtes Königreich; *EGMR*, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 43 – Cossey/Vereinigtes Königreich; *EGMR (GK)*, Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 66 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

¹⁹⁸⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 24.06.2010 - 30141/04, Rn. 63 – Schalk und Kopf/Österreich.

¹⁹⁸⁶ *EGMR*, Urt. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 3–4 – H./Finnland.

¹⁹⁸⁷ *Ibid.*, Rn. 53.

Art. 8 EMRK erörtert worden. Daher sei es unnötig die Fakten erneut und separat unter Art. 12 EMRK zu untersuchen. Die Große Kammer folgte insofern der Kammer.¹⁹⁸⁸ Art. 12 EMRK spricht ausdrücklich nur vom Recht eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen. Basierend auf diesem klaren Wortlaut sind damit nur der Zugang zur Ehe und die Freiheit, keine Ehe eingehen zu müssen geschützt. Für den Bestand der Ehe wäre Art. 8 EMRK heranzuziehen. In Art. 8 I EMRK kann der Gesetzgeber allerdings nach Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen eingreifen.

Nach Ansicht der Beschwerdeführerin hätte eine Prüfung darüber erfolgen müssen, ob die unfreiwillige Scheidung die Substanz des Rechts zu heiraten berührt hat.¹⁹⁸⁹ In ihrer abweichenden Meinung vertreten die Richter *Sajó*, *Keller* und *Lemmens*, dass Art. 8 EMRK verletzt ist. Daher existiert für sie kein zusätzliches Problem unter Art. 12 EMRK.¹⁹⁹⁰ Sofern man aber, wie die Mehrheit der Großen Kammer, eine Verletzung von Art. 8 EMRK ablehne, bedürfe es einer ausführlicheren Untersuchung einer potentiellen Verletzung von Art. 12 EMRK.¹⁹⁹¹ Nach Ansicht der abweichenden Richter hätte untersucht werden müssen, ob Art. 12 EMRK nicht nur ein Recht gewährt zu heiraten, sondern auch ein Recht verheiratet zu bleiben, wenn keine gewichtigen zwingenden Gründe einen Eingriff in den Personenstand rechtfertigen. Dass die Geschlechtsänderung einen derartigen zwingenden Grund für die Auflösung einer Ehe darstelle, an der beide Partner festhalten wollen, lehnten die Richter in ihrer abweichenden Meinung ab. Zur Unterstützung ihrer Ansicht verweisen sie auf die Urteile der Verfassungsgerichte in Österreich, Deutschland und Italien. Dieser Argumentation ist zuzustimmen. Der Wesenskern von Art. 12 EMRK scheint betroffen, wenn zwei Menschen zwar der Eheschluss ermöglicht wird, es aber gleichzeitig dem Staat gestattet wird, die Auflösung dieser Ehe zu verlangen, um ein anderes Konventionsrecht zu verwirklichen.¹⁹⁹² Ausschlaggebend für den Schutz ist in einem solchen Fall der Zeitpunkt des Eheschlusses. Eine Auslegung von Art. 12 EMRK dahingehend, dass dieser zwar das Recht eine Ehe einzugehen verschiedengeschlechtlichen Paaren vorbehält, aber ebenso das Recht enthält verheiratet zu bleiben, hätte es ermöglicht, den verschiedenen Interessen gerecht zu werden. Sie würde zu einer Unterlassungspflicht des Staates führen, die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität vom Personenstand loszukoppeln, ohne gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe zu ermöglichen. So war es auch der Fall in den Urteilen aus Deutschland, Österreich und Italien.

¹⁹⁸⁸ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 97 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁸⁹ *Ibid.*, Rn. 93.

¹⁹⁹⁰ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 15, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁹¹ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens*, Rn. 16, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁹² Ähnlich *Dunne*, „Recognizing Identities, Denying Families“, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 295–309 (302, 306).

(c) Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK

Die Beschwerdeführerin argumentierte, anders als alle anderen Menschen müsse sie aufgrund der Verweigerung der Ausstellung einer weiblichen ID-Nummer den Widerspruch zu ihrer Geschlechtsidentität erklären und stets die vertrauliche Information über ihre Transsexualität offenlegen.¹⁹⁹³ Die Diskriminierung finde in zweierlei Hinsicht statt: Zunächst würde sie gegenüber Cissexuellen diskriminiert, da diese bereits zum Zeitpunkt ihrer Geburt rechtlich in ihrem Geschlecht anerkannt würden. Sie selbst hingegen müsste eine zusätzliche Voraussetzung erfüllen (die Auflösung ihrer Ehe), um eine rechtliche Anerkennung in ihrem Geschlecht zu erhalten.¹⁹⁹⁴ Weiterhin würden ihre Frau und ihr Kind weniger geschützt als Personen in einer heterosexuellen Ehe aufgrund von stereotypischen Ansichten zur Geschlechtsidentität der Beschwerdeführerin.¹⁹⁹⁵

Vor der Kammer konterte die Regierung, dass Art. 14 EMRK zwar anwendbar sei, da sich der Fall im Schutzbereich von Art. 8 und 14 EMRK abspiele, würde die Beschwerdeführerin jedoch nicht aufgrund ihrer Transsexualität anders behandelt, da das strittige Verfahren ausschließlich für Transsexuelle gelte.¹⁹⁹⁶ Der Grund für ihre Diskriminierung sei die mangelnde rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität, was bereits unter Art. 8 erörtert worden sei.¹⁹⁹⁷ Die Argumentation vor der Großen Kammer lautete ähnlich. Hier vertrat die Regierung die Position, dass die Situation von Cissexuellen nicht ähnlich sei, weil sie keine Änderung ihres Geschlechts beantragen.¹⁹⁹⁸ Sollte das Gericht dies anders sehen, so bestehe für das strittige Verfahren und dessen Folgen eine objektive und angemessene Rechtfertigung. Unbestritten war damit, dass Art. 14 EMRK anwendbar ist, da der Schutzbereich des Art. 8 EMRK in der Situation der Beschwerdeführerin betroffen ist.

Es folgen allgemeine Ausführungen des EGMR zu Art. 14 EMRK.¹⁹⁹⁹ Einerseits bedürften Ungleichbehandlungen basierend auf der sexuellen Orientierung, ebenso wie solche basierend auf dem Geschlecht, besonders gewichtiger Gründe zur Rechtfertigung. Andererseits werde den Staaten ein weiter Beurteilungsspielraum in Fragen der allgemeinen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Strategie zugestanden. Ein relevanter Faktor sei das (Nicht-)Vorhandensein einer gemeinsamen Basis im Recht der Vertragsstaaten. Hierauf geht der EGMR jedoch nicht weiter ein. Es bedürfte einer Ungleichbehandlung von ähnlichen Sachverhalten.

Nach Ansicht der Kammer und der Großen Kammer sind die Situationen von Cissexuellen und Transsexuellen, die nicht verheiratet sind, nicht ausreichend ähnlich, um vergleichbar zu sein.²⁰⁰⁰ Diese Feststellung erfolgt ohne weitere Begrün-

¹⁹⁹³ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 98 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁹⁴ *Ibid.*, Rn. 104.

¹⁹⁹⁵ *Ibid.*, Rn. 105.

¹⁹⁹⁶ EGMR, Urt. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 59 – H./Finnland.

¹⁹⁹⁷ *Ibid.*, Rn. 59.

¹⁹⁹⁸ EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 106 – Hämäläinen/Finnland.

¹⁹⁹⁹ *Ibid.*, Rn. 107–109.

²⁰⁰⁰ *Ibid.*, Rn. 112.

ding. Die Kammer fügte noch hinzu, der Kern des Problems sei es, dass das finnische Rechtssystem keine gleichgeschlechtliche Ehe erlaube und dass weder Art. 8 EMRK noch Art. 12 EMRK den Staaten eine Verpflichtung zur Öffnung der Ehe auferlegen würden. Dies wurde bereits weiter oben im Urteil festgestellt.²⁰⁰¹ Auch aus Art. 8 i.V.m. Art. 14 EMRK ergebe sich keine derartige Verpflichtung und somit keine Verletzung dieser Vorschriften.

Am schwierigsten aber auch von größter Bedeutung ist für die Prüfung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 EMRK die Wahl der Vergleichsgruppe zur Beschwerdeführerin (und ihrer Partnerin). Hinsichtlich der Ähnlichkeit berücksichtigen die finnische Regierung und das Gericht nicht, dass Transsexuelle selbst nicht von einer Änderung ihres Geschlechts sprechen, sondern von einer Anpassung. Die Situation von Trans- und Cissexuellen ist sehr wohl vergleichbar, wenn man auf die grundsätzliche Anerkennung in ihrer Geschlechtsidentität abstellt. Diese erfolgt für Cissexuelle zum Zeitpunkt der Geburt, ohne weitere Voraussetzungen, weil ihre Geschlechtsidentität mit dem auf Basis ihrer körperlichen Geschlechtsmerkmale zugeschriebenen Geschlecht übereinstimmt. Die Anerkennung von Transsexuellen in ihrer Geschlechtsidentität erfolgt erst später im Rahmen der Änderung des Geschlechts, welches ihnen fälschlicherweise bei der Geburt zugeschrieben wurde. Hinsichtlich eines weiteren Ansatzpunktes, einer möglichen Diskriminierung der Beschwerdeführerin gegenüber heterosexuellen Ehepaaren, schweigt das Gericht gänzlich. In der abweichenden Meinung der Richter *Sajó*, *Keller* und *Lemmens* wird diesbezüglich ausgeführt, dass keine Situation denkbar sei, in der ein gesetzlich verheiratetes, cissexuelles, heterosexuelles Paar angehalten sei, sich dazwischen entscheiden zu müssen, ob sie ihren Personenstand bewahren wollen oder Identifikationsdokumente erhalten wollen, die dem Geschlecht entsprechen, mit welchem sie sich identifizieren.²⁰⁰² Auch wenn den Staaten ein gewisser Beurteilungsspielraum zustehe, zu entscheiden, ob und inwieweit eine unterschiedliche Behandlung von ähnlichen Situationen gerechtfertigt sei, obliege es dem Gericht zu prüfen, ob die Voraussetzungen erfüllt sind. Die Richter führen letztlich noch eine dritte Vergleichsgruppe auf. Ihrer Ansicht nach wurden die Beschwerdeführerin und ihre Partnerin diskriminiert, weil zwischen ihrer Situation und der eines homosexuellen Paares nicht unterschieden wurde.²⁰⁰³ Ansatzpunkt ist hierbei nicht die Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Gruppen, sondern die Gleichbehandlung ungleicher Gruppen.²⁰⁰⁴ Dieser Wechsel des Vergleichs liegt nahe, wenn man argumentiert, dass die Situation von Trans- und Cissexuellen nicht gleich genug sei. Die Situation von der Beschwerdeführerin werde exakt gleich behandelt wie bei einem homosexuellen Paar, obwohl sie und

²⁰⁰¹ EGMR, Urt. v. 13.11.2012 - 37359/09, Rn. 66 – H./Finnland.

²⁰⁰² Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó*/*Keller*/*Lemmens*, Rn. 19, zu EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finnland.

²⁰⁰³ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó*/*Keller*/*Lemmens*, Rn. 20, zu EGMR (GK), Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – Hämäläinen/Finnland.

²⁰⁰⁴ Anerkennung des Rechts auf Ungleichbehandlung, z.B. in EGMR (GK), Urt. v. 06.04.2000 - 34369/97, Rn. 44, 48 – Thlimmenos/Finnland.

ihre Partnerin, zumindest im Zeitpunkt ihrer Ehescheidung, kein homosexuelles Paar waren. Aufgrund der Geschlechtsänderung der Beschwerdeführerin die Ehe als eine homosexuelle Beziehung zu behandeln, ist laut den Richtern *Sajó*, *Keller* und *Lemens* eine zu starke Simplifizierung der Situation. Die Feststellung einer Diskriminierung, weil eine Person nicht anders behandelt wird als eine weitere diskriminierte Gruppe, wird teilweise als pervers wahrgenommen.²⁰⁰⁵ Aufgrund der unbestreitbaren Nähe zur Frage der gleichgeschlechtlichen Ehe, liegt sie jedoch nahe.

(3) Fazit: Frage der Vergleichbarkeit

Aus dem Urteil lassen sich keine klaren verallgemeinerbaren Aussagen zur Konventionskonformität anderer Regelungen entnehmen. Der EGMR betrachtete die Voraussetzung der Eheauflösung unter Berücksichtigung der finnischen Regelung. Schließlich sieht das finnische Gesetz eine Überführung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft unter Beibehaltung wesentlicher Rechte und Pflichten vor. Dies wurde durch die Große Kammer auch im Rahmen der Abwägung berücksichtigt. Die geringen Unterschiede zwischen den beiden rechtlichen Konzepten führten in *Hämäläinen* nicht dazu, dass das derzeitige finnische System aus der Sicht ihrer positiven Pflicht mangelhaft wäre.²⁰⁰⁶ Mit dieser Regelung präsentiert sich Finnland als eine Art Sonderfall. Andere Länder, die die Ehelosigkeit als Voraussetzung statuieren, sehen keine nahtlose Überführung in eine weitestgehend gleich geschützte eingetragene Partnerschaft vor. Teilweise ist nur die anschließende Eingehung einer eingetragenen Partnerschaft möglich, sodass es beispielsweise hinsichtlich der Dauer der Partnerschaft zu einem Rechtsverlust kommen kann. Teilweise ist aber auch eine eingetragene Lebenspartnerschaft überhaupt nicht oder im Verhältnis zur Ehe mit deutlich weniger Rechten vorgesehen. Ein Jahr nach der Großen Kammer Entscheidung in *Hämäläinen* entschied der EGMR in *Oliari*, dass der italienische Gesetzgeber verpflichtet sei, einen rechtlichen Rahmen für die Anerkennung und den Schutz gleichgeschlechtlicher Partnerschaften zu schaffen.²⁰⁰⁷ Dies spricht klar dafür, dass er grundsätzlich die Notwendigkeit anerkennt, Beziehungen einen geschützten rechtlichen Rahmen zu bieten. Vorliegend ließ er einen *almost identical* Schutz auf jeden Fall ausreichen. Ob auch ein deutlich geringerer Schutz mit der EMRK vereinbar ist, bleibt abzuwarten. In Finnland hat die Regierung nach dem Urteil dem Parlament den Vorschlag unterbreitet, die Voraussetzung der Ehelosigkeit (und der Fortpflanzungsunfähigkeit) abzuschaffen.²⁰⁰⁸ Mittlerweile gibt es in Finnland keine Zwangsscheidung mehr.

²⁰⁰⁵ Vgl. *Johnson*, <http://echrso.blogspot.de/2014/07/hamalainen-v-finland-question-of-sexual.html> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

²⁰⁰⁶ EGMR (GK), Ur. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 87 – *Hämäläinen*/Finnland.

²⁰⁰⁷ EGMR, Ur. v. 21.07.2015 - 18766/11, 36030/11, Rn. 165–187 – *Oliari* u. a./Italien.

²⁰⁰⁸ <http://tgeu.org/the-finnish-government-should-respect-human-rights-of-trans-people/> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

cc. EuGH

Innerhalb der Grundrechte Charta sind Art. 7, 9 und 21 GR-Charta von Relevanz. Eine Entscheidung des EuGH aus 2018 macht jedoch deutlich, dass die europäischen Grundrechte nicht benötigt werden, um die Rechte von Transsexuellen zu stärken. In dem Urteil geht es ein weiteres Mal um den Zugang zur staatlichen Rente. Weitere Fälle wären daneben insbesondere im Zusammenhang mit der Arbeitnehmer-Freizügigkeit denkbar.²⁰⁰⁹

(1) Grundrechte-Charta

Hinsichtlich Art. 7 GR-Charta sind grundsätzlich keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der EuGH von der Rechtsprechung des EGMR abweichen sollte. Allerdings ist der Charta eine gewisse Offenheit zu entnehmen. Wenngleich sich Art. 9 GR-Charta auch auf Art. 12 EMRK stützt, spricht er nicht von dem Recht auf Eheschließung zwischen Mann und Frau. Auch bei Art. 9 GR-Charta bilden die einzelstaatlichen Gesetze die Grenzen der Gewährleistung des Rechts eine Ehe einzugehen. Der weite Wortlaut blieb nicht unkritisiert. In seinem Zusammenhang wird von einer Beliebigkeit des Rechtsinstituts der Ehe gesprochen.²⁰¹⁰ Wie sich den Erläuterungen zur Charta entnehmen lässt, wurde der Wortlaut bewusst gewählt, um auch die „Fälle zu erfassen, in denen nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften andere Formen als die Heirat zur Gründung einer Familie anerkannt werden.“²⁰¹¹ Folglich wird weder untersagt, noch vorgeschrieben Verbindungen von Menschen gleichen Geschlechts den Status der Ehe zu verleihen. Sofern die einzelstaatlichen Gesetze dies vorsehen, kann Art. 9 GR-Charta über Art. 12 EMRK hinausgehen. Teilweise wird vertreten der Normenkern des Art. 9 umfasse zunächst eine Bestands- bzw. Einrichtungsgarantie für Ehe und Familie. Dieser Garantiebereich werde auch durch Art. 7 und Art. 33 I umschrieben und schütze Ehe und Familie gegen Aufhebung und wesentliche Umgestaltung.²⁰¹²

(2) *MB v Secretary of State for Work and Pension*

Sachverhalt und Antrag im vorliegenden Fall ähneln denen in der Rechtssache *Richards*²⁰¹³. Die Klägerin MB wurde bei ihrer Geburt als männlich eingetragen und als solche heiratete sie 1974 eine Frau.²⁰¹⁴ Im Jahr 1991 begann sie selbst offen als Frau zu leben, und im Jahr 1995 unterzog sie sich einer operativen Geschlechts-

²⁰⁰⁹ Vgl. *Scherpe*, Die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Vergleich, FPR 2010, S. 211–213 (213).

²⁰¹⁰ *Tettinger*, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union, NJW 2001, S. 1010–1015 (1012 f.).

²⁰¹¹ *Charta-Erläuterungen*, ABl 2007 C 303/18.

²⁰¹² *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. 2014, Art. 9 Rn. 14.

²⁰¹³ Vgl. dazu D I 1 c dd.

²⁰¹⁴ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 1–25.

umwandlung. Sie verfügte jedoch über keine vollständige Bescheinigung über die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsumwandlung, da diese nach der nationalen Regelung nur ausgestellt worden wäre wenn sie ihre Ehe für ungültig erklären gelassen hätte.²⁰¹⁵ Aus religiösen Gründen wollte das Paar jedoch verheiratet bleiben.²⁰¹⁶ Ansonsten erfüllte MB die physischen, sozialen und psychischen Kriterien, die nach der im Ausgangsverfahren fraglichen nationalen Personenstandsregelung für die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsumwandlung vorgesehen waren. Nach Vollendung des 60. Lebensjahrs stellte die Klägerin einen Antrag auf Erhalt der staatlichen Ruhestandsrente, welcher jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass mangels einer vollständigen Bescheinigung hinsichtlich des Rentenalters keine Behandlung als Frau erfolgen könne. In der daraufhin eingereichten Klage berief sich die Klägerin auf eine gegen das Unionsrecht verstoßende Diskriminierung. Das oberste britische Gericht legte dem Gerichtshof die Frage vor, ob eine solche Situation mit der Richtlinie vereinbar sei.

Der Gerichtshof wies zunächst darauf hin, dass er nicht mit der Frage befasst sei, ob die rechtliche Anerkennung ganz allgemein davon abhängig gemacht werden könne, dass eine vor der Geschlechtsumwandlung geschlossene Ehe für ungültig erklärt werde.²⁰¹⁷ Darum ging es aber hierbei nicht. Die britische Regelung bestimmte die unmittelbare Voraussetzung für den Zugang zu einer staatlichen Ruhestandsrente. Wie der Generalanwalt betonte, würde eine andere Sichtweise dazu führen, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechts betreffend das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vollständig von den verschiedenen auf nationaler Ebene festgesetzten Voraussetzungen abhinge, was letztlich zu einer Diskriminierung “durch die Hintertür“ führen könnte.²⁰¹⁸ Als nächstes stellte der EuGH fest, dass die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsumwandlung und Personenstand in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle, die Mitgliedstaaten jedoch bei der Ausübung ihrer Zuständigkeit in diesem Bereich das Unionsrecht zu beachten hätten, insbesondere den Grundsatz der Nichtdiskriminierung.²⁰¹⁹

²⁰¹⁵ Sie hatte nur ein sog. *interim gender recognition certificate* dessen einziger Zweck es ist die Auflösung der Ehe zu erreichen.

²⁰¹⁶ Mittlerweile hat sich die Rechtslage im Vereinigten Königreich geändert. Das Gesetz von 2013 über die gleichgeschlechtliche Ehe (*Marriage [Same Sex Couples] Act 2013*) trat am 10.12.2014 in Kraft und erlaubt gleichgeschlechtlichen Paaren mittlerweile die Eheschließung. Sein Schedule 5 änderte Section 4 des *Gender Recognition Act 2004*: Die Ausschüsse für die Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit müssen nunmehr jedem verheirateten Antragsteller eine vollständige Bescheinigung über die Anerkennung der neuen Geschlechtszugehörigkeit erteilen, wenn dessen Ehepartner zustimmt. Kritisch zum Zustimmungserfordernis und der dahinter stehenden Wertung *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, 2015, S. 613–663 (633).

²⁰¹⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 27.

²⁰¹⁸ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Schlussanträge v. 05.12.2017, Rn. 70.

²⁰¹⁹ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 29.

Der Gerichtshof bestätigte seine ständige Rechtsprechung, wonach das Diskriminierungsverbot der Richtlinie in Bezug auf staatliche Leistungen auch für Diskriminierungen gelte, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung des Betroffenen hätten.²⁰²⁰ Zwar sei es Sache der Mitgliedstaaten die Voraussetzungen für die Anerkennung festzulegen, für die Anwendbarkeit der Richtlinie sei jedoch von einer Geschlechtsumwandlung auszugehen, wenn eine Person während eines erheblichen Zeitraums in einer anderen Geschlechtszugehörigkeit als der bei ihrer Geburt eingetragenen gelebt und sich einer operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen habe.²⁰²¹

Die Voraussetzung, wonach die Ehe für ungültig erklärt werden muss, damit eine staatliche Ruhestandsrente ab dem für Personen des erworbenen Geschlechts geltenden gesetzlichen Rentenalter gewährt werden kann, sei nur auf Personen anwendbar, die sich einer Geschlechtsumwandlung unterzogen haben.²⁰²² Damit werde nach der nationalen Regelung eine Person, die sich nach ihrer Eheschließung einer Geschlechtsumwandlung unterzogen habe, weniger günstig behandelt, als eine Person, die ihr bei der Geburt eingetragenes Geschlecht beibehalten habe und verheiratet sei.²⁰²³

Anschließend prüfte der Gerichtshof, ob die Situation dieser beiden Personengruppen vergleichbar ist.²⁰²⁴ Die Vergleichbarkeit sei Voraussetzung für die Feststellung, ob eine Ungleichbehandlung eine unmittelbare Diskriminierung darstelle. Das gesetzliche System der Ruhestandsrente solle gegen das Risiko des Alters schützen, indem es der betreffenden Person unabhängig von ihrem Ehestand einen Anspruch auf eine Ruhestandsrente verleihe, der nach Maßgabe der während ihres Berufslebens eingezahlten Beiträge erworben werde. Hiervon seien Transsexuelle genauso betroffen wie Cissexuelle, die Gruppen seien mithin vergleichbar.

Das von der Regierung selbst vorgebrachte Ziel der Voraussetzung die Ehe für ungültig zu erklären, bestehe darin gleichgeschlechtliche Ehen zu verhindern, diese habe mit dem System der Ruhestandsrente jedoch nichts zu tun.²⁰²⁵ Folglich ändere dieses Ziel nichts an der Vergleichbarkeit.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Rechtsprechung des EGMR, auf die das Vereinigte Königreich noch Bezug genommen hatte, um die Vergleichbar-

²⁰²⁰ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 35. Dies wurde vom Unionsgesetzgeber auch ausdrücklich anerkannt indem er bestätigt hat, dass die Tragweite des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen „auch für Diskriminierungen aufgrund einer Geschlechtsumwandlung [gilt]“, Dritter Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung) (Abl. 2006, L 204, S. 23).

²⁰²¹ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 35.

²⁰²² *Ibid.*, Rn. 36.

²⁰²³ *Ibid.*, Rn. 37.

²⁰²⁴ *Ibid.*, Rn. 39 ff.

²⁰²⁵ *Ibid.*, Rn. 46.

keit in Abrede zu stellen.²⁰²⁶ Wie auch der Generalanwalt in Nr. 44 seiner Schlussanträge festgestellt habe, habe der EGMR in seinem Urteil *Hämäläinen*, die Vergleichbarkeit der Situation einer Person, die sich nach ihrer Eheschließung einer operativen Geschlechtsumwandlung unterzogen hat, mit der Situation einer verheirateten Person, die sich keiner Geschlechtsumwandlung unterzogen hat, im Hinblick auf die fraglichen nationalen Rechtsvorschriften beurteilt, die die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsumwandlung für den Personenstand betrafen. Demgegenüber gehe es in der vorliegenden Rechtssache um die Vergleichbarkeit der Situationen der Personen im Hinblick auf den Zugang zu einer staatlichen Ruhestandsrente.

Der Generalanwalt hatte insofern ein weiteres Mal die Bedeutung der Vergleichsgruppen betont.²⁰²⁷ Indem das Vereinigte Königreich den Fokus auf den Personenstand legen wollte, versuchte es ein untergeordnetes, unwesentliches Merkmal der Vergleichspersonen zu isolieren und zu dem entscheidenden, die Vergleichbarkeit bestimmenden Element zu machen. Vergleichszweck wäre so nicht die Frage der Rentengewährung sondern die Frage des Personenstands. Der Personenstand als solcher ist jedoch für die Gewährung einer staatlichen Ruhestandsrente, sowohl für Cis-Frauen als auch für Cis-Männer, irrelevant, anders als beispielsweise das Alter oder die eingezahlten Beträge.

Da die Verhinderung einer gleichgeschlechtlichen Ehe, die hinter der Ungleichbehandlung stehe auch unter keine der nach dem Unionsrecht zulässigen Ausnahmen falle, gelangte der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass die britische Regelung eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstelle und somit nach der Richtlinie verboten sei.²⁰²⁸

(3) Fazit: Umfang

Der EuGH betonte, dass die Voraussetzungen für eine Geschlechtsänderung dem nationalen Gesetzgeber überlassen seien. Diese Voraussetzungen könnten aber zumindest mittelbar überprüft werden und müssten mit EU-Recht vereinbar sein, sofern der Zuständigkeitsbereich der EU eröffnet sei. Dies gilt auch dann, wenn Rechte aus der Zuständigkeit der EU mittelbar aufgrund der nationalen Voraussetzungen verwehrt bleiben. Nach dem fraglichen nationalen Gesetz hing die volle rechtliche Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung vom Personenstand ab, mit einer konkreten Folge: Nur für Transsexuelle war der Zugang zur staatlichen Rente daran geknüpft, entweder ledig zu sein oder die Ehe zu beenden. Für cissexuelle Frauen hingegen stand der Zugang zu einer staatlichen Ruhestandsrente in keinerlei Zusammenhang mit ihrem Ehestand. Auch macht es für die Vergleichbarkeit und

²⁰²⁶ *Ibid.*, Rn. 47.

²⁰²⁷ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Schlussanträge v. 05.12.2017, Rn. 36-42.

²⁰²⁸ *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/Secretary of State, ECLI:EU:C:2018:492, Rn. 49 ff.

die Ungleichbehandlung einen Unterschied, ob man keine rechtliche Möglichkeit hat eine gleichgeschlechtliche Ehe einzugehen (was sowohl für cis- als auch transsexuelle Frauen galt) oder ob man transsexuelle Frauen zwingt ihre Ehe aufzulösen, damit sie keine gleichgeschlechtliche Ehe wird und ihnen nur so das Rentenalter für Frauen gewährt.

dd. Fazit zur Zwangsscheidung

In Deutschland und weiteren Ländern relativiert sich die Problematik durch die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare. Doch es gibt auch Länder, die keine gleichgeschlechtliche Ehe vorsehen und dennoch bei bestehender Ehe eine Geschlechtsänderung zulassen.²⁰²⁹ Im Jahr 2018 sehen nur noch 23 Mitgliedstaaten der EMRK eine Zwangsscheidung vor. Der Rechtsprechung des EGMR lässt sich die Wertung entnehmen, dass zwar keine Pflicht zur Öffnung der Ehe besteht, gleichgeschlechtliche Paare jedoch einen Anspruch auf einen rechtlichen Rahmen für die Anerkennung und den Schutz ihrer Partnerschaften haben und eine Überführung der Ehe in eine eingetragene Partnerschaft nur dann konventionskonform ist, wenn die rechtliche Ausgestaltung fast identisch ist. Es bestehen Parallelen zum BVerfG, das vorgeschlagen hatte die Ehe eines Transsexuellen in eine eingetragene Lebenspartnerschaft oder Partnerschaft *sui generis* zu übertragen, sofern diese die aus der Ehe erworbenen Rechte und auferlegten Pflichten ungeschmälert erhalten würden. Es erscheint daher durchaus möglich, dass eine Entscheidung gegenüber einem Land, in dem die eingetragene Partnerschaft weit weniger Rechte mit sich bringt als eine Ehe, anders ausfallen würde.²⁰³⁰ Die abweichende Meinung in der Entscheidung hatte in einigen Punkten Bezug zu den Argumenten des BVerfG genommen. Dass die abweichenden Meinungen in späteren Entscheidungen des EGMR noch von großer Bedeutung sein können zeigt sich in der Rechtsprechung bis zum Urteil *Goodwin*.²⁰³¹

Seit dem EGMR Urteil in der Sache *Hämäläinen* hat sich auch in einigen weiteren Mitgliedstaat etwas verändert. Beispielhaft sei auf die Entwicklung in Italien verwiesen. Dort erfolgte zunächst eine automatische Auflösung der Ehe als Folge der Personenstandsänderung. Diese Vorgehensweise wurde jedoch zwei Mal Verfahrensgegenstand vor dem italienischen Verfassungsgericht. Dieses hielt es in seinem ersten Urteil für unrechtmäßig, die Ehe aufzulösen, sofern dem Paar keine andere vom Staat anerkannte Partnerschaft offen stehe.²⁰³² Das Gericht hielt sich jedoch zunächst zurück und gab dem Parlament den Auftrag, umgehend ein Gesetz auf den

²⁰²⁹ So bspw. in Malta; Sect. 3 (2) (a) Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act 2015.

²⁰³⁰ In diesem Sinne auch *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), The legal status of transsexual and transgender persons, 2015, S. 613–663 (636).

²⁰³¹ *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), The legal status of transsexual and transgender persons, 2015, S. 613–663 (635).

²⁰³² <http://www.welt.de/politik/ausland/article131583254/Das-Drama-in-einem-falschen-Koerper-zu-leben.html> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

Weg zu bringen, dass Lebenspartnerschaften zwischen Menschen gleichen Geschlechts regelt. Es hatte ursprünglich ebenfalls einst geurteilt, dass eine gleichgeschlechtliche Ehe nicht mit der Verfassung vereinbar sei. Da das italienische Parlament diesem Auftrag nicht nachkam, entschied das Verfassungsgericht 2015, dass die im Zusammenhang mit einer Genehmigung der Geschlechtsänderung automatische Auflösung einer Ehe verfassungswidrig sei. Solange die Legislative keine Alternative zur Ehe schaffe, die die gleichen Rechte sichert, bestehe nach der Geschlechtsänderung eine gleichgeschlechtliche Ehe.²⁰³³ In seinem Urteil bezieht sich das Verfassungsgericht sowohl auf den nationalen grundrechtlichen Schutz des Privat- und Familienlebens sowie das Diskriminierungsverbot als auch auf Art. 8 und 12 EMRK und die Urteile des EGMR.

Die Entscheidung des EuGH wiederum gilt zwar nur für die Gewährung von Pensionsansprüchen und der EuGH urteilt nicht direkt über die Voraussetzung der Geschlechtsanpassung, dennoch dürfte es ein weiterer Hinweis an die nationalen Gesetzgeber sein, sich dem sich allgemein abzeichnend Trend Zwangsscheidungen als rechtswidrig zu verurteilen anzuschließen.²⁰³⁴

Dieser Entwicklung ist weltweit feststellbar. In der Entscheidung *G gegen Australien* hat mittlerweile der UN-Menschenrechtsausschuss (der die Einhaltung des ICCPR überwacht) nicht nur bekräftigt, dass das Diskriminierungsverbot in Art. 26 des Paktes Diskriminierung aufgrund der Geschlechtsidentität umfasst.²⁰³⁵ Außerdem wurde anerkannt, dass der Begriff „Privatsphäre“ in Art. 17 ICCPR die persönliche Identität, einschließlich der Geschlechtsidentität schützt und die Forderung der Scheidung vor der rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität nicht zulässig ist.²⁰³⁶

d. *Ex tunc Wirkung einer nachträglichen Eheeingehung*

Das deutsche TSG sieht in § 7 I Nr. 3 TSG vor, dass eine nach einer Vornamensänderung geschlossene Ehe zum Verlust des neuen Vornamens führt. Ein bereits verheirateter Transsexueller kann hingegen eine Vornamensänderung beantragen, ohne dass dies Auswirkungen auf den rechtlichen Bereich seiner Ehe hätte.²⁰³⁷ Das BVerfG kam in seiner insgesamt fünften Entscheidung zu Transsexualität zu dem Ergebnis, dass § 7 I Nr. 3 des Transsexuellengesetzes das von Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG geschützte Namensrecht eines homosexuell orientierten Transsexuellen

²⁰³³ Vgl. *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, 2015, S. 613–663 (634 f.); <http://tgeu.org/italian-supreme-court-on-forced-divorce/> und auf Italienisch <http://www.altalex.com/documents/news/2015/04/22/lu-sposato-cambia-sesso-e-diventa-lei-salvo-il-matrimonio> (beide zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

²⁰³⁴ Vgl. *Scherpe*, Anm. zu *EuGH*, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16, FamRZ 2018, S. 1282 (1282).

²⁰³⁵ *UN Human Rights Committee*, CCPR/C/119/D/2172/2012, 28.06.2017, Rn. 7.12.

²⁰³⁶ *Ibid.*, Rn. 7.2.

²⁰³⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 22, BVerfGE 115, 1 (4); vgl. dazu *LG Köln*, Beschl. v. 01.09.1994 – Az. 1 T 325/94; *LG Saarbrücken*, Beschl. v. 24.01.1997 – Az. 5 T 714/96.

sowie sein Recht auf Schutz seiner Intimsphäre verletzt, solange ihm eine rechtlich gesicherte Partnerschaft nicht ohne Verlust des geänderten, seinem empfundenen Geschlecht entsprechenden Vornamens eröffnet ist.²⁰³⁸ § 7 I Nr. 3 des TSG ist bis zu einer gesetzlichen Änderung durch den Gesetzgeber nicht anwendbar. Aufgrund der Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare durch den Gesetzgeber, ist diese Problematik nur noch von rechtshistorischer Bedeutung. Eine vergleichbare Vorschrift ist aus anderen Ländern nicht bekannt, sodass vorliegend nur die deutsche Rechtslage und das Urteil des BVerfG untersucht werden.

aa. Sachverhalt des *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, BVerfGE 115, 1

Die Antragstellerin des Ausgangsverfahrens wurde bei ihrer Geburt dem männlichen Geschlecht zugeordnet und erhielt den Vornamen Kai. 1997 wurde der Vorname gemäß § 1 I TSG in Karin Nicole geändert. Eine rechtliche Geschlechtsumwandlung im Rahmen der „großen Lösung“ nach §§ 8, 10 TSG, für welche damals u.a. eine entsprechende Operation nötig gewesen wäre, wurde nicht durchgeführt. 2002 heiratete die Antragstellerin eine Frau, mit der sie nach ihrem Verständnis eine gleichgeschlechtliche Beziehung führte. Dies war möglich, da Karin Nicole im Personenstandsregister weiterhin als Mann eingetragen und damit rechtlich männlichen Geschlechts war. Aufgrund von § 7 I Nr. 3 TSG vermerkte der Standesbeamte im Geburtenbuch, dass die Antragstellerin wieder den Vornamen Kai führe.²⁰³⁹ Im Rahmen des daraufhin bestrittenen Rechtswegs, wurde die Antragstellerin seitens des Gerichts darauf hingewiesen, dass es ihr frei stehe erneut einen Antrag nach § 1 TSG zu stellen. Dieser Antrag wurde später vom Amtsgericht mit der Begründung abgelehnt, dass die vom Gesetzgeber bezweckte Folge umgangen würde, wenn man in einem zweiten Verfahren eine erneute Vornamensänderung zuließe. Die nächst höhere Instanz legte daraufhin dem BVerfG die Frage zu Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit hinsichtlich Art. 2 I i.V.m Art. 1 I GG, Art. 3 I GG und Art. 6 I GG vor.

bb. Darstellung und Auseinandersetzung mit dem Urteil des *BVerfG*

In dem Urteil werden die Gesetzesbegründung und verschiedene Stellungnahmen berücksichtigt. Die Bundesregierung begründete die fragliche Vorschrift damit, dass in einem Fall der Eingehung der Ehe davon ausgegangen werden müsse, dass die betroffene Person sich wieder dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht zugehörig fühle.²⁰⁴⁰ Nach Ansicht des Bundesministeriums des Inneren sollte Art. 1 GG hier nicht greifen, weil das BVerfG sich in seiner Entscheidung auf das Rollenverständnis einer Person entsprechend dem empfundenen Geschlecht bezog. Der Entscheidung könne nicht entnommen werden, dass der Schutz des

²⁰³⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, BVerfGE 115, 1; Leitsatz.

²⁰³⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 27, BVerfGE 115, 1 (6).

²⁰⁴⁰ Vgl. BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 14, Nr. 3.7.1.

neuen Namens einer transsexuellen Person gleichsam uneingeschränkt gelte.²⁰⁴¹ Art. 3 GG greife wiederum nicht, weil die Situationen von bereits verheirateten Transsexuellen und nach einer Namensänderung heiratenden Transsexuellen nicht vergleichbar seien. Es sei zwischen der Eingehung der Ehe und dem Schutz der bestehenden Ehe zu unterscheiden. Der Deutsche Familiengerichtstag sah in der nachträglichen Eheschließung einen wirksamen Verzicht des Transsexuellen auf den „Schutz seines weiblichen Vornamens“.²⁰⁴² Im Übrigen sei eine gleichgeschlechtliche Ehe nicht vorgesehen.²⁰⁴³

Ein wichtiger Teil der Urteilsbegründung war die Berücksichtigung von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen über die Transsexualität. 1992 schätzte man, dass in der BRD ca. 6.000 Transsexuelle lebten,²⁰⁴⁴ 1981–1990 wurden insg. 1.047 Personen in den alten Bundesländern als Transsexuelle rechtlich anerkannt²⁰⁴⁵ und dabei verblieben rund 20-30% dauerhaft in der „kleinen Lösung“.²⁰⁴⁶ Die Vornahme eines operativen Eingriffs als Voraussetzung für die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit wurde in der Fachwissenschaft zunehmend als problematisch bzw. für nicht mehr haltbar erachtet.²⁰⁴⁷ Die Indikation dieser Maßnahme liege nicht bei jedem Transsexuellen vor, sondern sei individuell zu stellen. Die Forderung nach geschlechtsumwandelnden Operationen hatte letztlich zu mehr Operationen geführt als individuell indiziert gewesen wäre.²⁰⁴⁸ Des Weiteren wurde aus verschiedenen Studien zwischen 1981 und 2002 bekannt, dass bei Personen mit Geschlechtsidentitätsstörungen durchaus unterschiedliche sexuelle Orientierungen vorkommen²⁰⁴⁹ und es keineswegs so ist, dass (wie anfangs auch vom BVerfG angenommen)²⁰⁵⁰, jeder Transsexuelle postoperativ-heterosexuell orientiert ist. Auf eine weitgehende Veränderung des klinischen Bilds der Transsexualität verwies auch die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung. Die Vorstellungen, die dem Transsexuellengesetz zugrunde lagen, seien heutzutage nicht mehr zutreffend.²⁰⁵¹ Keinesfalls sei die Geschlechtsumwandlung immer indiziert,²⁰⁵² verschiedene sexuelle Orientierungen kämen vor, vor allem bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen²⁰⁵³. Weder die sexuelle Orien-

²⁰⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 32 f., BVerfGE 115, 1 (8 f.).

²⁰⁴² *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 35, BVerfGE 115, 1 (9 f.).

²⁰⁴³ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 36, BVerfGE 115, 1 (10).

²⁰⁴⁴ Vgl. *Eicher*, *Transsexualismus*, 1992, S. 9.

²⁰⁴⁵ Vgl. *Osburg/Weitzge*, *Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz*, R & P 1993, S. 94 (97).

²⁰⁴⁶ Vgl. *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, *Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG*, ZfS 2001 (14), S. 258 (264); siehe auch *Osburg/Weitzge*, *Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz*, R & P 1993, S. 94 (94, 102).

²⁰⁴⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 25, BVerfGE 115, 1 (5).

²⁰⁴⁸ BVerfGE 115, 1 (5); *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, *Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG*, ZfS 2001 (14), S. 258 (261, 266).

²⁰⁴⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 26 f., BVerfGE 115, 1 (5 f.).

²⁰⁵⁰ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287).

²⁰⁵¹ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 37 f., BVerfGE 115, 1 (10 f.).

²⁰⁵² *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 39, BVerfGE 115, 1 (11).

²⁰⁵³ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 39, BVerfGE 115, 1 (11).

terung noch der Wunsch nach Eheschließung seien Indikatoren, die als solche Zweifel an der Irreversibilität einer transsexuellen Entwicklung begründeten.²⁰⁵⁴ Dem stimmte auch das vorliegende Landgericht Itzehoe zu, welches ebenfalls die Vornamensänderung als eine der Geschlechtsanpassung gleichgestellte Möglichkeit und nicht als ein Durchgangsstadium anerkannte.²⁰⁵⁵ Es bestehe ein Widerspruch zur Eheschließungsfreiheit des Art. 6 I GG und ein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 I GG. Des Weiteren ließe sich durch § 7 I Nr. 3 TSG nicht der Zweck erreichen, den Eindruck einer homosexuellen Ehe zu verhindern, da gemäß § 1 TSG bei bereits bestehenden Ehen Vornamensänderungen möglich sind.²⁰⁵⁶ Der Lesben- und Schwulenverband und die Ökumenische Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche fügten hinzu, dass ein entsprechender Anschein auch bereits dann entstände, wenn die Ehegatten von ihrem äußeren Erscheinungsbild als Personen desselben Geschlechts aufträten.²⁰⁵⁷

(1) Schutzbereich und Eingriff

In seiner Begründetheitsprüfung stellt das BVerfG zwei Eingriffe fest: Zum einen in das von Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützte Recht, einen unter den Voraussetzungen des § 1 TSG erworbenen Vornamen zu führen, der die empfundene Geschlechtszugehörigkeit des Namensträgers zum Ausdruck bringt. Zum anderen erfolge ein Eingriff, in den grundrechtlich geschützten intimen Sexualbereich. Durch den Namensverlust und die Pflicht, wieder den früheren Vornamen zu führen, werde offenkundig, dass die sexuelle Identität des Namensträgers im Widerspruch zu seinem, eine andere Geschlechtlichkeit ausdrückenden, von ihm zu führenden Namen stehe.²⁰⁵⁸ Einem homosexuell orientierten Transsexuellen ohne Geschlechtsumwandlung (wie dem Antragsteller) bleibe zur rechtlichen Absicherung seiner Partnerschaft nur die Eingehung einer Ehe als Verbindung von Mann und Frau, also verschiedengeschlechtlicher Partner. Die eingetragene Lebenspartnerschaft komme trotz der homosexuellen Orientierung nicht in Betracht, da rechtlich nicht auf die sexuelle Orientierung abgestellt werde, sondern auf das Geschlecht. Erschwerend komme hinzu, dass bei Transsexuellen, die nur die „kleine Lösung“ gewählt haben, weiterhin das Geburtsgeschlecht bestehe. Das geltende Recht stelle sie insofern vor die Wahl, entweder ganz auf eine rechtliche Absicherung ihrer partnerschaftlichen Verbindung zu verzichten, um sich so ihre Identität im Namen zu erhalten oder die Ehe einzugehen, damit jedoch auf ihre geschlechtliche Identität im Namen verzichten zu müssen. Eine Entscheidung für die zweite Alternative könne, nach Ansicht des Gerichts, nicht als freiwillige Namensaufgabe gedeutet werden.²⁰⁵⁹ Diese Aussage ist zu bestärken. Der Wunsch eine Partnerschaft recht-

²⁰⁵⁴ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 40, BVerfGE 115, 1 (12).

²⁰⁵⁵ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 30, BVerfGE 115, 1 (8).

²⁰⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 30, BVerfGE 115, 1 (8).

²⁰⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 42, BVerfGE 115, 1 (12).

²⁰⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 51 f., BVerfGE 115, 1 (15 f.).

²⁰⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 53, BVerfGE 115, 1 (16).

lich abzusichern kann keinesfalls als ein stillschweigender Verzicht auf den Vornamen, der die eigene Geschlechtsidentität widerspiegelt, gedeutet werden. Aus der sexuellen Orientierung eines Menschen kann nicht auf seine empfundene Geschlechtlichkeit geschlossen werden. Diese Vermutung, mit der der Gesetzgeber den Vornamensentzug begründet hatte, hält den heutigen sexualwissenschaftlichen Erkenntnissen nicht mehr stand.²⁰⁶⁰ Dies entspricht dem Vorgehen des BVerfG bereits in der ersten Entscheidung. Das BVerfG hatte sich stets bemüht, umfassend über Transsexualität informiert zu sein und sich dafür auf Sachverständige aus der Medizin, der Psychologie und der Sexualforschung bezogen.²⁰⁶¹ Wenn also eine nicht operierte transsexuelle Frau eine andere Frau heiratet, dann heißt dies keinesfalls, dass sie sich wieder dem ihren Geschlechtsmerkmalen entsprechenden Geschlecht zugehörig fühlt. *Adamietz* betont diese Einsicht und Argumentation des BVerfG als einen Meilenstein, weil sich das BVerfG zuvor stets an der Bestätigung der Heteronormativität beteiligt habe.²⁰⁶²

(a) Art. 3 GG: Eine Frage des Geschlechts?

Nach *Windel* hätte man die Verfassungswidrigkeit von § 7 III TSG auch auf Art. 3 I, III GG stützen können, anstatt auf Art. 2 I i.V.m Art. 1 I GG und die Andeutung einer allgemeinen Partnerschaftsbegründungsfreiheit. Die Verfassungswidrigkeit werde damit begründet, dass die Verfassung und das einfache Recht *de lege lata* allen die Möglichkeit zur Eingehung einer rechtsverbindlichen Partnerschaft eröffnen. Jemanden hiervon auszuschließen, wäre ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz. Ebenso käme es einem Ausschluss gleich, wenn eine Partnerschaft nur dann ermöglicht wird, wenn gleichzeitig Art. 2 I i.V.m Art. 1 I GG verletzt wird.²⁰⁶³

Des Weiteren könnte die Regelung in Hinblick auf die Vergleichsgruppe von Transsexuellen, die bereits verheiratet sind und anschließend ihren Vornamen ändern lassen, gegen Art. 3 I GG verstoßen.²⁰⁶⁴ Hier liegt eine Ungleichbehandlung vor, für deren Rechtfertigung der Gesetzgeber nicht bloß dem Willkürverbot unterliegt, sondern einer strengen Bindung an den Gleichheitssatz, da es um die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten geht.²⁰⁶⁵ Ob eine unterschiedliche zeitliche Abfolge ausreichen soll, erscheint fraglich.

²⁰⁶⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 54, BVerfGE 115, 1 (17).

²⁰⁶¹ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287). Vgl. *Adamietz*, *Transgender ante portas*, KJ 2006, S. 368 (377).

²⁰⁶² *Adamietz*, *Transgender ante portas*, KJ 2006, S. 368 (375). Z.B. durch die stete Definition der Ehe als Vereinigung von Mann und Frau, die keinesfalls gleichgeschlechtlichen Partnern offen stehen darf. Vgl. auch *Cottier*, Anm. zu BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, 1 BvL 3/03, *Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch)* 2006, S. 405 (406).

²⁰⁶³ *Windel*, *Transsexualität als Bewährungsprobe*, JR 2006, S. 265 (266).

²⁰⁶⁴ In diesem Sinne auch *Augstein*, in: Bruns/Kemper (Hrsg.), *Hk-LPartG*, 2. Aufl. 2005, II 13. Rn. 6.

²⁰⁶⁵ Vgl. dazu D II 1 a aa.

Auch *Adamietz* spricht sich für eine Untersuchung anhand von Art. 3 III GG aus.²⁰⁶⁶ Wie bereits in dieser Arbeit festgestellt, ist die Transsexuellenrechtsprechung des BVerfG keine Gleichberechtigungsrechtsprechung, primär weil das BVerfG, anders als der EuGH, die geschlechtliche Identität nicht als Bestandteil des Merkmals Geschlecht sieht. Nach *Adamietz* sind diese jedoch untrennbar.²⁰⁶⁷ Transsexuelle Menschen, die einen vollen (körperlichen) Geschlechtswechsel wünschen, sind mit klassischen, der Geschlechtsidentität Mann oder Frau entsprechenden, Charakterzuschreibungen konfrontiert. Um in ihrem Geschlecht anerkannt zu werden, müssen sie Psychologen überzeugen und dafür deren Erwartungen an das Geschlecht erfüllen.²⁰⁶⁸ Wer gegenüber den Psychologen nicht überzeugen kann, dem werden stereotype Rollenvorstellungen zum Verhängnis. Ähnlich wird Menschen, die angenommene Unterscheidung zwischen zwei klar definierten Geschlechtern zum Verhängnis, weil ihr Körper nicht männlich oder weiblich genug sei und ihnen folglich die rechtliche Anerkennung untersagt wird. Das BVerfG hat in Art. 3 II und III GG ein Verbot des Festhaltens an der überkommenen Rollenverteilung erkannt,²⁰⁶⁹ nicht allerdings das Verbot von Rollenvorstellungen an sich.²⁰⁷⁰ Der Schritt das Rollenperpetuierungsverbot des Art. 3 GG auch auf die Geschlechterrollen, denen sich Transsexuelle ausgesetzt sehen, zu beziehen, liegt nahe und ist für die Zukunft nicht auszuschließen. Auch wenn das BVerfG „die Vorstellung von der natürlichen Verschiedenheit der Geschlechter [...] noch nicht als Wurzel allen Übels entdeckt“²⁰⁷¹ hat, weicht es die Grenzen zum ersten Mal auf, wenn es sich vorstellen kann, von der geschlechtsanpassenden Operation für die Geschlechtszugehörigkeit abzusehen.²⁰⁷²

(b) Art. 6 GG

Neben Art. 2 I 1 i.V.m. Art. 1 I GG wurde seitens des vorlegenden LG Itzehoe, des Lesben- und Schwulenverbands und der Ökumenischen Arbeitsgruppe Homosexuelle und Kirche auf eine Verletzung von Art. 6 I GG, genauer der Eheschließungsfreiheit, hingewiesen.²⁰⁷³ Art. 6 I GG gewährleistet jedem die Freiheit, die Ehe mit einem selbstgewählten Partner einzugehen.²⁰⁷⁴ Nach h.M. und Recht-

²⁰⁶⁶ *Adamietz*, Transgender ante portas, KJ 2006, S. 368 (379 f.).

²⁰⁶⁷ *Ibid.*, (380).

²⁰⁶⁸ Vgl. *Sharpe*, English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett, *Feminist Legal Studies* 2002, S. 65 (66).

²⁰⁶⁹ *BVerfG*, Urt. v. 28.01.1992 – Az. 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, NJW 1992, 964–966.

²⁰⁷⁰ Vgl. *Adamietz*, Transgender ante portas, KJ 2006, S. 368 (380).

²⁰⁷¹ *Adamietz*, Transgender ante portas, KJ 2006, S. 368 (380).

²⁰⁷² Und später sogar tut vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, BVerfGE 128, 109.

²⁰⁷³ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 29 f., 43, BVerfGE 115, 1 (7 f., 12).

²⁰⁷⁴ Vgl. *Dömming/Füsslein/Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR NF 1951, 66 (71).

sprechung konnte aus Art. 6 GG kein Recht auf Eingehung einer Ehe mit gleichgeschlechtlichem Partner hergeleitet werden.²⁰⁷⁵ Die Freiheit, in nichtehelicher oder gleichgeschlechtlicher Gemeinschaft zu leben, war Bestandteil des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 I GG.²⁰⁷⁶ Aus der Eheschließungsfreiheit erwuchs das Recht auf einen ungehinderten Zugang zur Ehe zwischen zwei Personen unterschiedlichen Geschlechts und damit zur Abwehr staatlicher Behinderungen, was aber gesetzliche Regelungen über das Eingehen der Ehe nicht ausschließt.²⁰⁷⁷ Die Freiheit zur Schließung einer Ehe zwischen Mann und Frau darf durch gesetzliche Bestimmungen, die aufgrund des untrennbaren Zusammenhangs zwischen Grundrecht und Institutsgarantie hinsichtlich der Form der Eheschließung sowie deren sachlichen Voraussetzungen notwendig sind²⁰⁷⁸, nicht unterwandert werden.²⁰⁷⁹ Regeln über die Formen der Eheschließung und ihre sachlichen Voraussetzungen setzen die Eheschließungsfreiheit voraus.²⁰⁸⁰ Ehehindernisse hingegen lässt das Grundrecht nur in Ausnahmefällen und kraft Natur der Sache zu.²⁰⁸¹ Im Gegensatz zu § 8 I Nr. 2 TSG stellt § 7 I Nr. 3 TSG kein direktes Ehehindernis im Sinne eines kompletten Ausschlusses dar, sondern eine mittelbare Einschränkung der Ehefreiheit. Unter Verlust des Vornamens ist für Transsexuelle die Eingehung einer Ehe möglich. Allerdings ist dies, wie im Folgenden noch aufgezeigt werden wird, nicht akzeptabel.

(2) Legitimer Zweck

Der ursprüngliche Zweck der Vorschrift war es, einen bereits stattgefundenen Wechsel zurück zum Geburtsgeschlecht nachzuvollziehen.²⁰⁸² In den Fällen des § 1 TSG sei davon auszugehen, dass die Person sich wieder dem ursprünglichen Geschlecht zugehörig fühle. Dieser Schluss basierte auf der Annahme, dass sich Transsexualität und Homosexualität widersprechen würden. Das BVerfG erkennt die

²⁰⁷⁴ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 04.05.1971 – Az. 1 BvR 636/68, NJW 1971, 1509 (1509); *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014, Ed. 23, Art. 6 Rn. 22.

²⁰⁷⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 04.10.1993 – Az. 1 BvR 640/93, NJW 1993, 3058 (3058) m.w.N. und einem Hinweis auf die Transsexuellenrechtsprechung; *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 72. EGL 2014, Art. 6 GG Rn. 58.

²⁰⁷⁶ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 24.03.81 1 – Az. BvR 1516/78, 964, 1337/80, BVerfGE 56, 363 (384); *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 72. EGL 2014, Art. 6 GG Rn. 55; *Gröschner*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. Rn. 53.

²⁰⁷⁷ *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 72. EGL 2014, Art. 6 GG Rn. 47.

²⁰⁷⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 30.11.1982 – Az. 1 BvR 818/81, NJW 1983, 511 (511), BVerfGE 62, 323 (330).

²⁰⁷⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 04.05.1971 – Az. 1 BvR 636/68, BVerfGE 31, 58 (69 f.), NJW 1971, 1509 (1509).

²⁰⁸⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 04.05.1971 – Az. 1 BvR 636/68, NJW 1971, 1509 (1509).

²⁰⁸¹ *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 72. EGL 2014, Art. 6 GG Rn. 47; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar GG, Stand: 01.12.2014 Ed. 23, Art. 6 Rn. 22.

²⁰⁸² Vgl. BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 14, Nr. 3.7.1

Argumentation in den Stellungnahmen an und kommt zum Ergebnis, dass dieses Ziel nicht mehr den Anforderungen an einen gewichtigen Gemeinwohlbelang genügt. Viel mehr belegten inzwischen wissenschaftliche Erkenntnisse, dass die empfundene Geschlechtlichkeit eines Transsexuellen nicht von der sexuellen Orientierung abhängt.²⁰⁸³ Dagegen spricht auch, dass wenn es allein auf das Zugehörigkeitsempfinden ankäme, die ganze Regelung gestrichen werden könnte. Die Möglichkeit durch Antrag eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands zu bewirken würde ausreichen.²⁰⁸⁴

Die Intention des Gesetzgebers, den Eindruck einer gleichgeschlechtlichen Ehe zu vermeiden, erkannte das BVerfG als legitimes Gemeinwohlziel an.²⁰⁸⁵ Diese Aussage kann jedoch aus mehreren Gründen nicht überzeugen: Zum einen erlaubt das Transsexuellengesetz bewusst diesen Anschein, dann nämlich, wenn es sich um eine bereits bestehende Ehe handelt. Die vorliegende Unterscheidung zwischen einer negativen Tatbestandsvoraussetzung der Ehelosigkeit, welche es für die Vornamensänderung nicht gibt und einer Wiederaufhebung der Vornamensänderung, bei nachträglicher Eingehung einer Ehe, ist ein Verstoß gegen Art. 3 I GG.²⁰⁸⁶ Des Weiteren kann ein transsexueller Mensch, der geschlechtsanpassende Operationen hat vornehmen lassen, aber keinen Antrag nach § 8 TSG gestellt hat, auch bei einer Vornamensänderung seine Ehe fortführen.²⁰⁸⁷ Nur der gleichgeschlechtliche Schein einer nachträglich eingegangenen Ehe soll verhindert werden. Gegen eine Differenzierung zwischen der bestehenden Ehe und solchen die geschlossen werden sollen spricht auch Art. 6 I GG, welcher nicht nur die bestehende Ehe, sondern auch die Eheschließungsfreiheit schützt²⁰⁸⁸. Zwar mag es richtig sein, dass eine fehlende innere Folgerichtigkeit bei der Ausgestaltung eines Regelungsanliegens nicht automatisch zum Verlust der Legitimität führt,²⁰⁸⁹ es lässt jedoch an der Kohärenz und ggf. auch an der Geeignetheit zweifeln. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass das Prinzip der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe aufgrund der geringen Anzahl der betroffenen Transsexuellen nur marginal berührt war.

Darüber hinaus lässt sich weitere Kritik am Merkmal des „Anscheins“ anbringen. Um diesen Gemeinwohlzweck näher zu untersuchen, wählt *Grünberger* einen Vergleich zur Anscheinsgefahr im Polizei- und Ordnungsrecht.²⁰⁹⁰ Demnach verlangt ein rechtlich relevanter Anschein eine Sachlage, bei der zu keinem Zeitpunkt eine reale Gefahr droht und der objektive Betrachter aufgrund der gegebenen

²⁰⁸³ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 54, BVerfGE 115, 1 (17).

²⁰⁸⁴ *Angstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (11).

²⁰⁸⁵ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 56 ff., BVerfGE 115, 1 (17 f.).

²⁰⁸⁶ Vgl. oben und *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (365); *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG Beschluss v. 06.12.2005, JZ 2006, S. 515 (519).

²⁰⁸⁷ *Angstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (12).

²⁰⁸⁸ *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 72. EGL 2014, Art. 6 GG Rn. 47.

²⁰⁸⁹ *Wiehüpitz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 58.

²⁰⁹⁰ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (365).

Erkenntnisse von einer solchen ausgehen kann.²⁰⁹¹ Nach Ansicht des BVerfG wollte der Gesetzgeber den Anschein einer gleichgeschlechtlichen Ehe verhindern.²⁰⁹² Dieser Anschein basiert wiederum auf dem Anschein einer Geschlechtszugehörigkeit, der von einem transsexuellen Menschen gesetzt wird. Die Gefahr besteht damit für den verfassungsrechtlichen Ehebegriff, welcher nach Ansicht des BVerfG von der Geschlechtsverschiedenheit der Ehegatten ausgeht.²⁰⁹³ Da die Transsexuellen im Rahmen der „kleinen Lösung“ personenstandsrechtlich ihr Geburtsgeschlecht beibehalten, liegt rechtlich keine echte Gefahr für das verfassungsrechtliche Verständnis der Ehe vor. Um dem wesentlichen Strukturprinzip der Verschiedengeschlechtlichkeit nachzukommen, sei es nach Ansicht des BVerfG nicht nur legitim, wenn der Gesetzgeber verhindere, dass gleichgeschlechtliche Paare eine Ehe schließen, sondern eben auch, dass bereits der Anschein einer solchen gleichgeschlechtlichen Ehe, basierend auf dem Vornamen und dem äußerlichen Erscheinungsbild, vermieden werde.²⁰⁹⁴ Rechtlich kommt es tatsächlich nur auf den personenstandsrechtlichen Geschlechtsstatus an. Die Wichtigkeit des Personenstands wird durch das Verfahren der § 8 ff. TSG betont. Darauf abzustellen, ob eine Frau, die einen Mann heiraten will, aussieht wie eine Frau, wäre widersprüchlich.²⁰⁹⁵ Entsprechendes kann auch nicht von nicht-transsexuellen Menschen erwartet werden.

Ein Beispiel des LG Stade veranschaulicht diese Absurdität.²⁰⁹⁶ Zwei Männer hatten eine Lebenspartnerschaft eingehen wollen. Der Standesbeamte zweifelte jedoch an der männlichen Geschlechtszugehörigkeit von einem der Männer (einem Thailänder), basierend auf dessen äußeren Erscheinungsbild. Aufgrund des Geburtenbucheintrags und des Reisepasses konnte das LG Stade die Zweifel des Standesbeamten widerlegen. Doch das LG ging noch weiter und führte aus, dass das männliche Geschlecht im Rahmen einer ärztlichen Untersuchung positiv festgestellt wurde. Bei der Feststellung der Gleichgeschlechtlichkeit der angehenden Lebenspartner kann das äußere Erscheinungsbild (im entschiedenen Fall als Frau) nicht maßgeblich sein, wenn Geburtseintrag, Pass und ärztliche Untersuchung übereinstimmend ein Geschlecht (im entschiedenen Fall männlich) ausweisen.²⁰⁹⁷ Warum kann es überhaupt auf eine medizinische Untersuchung ankommen? Der fragliche Anschein wird nicht vom Vornamen gesetzt, sondern das äußerliche Erscheinungsbild und das Auftreten einer Person sind maßgeblich. Dahinter verbirgt sich, was in der Literatur schon lange kritisiert wird, nämlich dass der wahre Normzweck von § 7 TSG darin besteht, nicht-konformes Verhalten in der neuen Geschlechterrolle

²⁰⁹¹ Anstatt vieler, vgl. *BGH*, Urt. v. 12.03.1992 – Az. III ZR 128/91, *NJW* 1992, 2639 (2639) m.w.N.

²⁰⁹² *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 58, *BVerfGE* 115, 1 (18).

²⁰⁹³ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 60, *BVerfGE* 115, 1 (19) m.w.N.

²⁰⁹⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 60 f., *BVerfGE* 115, 1 (19).

²⁰⁹⁵ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, *StAZ* 2007, S. 357 (365).

²⁰⁹⁶ *LG Stade*, Urt. v. 27.09.2002 – Az. 9 T 169/02, *StAZ* 2003, 48.

²⁰⁹⁷ *Lipp*, Rechtsprobleme bei der Begründung einer Lebenspartnerschaft, *StAZ* 2002, S. 354–361 (355).

zu sanktionieren.²⁰⁹⁸ Diese Sanktion stellt jedoch kein legitimes Gemeinwohlinteresse dar, welches Eingriffe in das Grundrecht auf Geschlechtsidentität rechtfertigen könnte.²⁰⁹⁹ Vielmehr stellen Normen, die abweichendes Rollenverhalten sanktionieren selbst einen Eingriff in das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung dar.²¹⁰⁰ Das BVerfG erkennt diese Widersprüche nicht, stattdessen erkennt es die Anscheinsgefahr als legitimen Gemeinwohlzweck an.

An den in den Stellungnahmen angebrachten Argumenten lässt das BVerfG die Geeignetheit und Erforderlichkeit von § 7 I Nr. 3 TSG nicht scheitern; weder daran, dass das äußere Erscheinungsbild eines verheirateten Transsexuellen den Anschein erwecken kann, er führe eine gleichgeschlechtliche Ehe.²¹⁰¹ Noch soll es ausschlaggebend sein, dass bei bereits verheirateten Transsexuellen eine Namensänderung ohne weitere Folgen für die Ehe möglich ist.

(3) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Scheitern soll Nr. 3 allerdings an der Zumutbarkeit, mangels Möglichkeit eine rechtlich gesicherte Partnerschaft einzugehen.²¹⁰² Es liege eine zweifache Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts vor, weil in das Namensrecht und in den geschützten intimen Sexualbereich eingegriffen werde.²¹⁰³ Diese zweifache Verletzung stelle die Betroffenen vor die Wahl zwischen ihren Grundrechten entscheiden zu müssen. Dieses Dilemma sollte vom BVerfG erst später als wesentlicher Aspekt der Unzumutbarkeit erkannt werden.²¹⁰⁴ Das neue Zusammenspiel zwischen Namensrecht und Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist ein Sonderfall, von dem nur Menschen betroffen sind, die eine Änderung ihres Vornamens erreichen mussten, um eine Kongruenz zu ihrer Geschlechtsidentität herzustellen. Zusammengefasst:

„Das Festhalten an der nach den äußeren Geschlechtsmerkmalen bestimmten Geschlechtszugehörigkeit im Personenstandsrecht einerseits und das Anknüpfen der Rechtsinstitute an diese rechtliche Geschlechtszuweisung andererseits haben zur Folge, dass ein homosexuell orientierter Mann-zu-Frau-Transsexueller ohne Geschlechtsumwandlung, der sich mit einer Frau verbinden möchte, keine Lebenspartnerschaft eingehen kann, weil er personenstandsrechtlich weiter als Mann geführt wird. Ihm bleibt für eine dauerhafte rechtliche Verbindung nur die Möglichkeit, die Ehe einzugehen. Hierdurch setzt er jedoch den vom Gesetzgeber gerade nicht erwünschten Anschein

²⁰⁹⁸ Anders *Wielpütz*, die verkennt, dass eine Sanktionierung nicht immer zu einer Änderung der Partnerwahl führt, jedoch dieses Potential birgt und so ein stereotypes Bild verfestigen kann.

²⁰⁹⁹ *Angstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (11 f.); zustimmend *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (360, 366).

²¹⁰⁰ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (366).

²¹⁰¹ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 61, BVerfGE 115, 1 (19).

²¹⁰² BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 62, BVerfGE 115, 1 (20).

²¹⁰³ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 54, BVerfGE 115, 1 (17).

²¹⁰⁴ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.05.2008, BVerfGE 121, 175.

einer gleichgeschlechtlichen Ehe und verliert zugleich, damit ein solcher Anschein jedenfalls über die Vornamen der Eheleute nicht erweckt werden kann, gezwungenermaßen seinen Vornamen, der seine eigene geschlechtliche Identität zum Ausdruck bringt. Obwohl der Betroffene sich also konform zu der ihm rechtlich allein eröffneten Möglichkeit einer partnerschaftlichen Bindung verhält, wird er dafür mit der Sanktion belegt, den ihm zuvor in einem rechtsförmigen Verfahren zuerkannten Vornamen, der seine empfundene geschlechtliche Identität zum Ausdruck bringt, wieder zu verlieren. Dieses rechtliche Zusammenspiel verletzt das von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG geschützte Recht des Transsexuellen auf Wahrung seiner Intimsphäre und auf Wahrung seiner eigenen, im Vornamen sich ausdrückenden Geschlechtsidentität.²¹⁰⁵

Als besonders entscheidend berücksichtigt das BVerfG, dass homosexuelle Transsexuelle, die ihre Partnerschaft absichern wollten, dies nur in Form einer Ehe tun konnten. Die Aussage, es bestehe keine Möglichkeit unter Beibehaltung des neuen Vornamens eine rechtlich gesicherte Partnerschaft einzugehen, ist allerdings nicht richtig. Die Beschwerdeführerin konnte zwar ohne Sanktion keine rechtlich gesicherte Partnerschaft mit einer Frau eingehen, sie hätte als personenstandsrechtlicher Mann aber ohne Folgen für ihren Vornamen eine eingetragene Lebenspartnerschaft mit einem Mann eingehen können.²¹⁰⁶ Das entspricht allerdings nicht dem, was die Beschwerdeführerin wollte. *Grünberger* kommt deswegen zu Recht zu dem Ergebnis, dass die Entscheidung und Argumentation des BVerfG anders zu lesen ist. Das Grundrecht auf sexuelle Identität aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG schützt nicht nur den Wunsch eines Individuums eine rechtlich gesicherte Partnerschaft einzugehen, sondern weitergehend den Wunsch diese Partnerschaft mit einem Partner der eigenen Wahl, entsprechend der eigenen sexuellen Orientierung, einzugehen.²¹⁰⁷ Im Ergebnis werden damit die Ehe und die Lebenspartnerschaft auf individualrechtlicher und institutioneller Ebene gleichgestellt.²¹⁰⁸

Ein zusätzliches Argument gegen die bis dahin bestehende Regelung ist, dass der homosexuelle Transsexuelle, der eine Ehe eingeht nachdem er seinen Vornamen geändert hat, wenn er nicht dauerhaft in der „kleinen Lösung“ verbleiben wollte, sich aufgrund von § 8 I Nr. 2 TSG hätte scheiden lassen müssen, wenn er die personenstandsrechtliche Änderung der Geschlechtszugehörigkeit anstrebte. Entscheidet er sich deswegen keine Ehe einzugehen, dann bleibt ihm vorläufig jede Form einer rechtlich abgesicherten Partnerschaft verschlossen. Da inzwischen erkannt wurde, dass die „kleine Lösung“ keinesfalls stets als Durchgangsstadium auf

²¹⁰⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 71, BVerfGE 115, 1 (24).

²¹⁰⁶ *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG Beschluss vom 06.12.2005, JZ 2006, S. 515 (518) und *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (360).

²¹⁰⁷ *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG Beschluss vom 06.12.2005, JZ 2006, S. 515 (518) und *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (360).

²¹⁰⁸ *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (266).

dem Weg zur „großen Lösung“ gewählt wird, sondern eine nicht unbeachtliche Zahl dauerhaft in dieser Lösung verbleibt, zwingt § 7 I Nr. 3 TSG die Betroffenen zu einem vorübergehenden Verzicht auf rechtliche Absicherung ihrer Partnerschaft. Ein dauerhafter Verzicht ist aber keinesfalls zumutbar und damit verfassungswidrig.

cc. Für und Wider der Lösungsmöglichkeiten des Gesetzgebers und aktuelle Situation

§ 7 I Nr. 3 des Transsexuellengesetzes ist in Folge der Entscheidung bis zu einer gesetzlichen Änderung durch den Gesetzgeber nicht anwendbar. Das BVerfG gab dem Gesetzgeber drei Beispiele, wie eine verfassungsgemäße Rechtslage hergestellt werden könnte. Die erste Lösung wäre es § 7 I Nr. 3 TSG ersatzlos zu streichen und die Ehe für Personen zu öffnen, deren Vornamen den Eindruck einer gleichgeschlechtlichen Ehe erwecken. Lösung zwei umfasst die Änderung des Personenstandsrechts, sodass Transsexuelle auch ohne Operation dem anderen neuen Geschlecht zugeordnet werden können. Folglich hätten homosexuell orientierte Transsexuellen nun eine Lebenspartnerschaft eingehen können. Es würde eine Gleichstellung der „kleinen“ und der „großen“ Lösung erfolgen. Die dritte Möglichkeit sieht eine Ergänzung des Lebenspartnerschaftsgesetzes vor, sodass homosexuell orientierten Transsexuellen die Eingehung einer Lebenspartnerschaft offen stünde.

Die Literatur hat sich mit diesen Vorschlägen auseinandergesetzt. Nach *Windel* ist die dritte Lösung die sinnvollste.²¹⁰⁹ Gegen die erste Lösung spreche, dass das vom Senat anerkannte Gemeinwohlziel, den Eindruck zu vermeiden, dass Personen gleichen Geschlechts eine Ehe eingehen können, konterkariert würde. Die zweite Lösung sei weder sinnvoll noch akzeptabel, da ein Auseinanderfallen von Geschlecht im Rechtssinne und der Geschlechts- als Fortpflanzungsfunktion mit den Grundlagen des Abstammungsrechts kollidieren würde. Das Abstammungsrecht ginge nämlich vom biologischen Regelfall aus, dass einem Kind ein Mann als Vater und eine Frau als Mutter zugeordnet werden könne.²¹¹⁰ Nur die dritte Lösung sei im Verhältnis zu den anderen Lösungen relativ unproblematisch, da für eine Exklusivität der eingetragenen Partnerschaft nur für Personen gleichen Geschlechts keine zwingenden Gründe ersichtlich seien, im Gegensatz zur reziproken Problematik bei der Ehe.²¹¹¹ *Windel* spricht sich zusammenfassend dafür aus, dass bei einem bestehenden Statusverhältnis und nachfolgender Vornamensänderung die Rechtsfolgen *de lege de ferenda* denjenigen einer Vornamensänderung und nachfolgenden Eheschließung entsprechen sollten.²¹¹² Seiner Ansicht nach wäre die eingetragene Lebenspartnerschaft das angemessene Statut und zwar sowohl bei einer zuvor bestehenden Ehe als auch bei einer zuvor bestehenden eingetragenen Lebenspartner-

²¹⁰⁹ *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (266).

²¹¹⁰ *Ibid.*, S. 265 (266).

²¹¹¹ *Ibid.*, S. 265 (266).

²¹¹² *Ibid.*, S. 265 (267).

schaft.²¹¹³ Im Falle einer vorher bestehenden eingetragenen Lebenspartnerschaft ergab sich diese Situation schon immer *de lege lata* aus dem Gesetz, da eine Vornamensänderung keinen Einfluss auf die Lebenspartnerschaft nahm, auch wenn diese im Anschluss den Eindruck einer verschiedengeschlechtlichen Partnerschaft erweckte. Dass bei einer bestehenden Ehe und anschließender Vornamensänderung der Eindruck entsteht, es bestehe eine gleichgeschlechtliche Ehe, habe der Gesetzgeber ursprünglich hingenommen, um Transsexuellen, die in einer Ehe lebten, überhaupt eine Möglichkeit zu geben, ihre Geschlechtsidentität zu verwirklichen. Die „große Lösung“ setzte damals voraus, dass der oder die Transsexuelle nicht verheiratet war, vgl. § 8 I Nr. 2 TSG a.F. Dies sei inzwischen jedoch nicht mehr zwingend, da die Alternative bestehe, die Ehe in eine eingetragene Lebenspartnerschaft zu überführen und entsprechend des Gemeinwohlziels den Eindruck einer gleichgeschlechtlichen Ehe zu vermeiden.²¹¹⁴ Ohne weiteren Begründungsaufwand behauptet *Windel*, dies sei den Transsexuellen und ihren Ehepartnern zumutbar, da die Rechtsordnung nur eine rechtsverbindliche Partnerschaft garantiere, welche nicht notwendigerweise eine Ehe sein müsse.²¹¹⁵ Bei dieser Argumentation bleiben die Grundrechte beider Ehepartner aus Art. 6 GG jedoch vollständig unberücksichtigt.

Grünberger hingegen sieht die Streichung von § 7 I Nr. 3 TSG als Minimallösung, die für den Gesetzgeber den Vorteil hat, dass er sich auf eine kleine Veränderung beschränken kann.²¹¹⁶ Ihm ist darin zuzustimmen, dass es nur konsequent gewesen wäre § 7 TSG mangels legitimen Gemeinwohlziel komplett zu streichen – und zwar ersatzlos.²¹¹⁷ Die dritte Lösung (Öffnung des Lebenspartnerschaftsgesetzes für transsexuelle Menschen) wertet er als rechtspolitisch falsch und auf einer verfassungsrechtlich angreifbaren Prämisse beruhend.²¹¹⁸ Wenn man keine gesamte Öffnung der Lebenspartnerschaft für gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare wünsche, wäre es am naheliegendsten die Homosexualität des Transsexuellen als Tatbestandsvoraussetzung mit aufzunehmen. Dieses Vorgehen hätte jedoch ein Systembruch dargestellt, da die sexuelle Orientierung keine Rolle bei der Eingehung von rechtlich gesicherten Partnerschaften gespielt hatte.²¹¹⁹ Wie die zuständige Behörde diese sexuelle Orientierung positiv hätte feststellen soll, ist besonders fraglich und zu kritisieren.²¹²⁰ Eine direkte Frage nach der Trans- und Homosexualität wäre ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung²¹²¹, welches den Einzelnen darin schützt selbst zu

²¹¹³ *Ibid.*, S. 265 (267). Ebenfalls akzeptiert wurde diese Lösung von *Augstein*, in: Bruns/Kemper (Hrsg.), Hk- LPartG, 2. Aufl. 2005, II 13. Rn. 7.

²¹¹⁴ *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (267, 268).

²¹¹⁵ *Ibid.*, S. 265 (268).

²¹¹⁶ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (360).

²¹¹⁷ *Ibid.*, S. 357 (360). Für diese Lösung auch *Augstein*, in: Bruns/Kemper (Hrsg.), Hk- LPartG, 2. Aufl. 2005, II 13. Rn. 7.

²¹¹⁸ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (364 ff).

²¹¹⁹ Vgl. *Dethloff*, Die Eingetragene Lebenspartnerschaft, NJW 2001, S. 2598 (2598).

²¹²⁰ Vgl. auch *Muscheler*, Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Aufl. 2004, Rn. 117.

²¹²¹ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (364).

entscheiden, wann und in welchem Umfang er persönliche Lebenssachverhalte offenbart²¹²². Denkbar wäre es ebenfalls gewesen auf die Transsexualität und Änderung des Vornamens nach § 1 TSG bei einer der Partner abzustellen, was nach *Grünberger* einen weniger einschneidenden Eingriff darstellen würde, aber ebenfalls aus systematischen Gründen abzulehnen sei.²¹²³ Die durch die Anknüpfung an den Personenstand nachvollziehbare Unterscheidung zwischen Ehe und Lebenspartnerschaft würde aufgegeben und eine Sonderkategorie eingeführt. Entscheidend wäre für Transsexuelle nicht mehr der Personenstand, sondern der Vorname.²¹²⁴ *Wielpütz* hält die Öffnung der eingetragenen Lebenspartnerschaft mit Blick auf Art. 3 I GG für fragwürdig.²¹²⁵ Die für das Gleichheitsrecht relevante Vergleichsgruppe bilden Transsexuelle, die erst verheiratet sind und dann eine Vornamensänderung erreichen. Ob die zeitliche Abfolge als sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung ausreicht, erscheint äußerst fraglich. Gleichzeitig betont sie den Vorteil, dass auf diese Weise die rechtliche Verbindung nicht im Widerspruch zur sexuellen Orientierung gestanden hätte und diese respektiert würde.²¹²⁶ Die Eingehung einer eigentlich verschiedengeschlechtlichen Ehe durch ein homosexuelles Paar hätte somit als Missachtung ihrer sexuellen Orientierung als Teil der sexuellen Identität aufgenommen werden können. Außerdem würde auf diese Weise die Transsexualität des einen Partners nach außen offenbart.²¹²⁷

In Anbetracht dieser Kritik sprach mehr für die zweite Lösung. Anstatt das Problem bei der Wurzel zu identifizieren und entweder die Ehe für gleichgeschlechtliche Paare zu öffnen oder eine Personenstandsänderung, ohne die zusätzlichen Voraussetzungen der „großen Lösung“ zu ermöglichen, hätte eine Sonderkategorie neue Probleme geschaffen und wäre vermutlich den Interessen nicht gerecht geworden. Vorzugswürdig war daher übereinstimmend mit *Grünberger* der zweite Vorschlag des Gerichts, eine personenstandsrechtliche Zuordnung bereits nach den Voraussetzungen des § 1 TSG zuzulassen.²¹²⁸

Zehn Jahre lang ist der Gesetzgeber untätig geblieben. Damit lag bis zur Öffnungen der Ehe faktisch der gleiche Zustand vor, als wenn man den ersten Lösungsvorschlag des BVerfG umgesetzt und § 7 I Nr. 3 TSG ersatzlos gestrichen hätte. Folglich schadete die Ehe der Vornamensänderung weder im Vorhinein noch im Nachhinein und es waren aufgrund der Entscheidung des BVerfG zu § 8 I Nr. 2 TSG drei Abläufe denkbar, die den Anschein einer gleichgeschlechtlichen Ehe erzeugten. Ein verheirateter transsexueller Mensch entscheidet sich erstens für die „kleine“ oder zweitens für die „große Lösung“ oder ein unverheirateter

²¹²² Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 15.12.1983, BVerfGE 65, 1 (41 f.).

²¹²³ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (364).

²¹²⁴ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (365).

²¹²⁵ *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 59.

²¹²⁶ *Ibid.*, S. 59 f.

²¹²⁷ Vgl. dazu *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, BVerfGE 128, 109; *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 60; zu den praktischen Folgeproblemen.

²¹²⁸ *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (360).

Transsexueller lässt drittens den Vornamen ändern und geht anschließend eine Ehe ein.

e. *Recht auf Eingehung einer Partnerschaft und Anerkennung der Partnerschaft*

Die Möglichkeit zur Änderung des Geschlechts war nicht zuletzt aufgrund der Bedeutung des Geschlechts für die Eheschließung lange Zeit umstritten. So betonte beispielsweise Richter *Omrod* in der englischen Grundsatzentscheidung *Corbett v. Corbett*²¹²⁹ er würde das rechtliche Geschlecht nicht für alle Bereiche beurteilen, sondern nur für das Eherecht. Der folgende Abschnitt beschäftigt sich mit der Frage, ob ein Recht besteht nach erfolgtem Geschlechtswechsel eine Ehe oder Lebenspartnerschaft einzugehen.

aa. Deutschland

Bereits in der ersten Entscheidung des BVerfG war vom Beschwerdeführer kritisiert worden, dass er keine Ehe eingehen konnte mit einer Person, die aus seiner Sicht ein anderes Geschlecht habe. Nach Ansicht des BVerfG verstieß „die mit der Berichtigung des Geschlechtseintrags verbundene Folge, dass der Beschwerdeführer einen Angehörigen seines früheren Geschlechts heiraten kann, nicht gegen das Sittengesetz.“²¹³⁰ Zeugungsfähigkeit bzw. Gebärfähigkeit seien keine Voraussetzung einer Eheschließung. Es möge zwar sein, dass die Bevölkerung die Eheschließung eines männlichen Transsexuellen mit einem Mann aus der unterschweligen Vorstellung heraus ablehne, dies sei sittlich zu missbilligen: Rational nicht zu begründende Auffassungen könnten dem Abschluss einer Ehe aber nicht entgegenstehen.²¹³¹ Damit war in Deutschland die Frage der Eheeingangsmöglichkeit im Anschluss an die rechtliche Geschlechtsänderung nie ein Thema und ist auch in der Literatur anerkannt.²¹³² Bis zur Öffnung der Ehe, war nach der Anerkennung im Geschlecht die Eingehung einer Ehe mit einer Person, die personenstandsrechtlich das gleiche Geschlecht innehatte, ausgeschlossen. Dass sich Rechte und Pflichten eines Transsexuellen, ab dem Zeitpunkt seiner Geschlechtsänderung, nach dem rechtlich neuen Geschlecht richten würden, wurde in § 10 TSG ausdrücklich normiert. Das TSG sieht nur für das Eltern-Kind-Verhältnis, Rentenansprüche und

²¹²⁹ *Corbett v Corbett*, 1970, - 2 All E. R. 33, [1971] Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division (P.) 83–119.

²¹³⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (300).

²¹³¹ Unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 14.11.1973 - 1 BvR 719/69, BVerfGE 36, 146 (163).

²¹³² *Wellenbofer*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 8, 7. Aufl. 2017, Buch 4, Abschn. 1, Titel 2., Vorbem. Rn. 12; *Robbers*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 6 Rn. 46; *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 3 Rn. 4; *Angstein*, in: Bruns/Kemper (Hrsg.), Hk-LPartG, 2. Aufl. 2005, II 13. Rn. 2; *Everts*, Eingetragene Lebenspartnerschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, FPR 2004, S. 597–599 (597). Zur Frage eines Grundrechts auf Eingehung einer rechtlich abgesicherten Partnerschaft vgl. *Sacksosfsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (695–698).

vergleichbare wiederkehrende Leistungen eine Ausnahme vor (vgl. § 11 und § 12 TSG).²¹³³ Eine Offenbarungspflicht des Transsexuellen gegenüber dem künftigen Ehepartner ist abzulehnen.²¹³⁴ Die Möglichkeit nach Vornahme der Änderung des Geschlechts eine Ehe einzugehen ist durch Art. 6 GG geschützt.²¹³⁵

Gleichzeitig konnte nach einer Geschlechtsänderung auch eine gleichgeschlechtliche Partnerschaft eingegangen werden.²¹³⁶ Bereits bevor das BVerfG § 8 I Nr. 2 TSG für verfassungswidrig erklärte, war nach herrschender Meinung eine eingetragene Lebenspartnerschaft kein Hinderungsgrund für die „große Lösung“ in einer Analogie zu § 8 I Nr. 2 TSG.²¹³⁷ Die eingetragene Lebenspartnerschaft wird nach herrschender Meinung allerdings nicht von Art. 6 I GG, sondern von Art. 2 I GG geschützt.²¹³⁸

bb. EGMR

Der EGMR tat sich mit der Ehefähigkeit von Transsexuellen lange Zeit sehr schwer und hielt sich diesbezüglich zurück.

In *Corbett v. Corbett*, der englischen Grundlagenentscheidung zum Thema Transsexualität, wurde entschieden, dass bei der für die Ehe relevanten Geschlechtsbestimmung die Kongruenz zwischen den drei biologischen Kriterien (Chromosomen, Geschlechtsdrüsen und äußerliche Geschlechtsorgane) heranzuziehen sei.²¹³⁹ Dieser biologischen Definition von Geschlecht wurde in diversen anderen gerichtlichen Entscheidungen im *Common Law* gefolgt²¹⁴⁰, insbesondere, aber nicht ausschließlich, im Eherecht.

Die Fälle, welche dem EGMR in den letzten Jahrzehnten vorgelegt wurden, bezogen sich häufig neben Art. 8 EMRK auch auf Art. 12 EMRK, da es den Beschwerdeführern ohne Geschlechtsänderung nicht möglich war, ihre heterosexuellen Partnerschaften durch eine Ehe abzusichern. Die Argumentation des EGMR bezüglich des Rechts der Eheschließung verlief parallel zur Argumentation zum Geschlechtswechsel. Der EGMR verneinte in diesem Zusammenhang sowohl ein Recht auf offizielle Anerkennung des Geschlechtswechsels, als auch das Recht auf

²¹³³ Unterhalt und Erbrecht sind ebenso wenig wie das Rechtsverhältnis von Transsexuellen zu ihren Eltern geschlechtsspezifisch ausgestaltet, sodass § 11 nur eine klarstellende Funktion hat, vgl. *Augstein*, TSG, 2012, § 11 TSG Rn. 1.

²¹³⁴ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 237 f.

²¹³⁵ *Hufen*, Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen, JuS 2009, S. 259 (259).

²¹³⁶ *Hufen*, Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen, JuS 2009, S. 259 (259).

²¹³⁷ Vgl. Darstellung des Meinungsstreits mit eigener Stellungnahme, in *Everts*, Eingetragene Lebenspartnerschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechts, FPR 2004, S. 597–599.

²¹³⁸ *Badura*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 74. EGL 2015, Art. 6 GG Rn. 55.

²¹³⁹ *Corbett v. Corbett*, 1970, - 2 All E. R. 33, [1971] Law Reports, Probate, Divorce and Admiralty Division (P.) 83–119.

²¹⁴⁰ Vgl. für Beispiele *Sharpe*, A Critique of the Gender Recognition Act 2004, Bioethical Inquiry 2007, S. 33–42 (34); *Conan*, Gender is no substitute for sex, Feminist Legal Studies 2005, S. 67–96 (74).

Eheschließung.²¹⁴¹ Bemerkenswerterweise sah die Kommission bereits 1979 das Rechte auf Ehe von Transsexuellen als verletzt an, der EGMR allerdings erst 2012. Das Bemerkenswerte daran ist nicht, dass der EGMR nach über zwanzig Jahren zum gleichen Ergebnis kommt wie die Kommission, sondern dass er die Argumentationspunkte der Kommission letztlich übernimmt.

(1) *Van Oostervijk*

Die Kommission gab bereits im Fall *Van Oostervijk* dem Beschwerdeführer in seiner Behauptung einer Verletzung von Art. 12 EMRK recht. Dem Frau-zu-Mann-Transsexuellen, ohne Änderung von Vornamen und Personenstand, war es nicht möglich, eine Frau zu heiraten, weil eine gleichgeschlechtliche Ehe in Belgien nicht vorgesehen war. Des Weiteren war für ihn eine Ehe mit einem Mann aus psychologischen, physischen und sozialen Gründen nicht vorstellbar.²¹⁴² Zwar überlässt Art. 12 EMRK das Recht auf Eheschließung weitestgehend der innerstaatlichen Gesetzgebung, allerdings sah die Kommission im Falle Belgiens die Grenzen überschritten, da einer Gruppe von Personen das Recht auf Eheschließung absolut genommen werde.²¹⁴³ Die Kommission zweifelt zu diesem Zeitpunkt jedoch mit keinem Satz an, dass die Ehe eine Beziehung zwischen Menschen unterschiedlichen Geschlechts voraussetzt.²¹⁴⁴ Auch stehe es den Staaten zu, welches Verfahren sie zur Feststellung des Geschlechts vorsehen – herkömmlicherweise gemäß dem äußeren Erscheinungsbild bei der Geburt.

Allerdings ließe die Erforschung des Phänomens Transsexualität, primär in der Medizin, Zweifel an der Zuverlässigkeit dieses Kriteriums aufkommen.²¹⁴⁵ Insbesondere habe der Beschwerdeführer sich nicht das Recht genommen, sich auf Art. 12 zu berufen, weil er durch die Operationen seine Fortpflanzungsfähigkeit verlor.²¹⁴⁶ Trotz der Verbindung von Ehe und Familie, sowohl im nationalen Recht als auch in der Konvention, sei die Fortpflanzungsfähigkeit keine Voraussetzung und die Fortpflanzung nicht wesentlicher Zweck der Ehe.

Basierend auf diesen Annahmen wurde argumentiert, dass der Beschwerdeführer keine Ehe mit einer Frau eingehen könne, da sie das gleiche Geschlecht hätten. Eine Ehe mit einem Mann käme wiederum aus psychologischen, physischen und

²¹⁴¹ *Saksafsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (683).

²¹⁴² *EKMR*, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 54 f. – *Van Oostervijk/Belgien*, EuGRZ 1979, 566 (567).

²¹⁴³ *EKMR*, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 56 – *Van Oostervijk/Belgien*, EuGRZ 1979, 566 (567).

²¹⁴⁴ *EKMR*, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 57 – *Van Oostervijk/Belgien*, EuGRZ 1979, 566 (567).

²¹⁴⁵ *EKMR*, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 58 – *Van Oostervijk/Belgien*, EuGRZ 1979, 566 (567).

²¹⁴⁶ *EKMR*, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 59 – *Van Oostervijk/Belgien*, EuGRZ 1979, 566 (568).

sozialen Gründen nicht in Frage.²¹⁴⁷ Indem die Regierung von vornherein jedem Wunsch auf Eheschließung ein indirektes Verbot entgegengesetzt hätte, das ohne weitere Prüfung allein aus den Angaben in der Geburtsurkunde und der allgemeinen Theorie über die Berichterstattung von Personenstandsunterlagen hergeleitet wurde, habe sie das Recht zu heiraten und eine Familie zu gründen verkannt.²¹⁴⁸

Entscheidend war, dass die Kommission zwischen dem Recht auf Ehe und Familie trennte und die Fortpflanzungsfähigkeit nicht als ausschlaggebend betrachtete, um sich auf Art. 12 EMRK zu berufen. Wenn man hingegen, wie der EGMR in diesem Urteil, den Schutzbereich über die Wahrung des traditionellen Ehebildes als Grundlage der Familie bestimmt, bleibt es den Staaten überlassen, die Ehevoraussetzungen nach nationalem Recht festzulegen. Ebenso kann transidenten Menschen das Eheschließungsrecht unter der Argumentation verwehrt werden, dass dieses ein relationales Recht darstellt, welches nicht jedem Menschen das Recht gewährt, einen anderen Menschen zu heiraten, sondern nur eine Lebensgemeinschaft von Mann und Frau vorsieht.²¹⁴⁹

Einer der Kernpunkte dieser und der folgenden Entscheidungen bis zur Sache *Goodwin* befasste sich damit, welche Kriterien der Staat für die Bestimmung des Geschlechts und der Ehefähigkeit als relevant beurteilt. Sofern nur die Geburtsurkunde oder nur die biologischen Kriterien hierfür herangezogen werden, ist keine Geschlechtsänderung denkbar. Der EGMR akzeptierte die ausschließliche Berücksichtigung von biologischen Kriterien in den folgenden Urteilen.²¹⁵⁰

Des Weiteren ist ausschlaggebend, ob man den Kernbereich von Art. 12 EMRK berührt sieht, weil den Betroffenen keine Möglichkeit gegeben ist, eine Ehe einzugehen. Alternativ kann man sie auf eine, für sie ggf. nicht in Frage kommende, aus eigener Sicht homosexuelle Ehe verweisen und auf einen ausreichenden Schutz schlussfolgern. Sofern man den Wesensgehalt als betroffen sieht, kann den Staaten aber kein Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Kriterien überlassen werden.

(2) *Rees* und *Cossey*

In *Rees* bildeten sich in der Kommission zwei Meinungsgruppen; Die eine Hälfte (*Frowein, Busuttill, Trechsel, Carrillo* und *Schermer*) war der Ansicht, dass kein separates Problem unter Art. 12 EMRK, neben Art. 8 EMRK, vorlag. Dem Beschwerdeführer sei es zwar rechtlich nicht möglich eine Frau zu heiraten, dies aber nicht aufgrund einer gesonderten staatlichen Maßnahme, sondern nur, weil keine Anerkennung abweichend vom Geburtsgeschlecht ermöglicht werde. Es bestünde kein

²¹⁴⁷ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 54 – Van Oosterwijk/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (567).

²¹⁴⁸ EKMR, Ber. v. 01.03.1979 - 7654/76, Rn. 60 – Van Oosterwijk/Belgien, EuGRZ 1979, 566 (568).

²¹⁴⁹ Plett, Anmerkung zu EuGH, K.B. ./ National Health Service, ZESAR 2004, 303–308 (306).

²¹⁵⁰ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 49 – Rees/Vereinigtes Königreich; EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 46 – Cossey/Vereinigtes Königreich; EGMR (GK), Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 66 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

Grund zur Annahme, dass sobald eine Änderung des Geschlechts möglich sei, auch die Eingehung einer Ehe möglich sei. Da sich die Beschwerde gegen eine notwendige Folge aus der Verletzung von Art. 8 EMRK richte, bestehe kein Verstoß gegen Art. 12 EMRK. Die andere Hälfte der Kommission (*Fawcett, Tenekides, Gozubuyuk, Soyev und Batliner*) war der Ansicht, aus einem Recht auf Anerkennung der Geschlechtsidentität aus Art. 8 EMRK folge nicht automatisch auch ein Recht auf Ehe nach Art. 12 EMRK. Sie betonten den Vorbehalt der nationalen Ausgestaltung in Art. 12 EMRK und die Bedeutung der Fortpflanzungsfähigkeit als sozialen Zweck der Norm.

Im englischen Recht wurde die Ehe definiert als freiwillige Vereinigung von einem Mann und einer Frau für ein Leben lang, unter Ausschluss von allen anderen.²¹⁵¹ Dieser in der Definition enthaltene Voraussetzung der unterschiedlichen Geschlechter stimmte der EGMR auch in den Entscheidungen *Rees*²¹⁵² und *Cossey*²¹⁵³ zu und lehnte eine Verletzung von Art. 12 ab, weil seiner Ansicht nach diese Voraussetzung nicht den wesentlichen Kern des Rechts angreift.²¹⁵⁴ Mit dieser Bewertung nimmt er die Gegenposition zur Kommission ein. Hierbei übersieht der EGMR jedoch, dass heterosexuell orientierten Transsexuellen, denen keine Anpassung des Geburtenregisters ermöglicht wird, die Möglichkeit einer Ehe völlig genommen wird. Sie können keine rechtliche Absicherung ihrer Partnerschaft entsprechend ihrer sexuellen Orientierung erlangen.²¹⁵⁵ Dass die Betroffenen einer Art faktischen Unmöglichkeit gegenüberstehen, wird vom Gericht ignoriert, von den Richtern *Palm, Foighel* und *Pekkanen* in ihrer gemeinsamen abweichenden Meinung hingegen erkannt.²¹⁵⁶

Der EGMR ging in seiner Begründung von einem traditionellen Konzept der Ehe und der rein biologischen Bestimmung des Geschlechts zum Zwecke der Eheschließung aus. Dass im Rahmen des Art. 12 EMRK an eine Ehe zwischen zwei Menschen unterschiedlichen Geschlechts angeknüpft werde – und so eine Ehe mit einem Mann unmöglich werde – sei ein rechtliches Hindernis. Die Anknüpfung an das traditionelle Konzept der Ehe²¹⁵⁷ stelle jedoch einen hinreichenden Grund dar, weiterhin biologische Kriterien für die Bestimmung des Geschlechts einer Person

²¹⁵¹ Lord Penzance in *Hyde v Hyde* (1868), Law Reports 1 Probate and Divorce 130, 133; EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 26 – Rees/Vereinigtes Königreich.

²¹⁵² EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 49–51 – Rees/Vereinigtes Königreich.

²¹⁵³ *Ibid.*, Rn. 49.

²¹⁵⁴ *Ibid.*, Rn. 50.

²¹⁵⁵ Für unzulässig erklärte die Kommission nach *Rees* und vor *Cossey* die Beschwerde von zwei schwedischen Beschwerdeführerinnen. Die Mann-zu-Frau-Transsexuelle (die eine rechtliche Geschlechtsänderung erreicht hatte) und ihrer Partnerin war es nicht gestattet worden eine Ehe einzugehen, da sie beide weiblichen Geschlechts waren. EKMR, Entsch. v. 09.11.1989 - 14573/89 – Eriksson und Goldschmidt/Schweden.

²¹⁵⁶ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Palm/Foighel/Pekkanen* zu *Cossey*/Vereinigtes Königreich – Rn. 5.

²¹⁵⁷ Die Ehe als Grundlage der Familie: EGMR, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84 Rn. 43 – *Cossey*/Vereinigtes Königreich.

für die Zwecke der Eheschließung heranzuziehen. Implizit spricht dies auch dafür, dass der EGMR (anders als die Kommission) von der Parallelität des Geschlechts mit der biologischen Fortpflanzungsfähigkeit ausging.²¹⁵⁸

Dass der Hinweis auf Männer und Frauen in Art. 12 EMRK automatisch bedeutet, dass das Geschlecht der Beteiligten nur als biologisches Geschlecht verstanden werden kann, bezweifelt Richter *Martens* in seiner abweichenden Meinung. Auch kann seiner Ansicht nach nicht behauptet werden, dass die „Tradition“ es bedinge, unter Geschlecht nur die biologische sexuelle Verfassung eines Individuums, die bei der Geburt festgelegt wird, zu verstehen.²¹⁵⁹ Eine erfolgreiche Geschlechtsumwandlungsoperation zu ignorieren sei vielmehr willkürlich und unlogisch. So haben die Betroffenen zwar möglicherweise seit ihrer Geburt männliche Chromosomen, aber zum Zeitpunkt, zudem sie eine Ehe eingehen wollen, keine Hoden, keinen Penis dafür aber einen Busen, eine operierte Vagina und ein allgemein sozial dem weiblichen Geschlecht zuzuordnendes Auftreten. In *Cossey* wurde außerdem festgestellt, dass keine vollständige medizinische Geschlechtsumwandlung möglich sei.²¹⁶⁰

Die Entscheidung *B.* brachte hinsichtlich Art. 8 EMRK eine Änderung der Rechtsprechung mit sich²¹⁶¹. Hinsichtlich Art. 12 EMRK hatte die Kommission die Beschwerde jedoch mangels der Ausschöpfung inländischer Rechtsmittel nicht zugelassen^{2162, 2163}

(3) *Sheffield* und *Horsham*

In *Sheffield und Horsham* befand der Gerichtshof, dass es keinen Grund gab, von seinen Urteilen in *Rees* und *Cossey* gegen das Vereinigte Königreich abzuweichen. Er wiederholte, dass sich das von Art. 12 garantierte Recht auf Eheschließung auf die traditionelle Ehe zwischen Personen unterschiedlichen biologischen Geschlechts beziehe.²¹⁶⁴ Er argumentiert mit dem Wortlaut, welcher deutlich mache, dass Art. 12 darauf bedacht sei, die Ehe als Basis der Familie zu schützen. Nach Meinung des abweichenden Richters *Van Dijk* gebietet das Recht auf Selbstbestimmung postoperativen Transsexuellen auch rechtlich eine Geschlechtsanpassung zu ermöglichen und zwar mit der Folge, dass sie für alle Zwecke der Rechtsordnung als

²¹⁵⁸ *Mason*, United Kingdom v Europe: Current Attitudes to Transsexualism, Edinburgh Law Review 1998, S. 107–119 (111).

²¹⁵⁹ Abweichende Meinung des Richters *Martens* zu *Cossey*/Vereinigtes Königreich – Rn. 4.5.1.

²¹⁶⁰ *EGMR*, Urt. v. 27.09.1990 - 10843/84, Rn. 39 f. – *Cossey*/Vereinigtes Königreich.

²¹⁶¹ Vgl. D I 1 b bb (3).

²¹⁶² *EGMR*, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 30 – B./Frankreich.

²¹⁶³ In Frankreich wurde die Entscheidung teilweise so verstanden, dass der EGMR es den Mitgliedsstaaten zum Zwecke der Eheschließung weiterhin überließ die Geschlechtsbestimmung festzulegen; vgl. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 88 f.

²¹⁶⁴ *EGMR (GK)*, Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94, Rn. 66 f. – *Sheffield und Horsham*/Vereinigtes Königreich.

Personen des neuen Geschlechts anzusehen seien – also auch für die Eheschließung.²¹⁶⁵ Post-operativen Transsexuellen das Recht abzuspriechen, eine Person ihres früheren Geschlechts zu heiraten, während es keine annehmbare Option mehr darstelle, eine Person ihres neu erworbene Geschlechts zu heiraten, würde darauf hinauslaufen, sie von jeglicher Eheschließung auszuschließen. Dies entspricht der Argumentation der Kommission in *Van Oostervijk* und fand auch die Zustimmung des Richters *Wildhaber*.

(4) *Christine Goodwin*

Erst die Beschwerde von *Christine Goodwin* brachte die Kehrtwende in der Rechtsprechung des Gerichtshofs. Der Gerichtshof erkennt von nun an an, wie schon die Kommission in *Van Oostervijk*, dass Fähigkeit und Wille zur Familiengründung keine Voraussetzung für die Ehe sind und entsprechend die Fortpflanzungsunfähigkeit nicht das Recht nimmt, sich auf das Recht zur Ehe aus Art. 12 EMRK zu berufen.²¹⁶⁶ Zwar sei es weiterhin richtig, dass sich Satz 1 des Art. 12 EMRK ausdrücklich auf das Recht eines Mannes und einer Frau beziehe, eine Ehe einzugehen. Aber man sei nun mehr nicht davon überzeugt, dass zu diesem Zeitpunkt diese Begriffe sich auf eine Geschlechtsbestimmung aufgrund rein biologischer Kriterien beziehen würde.²¹⁶⁷ Der EGMR nimmt ausdrücklich Bezug auf Art. 9 der GR-Charta, der vom Wortlaut des Art. 12 EMRK bewusst abgewichen sei. Es habe seit der Annahme der Konvention massive gesellschaftliche Veränderungen in der Institution der Ehe gegeben, wie auch gravierende Änderungen, die durch die Entwicklung in Medizin und Wissenschaft im Bereich der Transsexualität erfolgt seien. Wichtige Faktoren für die Rechtsprechungsänderung waren die Akzeptanz des Zustands der *gender identity disorder* durch die Ärzteschaft und die Gesundheitsbehörden in den Vertragsstaaten, die Zurverfügungstellung ärztlicher Behandlungen (einschließlich chirurgischer), um die Person weitgehend wie möglich dem Geschlecht anzugleichen und die Annahme der sozialen Rolle des zugewiesenen Geschlechts durch den Transsexuellen.²¹⁶⁸

Inzwischen sieht es auch der Gerichtshof als gekünstelt, zu behaupten, dass Personen, die sich einer Geschlechtsumwandlung unterzogen haben, das Recht zu heiraten nicht vollständig genommen werde, da es ihnen nach dem Gesetz möglich

²¹⁶⁵ Abweichende Meinung des Richters *Van Dijk*, S. 38, zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 30.07.1998 - 22985/93, 23390/94 – Sheffield und Horsham/Vereinigtes Königreich.

²¹⁶⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 98 – *Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich*. „Der zweite Aspekt ist jedoch nicht Voraussetzung für den ersten, und die Unmöglichkeit eines Paares, ein Kind zu zeugen oder aufzuziehen, kann ihnen nicht allein das Recht im ersten Teil der Vorschrift nehmen.“

²¹⁶⁷ *Ibid.*, Rn. 100.

²¹⁶⁸ *Ibid.*, Rn. 100.

bleibe, eine Person des ihrem früheren Geschlecht entgegengesetzten Geschlechts zu heiraten.²¹⁶⁹ Er führt aus, dass

„es zwar Sache des Vertragsstaates ist, u. a. die Voraussetzungen zu bestimmen, die eine transsexuelle Person erfüllen muss, die die rechtliche Anerkennung ihrer neuen sexuellen Identität fordert, um nachzuweisen, dass ihre Geschlechtsumwandlung tatsächlich durchgeführt worden ist, und unter denen eine frühere Ehe die Gültigkeit verliert, oder die für eine zukünftige Ehe geltenden Förmlichkeiten festzulegen (z. B. die Angaben, die zukünftigen Ehegatten zu machen sind), dass der Gerichtshof aber keinen Grund sieht, der es rechtfertigen würde, den Transsexuellen in irgendeinem Fall das Recht zur Eheschließung zu verweigern“.²¹⁷⁰

Nach Ansicht des Gerichtshofs konnte die Beschwerdeführerin daher behaupten, dass der Wesensgehalt ihres Rechts eine Ehe einzugehen, verletzt worden ist.²¹⁷¹ Das Recht auf Eheschließung entsprechend des neuen rechtlichen Geschlechts wird auch durch die anderen europäischen Spruchkörper gefordert.²¹⁷²

cc. EuGH: *K.B. v National Health Service Pensions Agency*

Auch das Urteil des EuGH zum Recht auf Geschlechtsänderung und Eheschließung erging zu einem Sachverhalt, in dem keine Geschlechtsänderung möglich war und in Folge dessen auch keine Ehe im gelebten Geschlecht geschlossen werden konnte.²¹⁷³ Im Einzelnen ging es ursprünglich um einen Rechtsstreit zwischen der Klägerin K.B. und dem Rentensystem des *National Health Service* und der dazugehörigen *Pensions Agency*, wegen deren Weigerung K.B.'s transsexuellem Partner eine Witwerrente zu gewähren. K. B. lebte seit mehreren Jahren mit R. in einer nicht-ehelichen Lebensgemeinschaft. R. wiederum wurde bei der Geburt als Frau

²¹⁶⁹ *Ibid.*, Rn. 101. Die Beschwerdeführerin lebte als Frau, befand sich in einer Beziehung zu einem Mann und wollte einen Mann heiraten. Der Hinweis von *Wielpütz* (unter Verweis auf *Plett*, Anmerkung zu EuGH, K.B. ./ National Health Service, ZESAR 2004, 303–308 (306 ff)), dass die Möglichkeit einer Homo-Ehe mit transsexuellem Hintergrund nicht problematisiert wurde, erklärt sich mir in Anbetracht des klaren Hinweises des EGMR nicht.

²¹⁷⁰ *EGMR (GK)*, Ur. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 103 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

²¹⁷¹ *EGMR (GK)*, Ur. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 101 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich. Diese Ansicht des EGMR wurde vom Verfassungsgericht in Malta in Frage gestellt, so dass es zu einer Beschwerde vor dem EGMR kam. Nachdem jedoch ein Vergleich geschlossen wurde, kam es zu keiner Entscheidung; *EGMR*, Ur. v. 09.07.2013 - 36982/11 – Cassar/Malta.

²¹⁷² *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 1728 (2010): Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, 29.04.2010, Rn. 16.11.5; *Council of Europe: Committee of Ministers*, Recommendation CM/Rec(2010)5: On measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31.03.2010, Appendix Rn. 22; *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Report: Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, September 2011, S. 13 Empfehlung 5.4.

²¹⁷³ *EuGH*, Ur. v. 07.01.2004, Rs. C-13/94 – K.B./National Health Service Pensions Agency, Slg. 2004, I-541.

registriert, ließ später eine medizinische Geschlechtsumwandlung zum Mann durchführen, allerdings ohne die Möglichkeit ihre Geburtsurkunde ändern zu können²¹⁷⁴. Aus diesem Grund konnten K. B. und R. nicht heiraten²¹⁷⁵. Dies wiederum führte dazu, dass R. keine Witwerrente erhalten konnte, weil nur überlebende Ehegatten einen solchen Anspruch hatten. Die ersten beiden Instanzen sahen hierin keine auf dem Geschlecht basierende Benachteiligung. Der *Court of Appeal* wollte im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens jedoch die Vereinbarkeit mit Art. 141 EGV²¹⁷⁶ und der Richtlinie 75/117 überprüft haben. Die Kommission und das Vereinigte Königreich sprachen sich gegen eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bzw. der Transsexualität aus. Die Kommission war der Auffassung, die beanstandete ungünstige Behandlung von R. stehe nur in einem entfernten Zusammenhang mit der Geschlechtsumwandlung.

Die Ausführungen des Generalanwalts bezogen sich unter anderem auf die Rechtslage in den Nationalstaaten, um ggf. eine gemeinsame Verfassungsüberlieferung bzw. einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts feststellen zu können.²¹⁷⁷ Zu diesem Zeitpunkt hatten 13 von 15 Mitgliedstaaten, auf die eine oder andere Weise, das Eheschließungsrecht von Transsexuellen anerkannt. Im nächsten Schritt gab der Generalanwalt die Rechtsprechungsentwicklung des EGMR wieder.²¹⁷⁸ Hierauf basierend kam er zu dem Ergebnis, dass es sich um einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts handle, dass Transsexuelle ein Grundrecht auf Eheschließung haben, unter Voraussetzungen, bei denen ihr erworbenes Geschlecht berücksichtigt wird.²¹⁷⁹ Es handle sich, wie im Urteil *P.v.S.* anerkannt wurde, um eine Frage der Achtung der Würde und der Freiheit, auf die die Transsexuellen Anspruch haben. Es folgt erneut ein direktes Zitat des Urteils des deutschen BVerfG von 1978.²¹⁸⁰

Interessanterweise prüft der EuGH den Sachverhalt nicht als Fall des allgemeinen Diskriminierungsverbots des Art. 13 EG (welcher in etwa Art. 21 GR-Charta entspricht), sondern vielmehr anhand von Art. 141 EG, welcher das gleiche Entgelt für Männer und Frauen sicherstellen soll.²¹⁸¹ Für die Eröffnung des Anwendungsbereichs stellte der Gerichtshof die Anwartschaft auf Hinterbliebenenversorgung bzw. -rente einem Entgelt im Sinne des Art. 141 EG gleich. Zunächst stellte er fest, dass es ein legitimes Anliegen des innerstaatlichen Gesetzgebers sei, bestimmte

²¹⁷⁴ Vgl. Section 29 (1) und (3) des Births and Deaths Registration Act, welcher jede Änderung des Geburtsregisters, außer im Fall eines Schreibfehlers oder eines tatsächlichen Irrtums, untersagt.

²¹⁷⁵ Vgl. Section 11 (c) des Matrimonial Causes Act von 1973, welcher bestimmt, dass eine Ehe nichtig ist, wenn es sich bei den Ehegatten nicht um einen Mann und eine Frau handelt.

²¹⁷⁶ Inzwischen Art. 157 AEUV.

²¹⁷⁷ *EuGH*, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-13/94 – K.B./National Health Service Pensions Agency, Slg. 2004, I-541, Schlussanträge v. 10.06.2003, Rn. 27 ff., 67 ff.

²¹⁷⁸ *Ibid.*, Rn. 31 ff.

²¹⁷⁹ *Ibid.*, Rn. 69.

²¹⁸⁰ *Ibid.*, Rn. 77.

²¹⁸¹ *EuGH*, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-13/94 – K.B./National Health Service Pensions Agency, Slg. 2004, I-541, Rn. 25.

Vorteile nur verheirateten Paaren zukommen zu lassen.²¹⁸² Dies stelle als solches keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und damit keinen Verstoß gegen Art. 141 EG oder die RL 75/117 dar, da der Umstand, dass der Antragsteller ein Mann oder eine Frau sei, im Hinblick auf die Gewährung der Hinterbliebenenrente unbeachtlich sei. Im Vereinigten Königreich erkläre jedoch ein Gesetz von 1973 eine Ehe für nichtig, falls die Ehegatten nicht jeweils Mann und Frau seien. Weiterhin untersage der *Births and Deaths Registration Act* jede Änderung des Geburtenregisters, außer im Fall eines Schreibfehlers oder eines tatsächlichen Irrtums. Im vorliegenden Fall stelle daher die fehlende Möglichkeit, überhaupt eine Ehe eingehen und damit eine für die Gewährung der Hinterbliebenenrente notwendige Voraussetzung erfüllen zu können, eine Ungleichbehandlung dar. Der EuGH beruft sich dabei ausdrücklich auf die oben dargestellte Rechtsprechung des EGMR zu Art. 12 EMRK. Es sei Sache der Mitgliedstaaten, die Voraussetzungen für die rechtliche Anerkennung der Geschlechtsumwandlung einer Person festzulegen und es liege beim nationalen Richter festzustellen, ob sich in einem Fall wie dem vorliegenden eine Person wie K. B. auf Art. 141 EG stützen kann, um das Recht geltend zu machen, ihren Partner als Begünstigten der Hinterbliebenenrente zu bestimmen.²¹⁸³ Aus den Erwägungen ergebe sich, dass Artikel 141 EG grundsätzlich einer Regelung entgegenstehe, die es unter Verstoß gegen die EMRK einem Paar wie K. B. und R. unmöglich macht, miteinander die Ehe einzugehen und die Voraussetzung dafür zu erfüllen, dass einem von ihnen ein Bestandteil des Entgelts des anderen gewährt werden kann.

Für etwaige zukünftige Fälle vor dem EuGH können neben einzelnen Richtlinien, konkreteren Vorschriften zur Gleichbehandlung von Mann und Frau (wie Art. 141 EG zum Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen), auch das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 21 GR-Charta und Art. 9 GR-Charta (das Recht, eine Ehe einzugehen und eine Familie zu gründen)²¹⁸⁴ von Bedeutung sein.

f. *Ehe und Partnerschaft: Fazit*

In Deutschland und anderen Ländern ist die Problematik mit der Öffnung der Ehe nur noch von marginaler Bedeutung. Für die meisten anderen Länder gilt, dass der Ehe und der eingetragenen Lebenspartnerschaft, als rechtliche Formen der Absicherung von Partnerschaften, indirekt die Vorstellung zu Grunde liegt, dass die Paare entweder heterosexuell oder homosexuell orientiert seien. Direkt wird dafür aber nicht auf die sexuelle Orientierung, sondern auf das Geschlecht der Partner abgestellt. Sofern noch keine rechtliche Anerkennung im Geschlecht stattgefunden

²¹⁸² *Ibid.*, Rn. 28 f.

²¹⁸³ *EuGH*, Urt. v. 07.01.2004, Rs. C-13/94 – K.B./National Health Service Pensions Agency, Slg. 2004, I-541, Rn. 35; so später auch in *EuGH*, Urt. v. 15.12.2005, Rs. C-423/04 – Richards/Secretary of State, Slg. 2006, I-03585, Rn. 21.

²¹⁸⁴ Vgl. dazu D II 3 b vv (4) und (5), sowie D II 4 c cc.

hat, werden Transsexuelle auf eine rechtliche Absicherung ihrer Partnerschaft verwiesen, welche dem Personenstandsgeschlecht aber nicht der Geschlechtsidentität entspricht. Dies kann insbesondere dann problematisch sein, wenn der rechtliche Geschlechtswechsel an hohe Voraussetzungen geknüpft ist. Da es bei Transsexuellen nicht anders als bei anderen auf die Fortpflanzungsfähigkeit ankommen darf, muss ihnen nach erfolgtem rechtlichem Geschlechtswechsel die Ehe bzw. Lebenspartnerschaft entsprechend ihrer Geschlechtsidentität offen stehen. Die Prämisse der Gleich- bzw. Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe/Lebenspartnerschaft wird dadurch insgesamt bestätigt und aufrechterhalten.

Herausgefordert wird das Prinzip einer ausschließlich verschiedengeschlechtlichen Ehe hingegen dann, wenn bereits verheiratete Transsexuelle ihr Geschlecht ändern möchten und eine Ehe so nachträglich zur gleichgeschlechtlichen Ehe werden könnte. In der EMRK findet sich nur die Eheschließungsfreiheit in Art. 12 ausdrücklich im Wortlaut wieder. Damit schützt Art. 12 EMRK zunächst nur die Eingehung der Ehe, bzw. negativ die Freiheit keine Ehe einzugehen. Der Bestand der Ehe wird durch Art. 8 EMRK und das Familienleben geschützt. Gleiches gilt für nichteheliche Lebensgemeinschaften. Anders als Art. 12 EMRK ist Art. 8 EMRK jedoch beschränkbar. Allerdings spricht einiges dafür, dass ein Zwang zur Scheidung den Wesensgehalt von Art. 12 EMRK betrifft. Auch wurden die Rechte des Ehepartners nicht ausreichend berücksichtigt. Zumindest müsste bei einer Prüfung von Art. 8 EMRK jedoch die Zwangslage des Transsexuellen stärker berücksichtigt werden, als durch den EGMR bisher geschehen. Im Urteil *Nicot, Garçon und A.P. gegen Frankreich* war die Notwendigkeit der Aufgabe des einen Grundrechts zur Erhaltung des anderen Grundrechts ausschlaggebend dafür gewesen eine Verletzung zu bejahen. Dass der EGMR diese Abwägung nicht auch im Bezug zur Ehe vornahm, ist mit der Bedeutung der nationalen Freiheit zur Ausgestaltung der Ehe zu erklären. Die ausdrückliche Anerkennung einer gleichgeschlechtlichen Ehe hätte eine weitreichende Auflage durch den EGMR bedeutet, in einem Bereich in dem die Mitgliedstaaten sich stark auf die *margin of appreciation* beziehen. Gleichzeitig betonte der EGMR in *Hämäläinen* die Absicherung der Partnerschaft der Beschwerdeführerin in Finnland durch die nahtlose Überführung in eine nichteheliche Lebensgemeinschaft, mit weitestgehend gleichen Rechten. Obwohl der EGMR, im Gegensatz zur abweichenden Meinung, nicht auf die Entscheidung des BVerfG hinweist, argumentiert er vergleichbar zum BVerfG, indem er ausdrücklich feststellt, der Übergang von der Ehe zur eingetragenen Partnerschaft genüge den Anforderungen der EMRK wegen der geringen Unterschiede zwischen den Rechtsinstituten im finnischen Recht. Dies spricht außerdem dafür, dass ein Urteil anders ausfallen könnte, wenn das nationale Recht keine andere rechtliche Absicherung der Partnerschaft vorsieht oder diese wesentlich weniger oder schwächere Rechte beinhaltet. Gleichzeitig ist auch in dieser Frage eine Entwicklung innerhalb der Vertragsstaaten zugunsten der Liberalisierung der Voraussetzungen und Folgen einer Geschlechtsänderung auszumachen.

5. Kinder und Elternschaft

Wie bereits oben festgestellt, ist mit der Frage der unterschiedlichen Geschlechter ebenfalls die Frage nach der Fortpflanzungsfähigkeit der Menschen verbunden. Eigene biologisch-genetisch abstammende Kinder können nur von biologisch verschiedengeschlechtlichen Personen gezeugt und geboren werden. Das geltende Recht geht entsprechend dieser Prämisse davon aus, dass das personenstandsrechtliche Geschlecht einer Person mit dem Körpergeschlecht übereinstimmt²¹⁸⁵ und dementsprechend wird die Fortpflanzungsfunktion zugeschrieben. Gemäß dem biologischen Regelfall gilt in den meisten Rechtsordnungen das Geschlecht als Anzeiger für die Abstammung: Dem Kind soll eine Frau als Mutter und ein Mann als Vater zugeordnet werden können.²¹⁸⁶ Allerdings ist dieses Zusammenspiel nicht mehr ausnahmslos ausschlaggebend. Neben die biologische Zuordnung der Eltern tritt inzwischen die Frage der sozialen Elternschaft.²¹⁸⁷ Beispielsweise kann in Deutschland auch ein objektiv nicht zeugungsfähiger Ehemann einer Frau, Vater des Kindes sein, dass in dieser Ehe geboren wird, wenn die Beteiligten sich darüber einig sind, dass der Ehemann diese Rolle einnehmen soll.²¹⁸⁸ Dies spricht dafür, dass das personenstandsrechtliche Geschlecht zwar ein Indiz sein kann aber nicht länger ein Dogma für die Zuordnung von Kindern zu Eltern darstellen muss.²¹⁸⁹

Für einige transidente Menschen mag es kaum vorstellbar sein ein Kind in ihrem Geburtsgeschlecht zu bekommen, für andere überwiegt der Kinderwunsch. Aufgrund von Hormoneinnahme und geschlechtsangleichenden Operationen ist es vielen jedoch gar nicht möglich auf natürlichem Wege eigene Kinder zu bekommen. Einige Transsexuelle könnten es sich auch vorstellen eine operative Angleichung ihrer generativen Funktionen im neuen Geschlecht vornehmen zu lassen.²¹⁹⁰ Denkbar sind beispielsweise Gebärmuttertransplantationen. Zum jetzigen Zeitpunkt liegen diese medizinisch zwar noch nicht im Bereich des Möglichen, erste Versuche finden jedoch bereits statt.²¹⁹¹ Medizinisch möglich ist es jedoch seit längerem, dass

²¹⁸⁵ *Holzleitner*, Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Rudolf (Hrsg.), Geschlecht im Recht, 2009, S. 37 (38).

²¹⁸⁶ *Grünberger*, Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, 2008, S. 81–110 (99); *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, JR 2006, S. 265 (266, 269). Zum gesetzgeberischen Handlungsbedarf u.a. bei der sozialen Elternschaft vgl. *Röthel*, Lebensformen – Status – Personenstand, StAZ 2006, S. 34–42.

²¹⁸⁷ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 49.

²¹⁸⁸ Vgl. zu § 1592 Nr. 1 BGB; *Posecké*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.11.2018 Ed. 48, § 1592 Rn. 3; *Berger/Mansel*, in: Jauernig BGB Kommentar, 15. Aufl. 2014, § 1592 Rn. 3; *Wellenhofer*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1592 Rn. 13.

²¹⁸⁹ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 49; *Lang*, Intersexualität, 2006, S. 271.

²¹⁹⁰ *Pjäßflin*, Zu den somatischen Voraussetzungen für Personenstandsänderungen bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen, R & P 1993, S. 108–119 (111).

²¹⁹¹ Vgl. dazu *Kreß*, Uterustransplantation und In-vitro-Fertilisation mit nachfolgender Schwangerschaft, MedR 2016, S. 242–247.

Mann-zu-Frau-Transsexuelle ihre Samen konservieren lassen und so über die Partnerin oder eine Leihmutter eigenen genetischen Nachwuchs zeugen. Frau-zu-Mann-Transsexuelle können ihre Eizellen konservieren und eine künstliche Befruchtung mit diesen Eizellen bei einer Partnerin oder einer Leihmutter vornehmen lassen. Sofern die dauerhafte Fortpflanzungsunfähigkeit nicht (mehr) Voraussetzung der rechtlichen Geschlechtsänderung ist, ist es ebenfalls möglich, dass transsexuelle Menschen ohne künstliche Eingriffe Kinder gebären oder zeugen.

In Japan ist es illegal sein Geschlecht zu ändern, solange man Elternteil eines Kindes unter 20 Jahren ist.²¹⁹² In Deutschland wurde der Vorschlag Kinderlosigkeit zu fordern nie weiter verfolgt²¹⁹³ und auch in den meisten anderen Ländern ist die Kinderlosigkeit keine Voraussetzung für die Geschlechtsänderung. Allerdings können an die Geburt eines Kindes bzw. die Feststellung der Abstammung, der Verlust von bereits erreichten Änderungen des Vornamens oder des Geschlechts gebunden werden. Umstritten und deswegen mit einem starken Regelungsbedarf versehen, ist auch die Frage nach den Auswirkungen der rechtlichen Anerkennung einer Geschlechtsänderung auf das Abstammungsverhältnis. Hierbei kommt es vor, dass zwischen der Geburt eines Kindes vor dem Geschlechtswechsel und der Geburt nach dem Geschlechtswechsel unterschieden wird.

a. *Abstammung in Deutschland*

Die rechtliche Basis für das Abstammungsrecht sind in Deutschland § 1591 BGB und § 1592 BGB. Einem Kind wird durch diese Normen eine Mutter und ein Vater zugeordnet. Dabei ist die Mutter immer die Frau, die das Kind geboren hat und Vater der Mann, der in einer näher definierten Beziehung zur Mutter steht. Nach Vorstellung des Gesetzgebers hat jedes Kind also eine weibliche Mutter und einen männlichen Vater. Das bisherige binäre System des Personenstandes wird damit im Abstammungsrecht fortgeführt. Damit stellt sich die Frage, wie dieses binäre System damit umgeht, wenn Menschen ihr Geschlecht ändern und dennoch Kinder bekommen. Diese Situation soll in Deutschland durch § 11 TSG geregelt werden. Das Abstammungsverhältnis zwischen einer transsexuellen Person und deren Kind bleibt durch den rechtlichen Geschlechtswechsel unberührt, § 11 S. 1 TSG. § 11 S. 1, 2. Halbsatz spezifiziert, dass dies bei angenommenen Kindern nur gelten soll, wenn diese vor Rechtskraft der Entscheidung angenommen wurden. Dazu korrespondierend regelt § 5 III TSG i.V.m. § 10 II TSG, dass in dem Geburtseintrag der Kinder die alten Vornamen des Antragsstellers anzugeben sind. Der BGH hat die Vorschriften mittlerweile ausdrücklich so ausgelegt, dass sie sich in Bezug auf leibliche Kinder sowohl auf die Kinder bezieht, die vor, als auch solche, die nach der Geschlechtsänderung geboren wurden. Ob diese Vorgabe rechtmäßig und sinnvoll

²¹⁹² *Śledzińska-Simon*, Transgender Rights on the Move, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, 2014, S. 311–326 (319).

²¹⁹³ Vgl. *Schneider*, *Rechtsprobleme der Transsexualität*, 1977, S. 107 f., der diesen Vorschlag ebenfalls ablehnt.

ist soll im folgenden Abschnitt untersucht werden. Dabei müssen das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung, das Anliegen rechtlich einem Elternteil zugewiesen zu werden, Diskriminierungsgesichtspunkte und die Achtung der Geschlechtsidentität der Eltern miteinander in Einklang gebracht werden.

aa. Mutterschaft und Vaterschaft von Cis- und Transsexuellen in Deutschland
Dem deutschen Familien- und Abstammungsrecht liegt (bisher und bis auf einzelne Änderungen) die Vorstellung eines heterosexuellen, verheirateten, zusammenlebenden Paares, das im Rahmen dieser Ehe Kinder bekommt, zu Grunde. Vermehrt stößt das geltende Abstammungsrecht jedoch an seine Grenzen. Neben das vermeintliche Idealbild der heterosexuellen verheirateten Eltern traten in den letzten 50 Jahren vor allem Alleinerziehende und homosexuelle Paare. Inzwischen finden sich in der Presse auch Berichte über die soziale Elternschaft und Mehrelternschaft. Wenn sich in einem Elternpaar nicht die biologische, genetische und soziale Elternschaft vereinen, muss das Recht über die Zuordnung der rechtlichen Elternschaft entscheiden. Der Gesetzgeber befindet sich seit längerem im Zugzwang auf die geänderten realen Zustände und die wachsende Anerkennung dieser Lebensformen zu reagieren.²¹⁹⁴ Aufgrund der wachsenden medizinischen Möglichkeiten, aber auch aufgrund der sich verändernden realen Gegebenheiten, werden die einst vom Gesetzgeber getroffenen Wertentscheidungen in Frage gestellt.

Wie die rechtliche Mutter- und Vaterschaft einer Person in Deutschland zu beurteilen ist, hängt unter anderem auch davon ab, ob die Person ledig, verheiratet oder verpartnert ist, von biologischen Faktoren und nicht zu Letzt auch vom Geschlecht. Das Ausmaß der möglichen Konstellationen unter Berücksichtigung der Tatsache, dass alle diese Faktoren unterschiedlich kombinierbar sind, ist dabei kaum vorstellbar und soll durch eine Tabelle im Anhang verdeutlicht werden. Es würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen im Detail auf alle Konstellationen (insbesondere auf die Situation von gleichgeschlechtlichen Paaren) einzugehen und Lösungsvorschläge herauszuarbeiten. Stattdessen stehen im folgenden Abschnitt die momentane rechtliche Situation für die Elternschaft von Transsexuellen, sowie die dabei zu berücksichtigende Grundrechte und ein möglicher Änderungsbedarf im Mittelpunkt.

(1) Mutterschaft

Lange Zeit galt im deutschen Abstammungsrecht der ungeschriebene Grundsatz *mater semper certa est*.²¹⁹⁵ Die sichere Verknüpfung von rechtlicher und biologischer Zuordnung ist jedoch auch ohne einen Zusammenhang zur Transsexualität für die Mutterschaft (als auch für die Vaterschaft) durchbrochen.²¹⁹⁶ Da sich die moderne

²¹⁹⁴ Vgl. dazu bspw. BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht – Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017.

²¹⁹⁵ Wellenhofer, Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 31 Rn. 5.

²¹⁹⁶ Grünberger, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, JZ 2011, S. 368 (370).

Fortpflanzungsmedizin immer weiter entwickelt hat, ist es mittlerweile möglich, dass eine Frau ein Kind austrägt, das aus der Eizelle einer anderen Frau stammt.²¹⁹⁷ Eine Klarstellung der rechtlichen Mutterschaft erfolgte 1998 im Rahmen der Kind-schaftsrechtsreform. Wenn sich die genetische und die gebärende Mutter unterscheiden, gilt nach § 1591 BGB letztere als die rechtliche Mutter, denn „Mutter eines Kindes ist die Frau, die es geboren hat.“

Ein Frau-zu-Mann-Transsexueller erfüllt zwar das Merkmal des Gebärens, nach § 1591 BGB ist die Mutter des Kindes allerdings die „Frau“ die es geboren hat. Für einen gebärenden Frau-zu-Mann-Transsexuellen mit „großer Lösung“ gilt grundsätzlich § 10 I TSG. Nach dessen 1. HS richten sich ab dem Zeitpunkt der Personenstandsänderung alle Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht. Dies gilt nach § 10 I 2. HS TSG aber nur soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. Ob ein gebärender Frau-zu-Mann-Transsexueller, die Mutter eines Kindes sein kann bzw. muss, richtet sich also danach, was unter dem Begriff „Frau“ zu verstehen ist und ob eine gesetzlich vorgesehene Ausnahme anwendbar ist. Eine anderweitige Bestimmung i.S.d. § 10 TSG a.E. ist nach Ansicht des BGH § 11 TSG (vgl. dazu den folgenden Abschnitt (a)).

Eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle wiederum kann niemals Mutter nach § 1591 BGB sein, da sie mangels weiblicher Fortpflanzungsorgane nicht in der Lage ist ein Kind zu gebären. Auf ihr Geschlecht und § 11 S. 1 TSG kommt es hierbei gar nicht an. Der BGH musste daher die Frage beantworten, ob in dieser Konstellation eine Mutterschaftsanerkennung möglich ist. (vgl. dazu den folgenden Abschnitt (c)).

Trotz der Unterschiede im Sachverhalt ist in beiden Fällen entscheidend, welches Geschlecht für § 1592 I Nr. 2 BGB bzw. § 1591 BGB ausschlaggebend ist. Gemeinsam haben die Sachverhalte, dass die Transsexuellen genetisch/biologisch mit dem Kind verwandt sind, also einen eigenen Beitrag zur Fortpflanzung geleistet haben aber die Anerkennung nicht entsprechend ihres Fortpflanzungsbeitrags, sondern in der ihrer Geschlechtsidentität entsprechenden Elternrolle fordern.

(a) *BGH*, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14

Ausgangspunkt der ersten BGH Entscheidung zur Abstammung von Transsexuellen, war die Beurkundung der Geburt eines Kindes, das von einem Frau-zu-Mann-Transsexuellen, nach der Entscheidung über die Geschlechtsänderung nach § 8 I TSG geboren wurde. Der Frau-zu-Mann-Transsexuelle gab an, er habe nach der Anerkennung im männlichen Geschlecht die Hormone abgesetzt und sei so wieder fruchtbar geworden. Weiterhin sei das Kind durch eine Samenspende („Becher-methode“) gezeugt worden. Der Samenspender wolle nicht rechtlicher Vater des Kindes werden. Er selbst verfolgte das Ziel die Geburt des Kindes im Geburtenregister

²¹⁹⁷ Gemäß § 1 I EmbryonenschutzG sind in Deutschland Eispende und Embryotransfer zwar verboten, anders sieht es aber zum Beispiel in Griechenland und im Vereinigten Königreich aus. Zum Vereinigten Königreich, vgl. *Scherpe*, Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilisation and Embryology Act 2008, FamRZ 2010, S. 1513–1516.

so zu beurkunden, dass er dort als Vater mit seinen männlichen Vornamen eingetragen wird. Das KG Berlin hatte in zweiter Instanz entschieden, dass ein gebärender Frau-zu-Mann-Transsexueller als Mutter des Kindes und mit seinem früheren weiblichen Vornamen einzutragen sei.²¹⁹⁸ Diesem Ergebnis stimmte der BGH zu.

(aa) Auslegung von § 11 S. 1 TSG

Der BGH beginnt (der Rechtssystematik entsprechend) mit § 1591 BGB und der Problematik, dass es sich beim Transsexuellen zum Zeitpunkt der Geburt nicht um eine Frau im Rechtssinne gehandelt habe.²¹⁹⁹ Von der Rechtskraft der Entscheidung nach § 8 I TSG an würden sich die vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht richten, dieses gelte jedoch nur, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist, § 10 I TSG. Eine solche anderweitige Bestimmung sei § 11 S. 1 TSG. Anhand der klassischen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Sinn und Zweck) argumentiert der BGH, warum sich der Anwendungsbereich der Vorschrift auch auf solche Kinder erstreckt, die erst nach der gerichtlichen Entscheidung über die Änderung der elterlichen Geschlechtszugehörigkeit geboren worden sind.²²⁰⁰ Das Gesetz sehe vom Grundsatz, dass die Geschlechtsänderung des Elternteils das Rechtsverhältnis zu seinen Kindern unberührt lasse, ausdrücklich nur bei adoptierten Kindern (Gesetzeswortlaut „angenommenen“) eine zeitliche Einschränkung vor. Der Umkehrschluss müsse sein, dass es bei leiblichen Kindern eine vergleichbare zeitliche Einschränkung in Bezug auf den Geburtszeitpunkt nicht gebe.

Weiterhin bezieht sich das Gericht auf die Gesetzesmaterialien. Nach dem ursprünglichen Regierungsentwurf sollten nur Kinder erfasst sein, die vor der Rechtskraft der Entscheidung über die Geschlechtsänderung bereits empfangen waren.²²⁰¹ Es sei ihr berechtigtes Interesse zu wahren, dass der Status als Vater oder Mutter für Unterhalt, Erbrecht, Vaterschaftsfeststellung und Ehelichkeitsanfechtung unberührt bliebe. Dies gelte auch dann, wenn Kinder erst nach der Änderung geboren oder die Vaterschaft später festgestellt würde.²²⁰² Der Bundesrat äußerte sich in seiner anschließenden Stellungnahme dahingehend, dass § 11 TSG uneingeschränkt auf alle leiblichen Kinder der Betroffenen bezogen sein sollte. Es könne nach bisheriger Erfahrung nicht ausgeschlossen werden, dass Personen, die als fortpflanzungsunfähig gelten, dennoch Kinder zeugen/empfangen könnten.²²⁰³ Auch diese

²¹⁹⁸ *KG Berlin*, Beschl. v. 30.10.2014 – Az. 1 W 48/14, NZFam 2015, 32–33. Vorinstanz: *AG Berlin-Schöneberg*, Beschl. v. 13.12.2013 – Az. 71 III 254/13, BeckRS 2014, 20210.

²¹⁹⁹ *BGH*, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1052 Rn. 14).

²²⁰⁰ *Ibid.*, 1051 (1052 f. Rn. 17–19).

²²⁰¹ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 6 und 16 unter 3.11 zu § 11.

²²⁰² *Ibid.*, S. 16 unter 3.11 zu § 11. Dass sich die Gesetzgebung ausschließlicly auf die Vaterschaft und nicht auf Mutterschaft bezieht, dürfte daran liegen, dass es aufgrund der für die „großen Lösung“ ursprünglich geforderten Fortpflanzungsunfähigkeit zunächst nur denkbar war, dass ein Mann ein Kind zeugte und anschließend operiert wurde und sein Geschlecht ändern ließ.

²²⁰³ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 23 unter 10. zu § 11.

Kinder hätten aber ein Recht auf Feststellung ihrer Abstammung. Diesem Vorschlag stimmte die Bundesregierung zu.²²⁰⁴ Das Bedürfnis für einen Rückgriff auf das zuvor bestehende rechtliche Geschlecht bestehe allerdings nur bei leiblichen Abkömmlingen.²²⁰⁵

Neben Wortlaut und Entstehungsgeschichte sprechen laut BGH für die Auslegung vor allem auch Sinn und Zweck der Regelung. Der Status des Transsexuellen als Vater oder als Mutter solle unberührt bleiben, und zwar insbesondere für die Vaterschaftsfeststellung und Ehelichkeitsanfechtung. In Bezug auf das Abstammungsrecht solle generell gewährleistet werden, dass der biologisch durch Geburt oder Zeugung festgelegte rechtliche Status als Mutter oder Vater des Kindes keiner Veränderung zugänglich sei. Dies betreffe auch erst nach der gerichtlichen Entscheidung gem. § 8 I TSG geborene Kinder. Auch ihnen solle durch eine biologisch nicht begründete Zuweisung der rechtlichen Mutterschaft oder Vaterschaft nicht die Möglichkeit genommen werden, ihre Abstammung feststellen zu lassen.

(bb) Kein Kompromiss: Eintragung mit weiblichem Vornamen

Die Eintragung im Geburtenregister habe daher zum einen als Mutter und zum anderen ausschließlich mit dem früher geführten weiblichen Vornamen zu erfolgen.²²⁰⁶ Letzteres ergebe sich aus den §§ 5 III, 10 II TSG. Die weiblichen Vornamen dürften auch nicht nur als zusätzliche Daten im Hinweisteil erfasst werden, wie es das AG Münster vorgeschlagen hatte²²⁰⁷. Das Interesse der Kinder an der Geheimhaltung der Transsexualität seiner Eltern lasse dies nicht zu. Diese wäre in Gefahr, wenn sie gezwungen wären Geburtsurkunden vorzulegen, aus deren Inhalt Dritte möglicherweise Rückschlüsse auf die Transsexualität der Eltern ziehen könnten. Um dieses Ziel zu erreichen müssten sowohl das Geburtenregister als auch die aus dem Geburtenregister erstellten Geburtsurkunden (§ 59 PStG) von Hinweisen auf die Transsexualität der Eltern freigehalten werden. Der Widerspruch zwischen der Elternstellung und dem aktuell geführten Vornamen würde jedoch Anlass zu Spekulationen geben.

²²⁰⁴ *Ibid.*, S. 27 zu 10.

²²⁰⁵ *Ibid.*, S. 27 zu 10; indirekt durch die Wortwahl *OLG Köln*, Beschl. v. 30.11.2009 – Az. 16 Wx 94/09, NJW 2010, 1295 (1296).

²²⁰⁶ *BGH*, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1053 Rn. 20 f.). Hinsichtlich des Vornamens ebenfalls *OLG Köln*, Beschl. v. 30.11.2009 – Az. 16 Wx 94/09, NJW 2010, 1295 (1295).

²²⁰⁷ Das AG Münster hat sich für eine Lösung entschieden, wonach der transgeschlechtliche Mann, der das Kind geboren hat, im Registereintrag als „Mutter“ und mit dem bei Geburt aktuellen männlichen Vornamen einzutragen war. Der alte (bei Geburt bereits geänderte) weibliche Vorname sei als Zusatz im Hinweisteil ebenfalls einzutragen. (In der Literatur zu dem Urteil wird es teilweise fälschlicherweise so dargestellt, als ob das AG Münster den aktuellen Namen im Hinweisteil und den alten Vornamen im Grundregister erfassen wollte.) Es sei aber möglich darauf basierend eine Geburtsurkunde auszustellen, in der die Person, die das Kind geboren hat, und die Person, die die Vaterschaft für dieses Kind hat, als „Eltern“ bezeichnet werden und dabei mit ihren aktuell geführten Vornamen aufgeführt werden. *AG Münster*, Beschl. v. 04.01.2016 – Az. 22 III 12/15, FamRZ 2017, 1862.

(cc) Keine Veranlassung zur Vorlage nach Art. 100 I 1 GG

Der BGH sah ausdrücklich von einer Vorlage zum BVerfG im Rahmen einer konkreten Normenkontrolle ab.²²⁰⁸ Die geltende Rechtslage sei mit dem Grundgesetz vereinbar. Die gesetzliche Regelung führe weder zu einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG, noch von Art. 3 GG, Art. 6 GG, des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG oder von Art. 8 EMRK.

(i) Keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Die Persönlichkeitsentfaltung unterliege gemäß Art. 2 I GG den Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung. Sie werde zwar durch §§ 1591, 1592 BGB und § 11 Satz 1 TSG eingeschränkt, diese seien aber formell und materiell mit dem Grundgesetz vereinbar.

Zunächst stoße die Verknüpfung der Fortpflanzungsfunktionen der Elternteile mit ihrem Geschlecht auf keine grundlegenden verfassungsrechtlichen Bedenken.²²⁰⁹ Weiterhin verneint der BGH eine verfassungsrechtliche Verpflichtung zur Schaffung eines „geschlechtsneutralen“ Abstammungsrechts, basierend auf einem rein sozialen Bedeutungsgehalt. Die Verknüpfung sei unbestreitbar biologisch begründet und dies lege die Verfassung in Art. 6 IV GG auch zugrunde, indem sie der Mutter einen besonderen Anspruch auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft gewähre.

Das BVerfG habe bereits ausdrücklich festgestellt, dass es ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers sei, Kinder ihren biologischen Eltern auch rechtlich so zuzuweisen, dass ihre Abstammung nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt wird.²²¹⁰ Dieses Anliegen wird laut BVerfG durch § 11 TSG gesetzlich erreicht.²²¹¹ Dieser gewährleiste eine klare, an den biologischen Umständen orientierte, rechtliche Zuordnung. Außerdem ergebe sich aus Art. 6 II 1 GG das Gebot, die elterliche Zuweisung und Abstammung an der biologischen Herkunft des Kindes auszurichten und so möglichst eine Übereinstimmung zwischen leiblicher und rechtlicher Elternschaft zu erreichen.²²¹² Mutterschaft und Vaterschaft seien als rechtliche Kategorien untereinander nicht beliebig austauschbar.²²¹³ Ein Frau-zu-Mann-Transsexueller könne auf der Grundlage des geltenden Rechts nicht als rechtlicher Vater eines von ihm selbst geborenen Kindes angesehen werden, weil seine genetische Verbindung zum Kind nicht durch die Beisteuerung der Samenzelle, sondern durch die Beisteuerung der

²²⁰⁸ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1053 ff. Rn. 22 ff.).

²²⁰⁹ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1054 ff. Rn. 25).

²²¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 77, BVerfGE 128, 109 (135).

²²¹¹ BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 77, BVerfGE 128, 109 (135 f.).

²²¹² BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1054 Rn. 26) unter Verweis auf BVerfG, Beschl. v. 09.04.2003 – Az.1 BvR 1493/96, 1 BvR 1724/01, NJW 2003, S. 2151.

²²¹³ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1054 Rn. 27).

Eizelle begründet sei. Eine abstammungsrechtliche Zuordnung zum betroffenen Kind könne deshalb für einen gebärenden Frau-zu-Mann-Transsexuellen systemgerecht nur auf eine Mutterschaft i.S.d. § 1591 BGB zurückgeführt werden, weil er das Kind geboren hat. Eine Orientierung an der genetischen Abstammung stünde im Widerspruch zur Wertung, die hinter § 1591 BGB steht. Erst die Zuordnung zu einer Mutter eröffne dem Kind rechtlich und faktisch die Zuordnung zu einem Vater. Und auch nur durch die Zuordnung als Mutter erhalte der Frau-zu-Mann-Transsexuelle gem. § 1626 a III BGB die alleinige elterliche Sorge.

Außerdem würde eine von der Fortpflanzungsfunktion abweichende Zuordnung die Grundrechte des Kindes berühren.²²¹⁴ Hier verweist der BGH zunächst auf das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Insoweit müsse das Geburtenregister dem Kind die Information liefern, auf welche Fortpflanzungsfunktion (Geburt oder Zeugung) die konkrete Eltern-Kind-Zuordnung zurückzuführen sei. Weiterhin hätten Kinder das Recht auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung durch beide Elternteile (Art. 2 I i.V.m. Art. 6 II 1 GG). Diesbezüglich sei zu beachten, dass im Fall einer Belegung der Vaterstelle durch den Frau-zu-Mann-Transsexuellen die statusrechtliche Zuordnung zum genetischen Vater (hier dem Samenspender) unmöglich würde. Letztlich müsse auch berücksichtigt werden, dass sich manche Transsexuelle später dazu entscheiden, die personenstandsrechtliche Geschlechtsänderung wieder rückgängig zu machen (§§ 9 III, 6 I TSG).

(ii) Kein Verstoß gegen Art. 3 GG und Art. 6 GG

Die gesetzliche Regelung verstoße auch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 I und III GG.²²¹⁵ Biologisch zwingende Unterschiede dürften bei der abstammungsrechtlichen Eltern-Kind-Zuordnung berücksichtigt werden. Insoweit unterscheide sich der Frau-zu-Mann-Transsexuelle von anderen rechtlich dem männlichen Geschlecht zugehörigen Personen durch seine tatsächlich-biologische Disposition, Kinder empfangen und gebären zu können.²²¹⁶

Der Schutzbereich des Art. 6 Abs. 1 GG wiederum sei noch nicht mal betroffen, da das Zusammenleben des Kindes mit seinen Eltern nicht dadurch berührt werde, welche statusrechtliche Zuordnung ihnen das Abstammungsrecht zuweist.²²¹⁷

(iii) Keine Verletzung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung

Der BGH bestätigt, dass dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) im Zusammenhang mit dem TSG zwar grundsätzlich besondere Bedeutung zukomme.²²¹⁸ Die Frage der Geschlechtszugehörigkeit eines

²²¹⁴ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1054 Rn. 28 ff.).

²²¹⁵ *Ibid.*, 1051 (1055 Rn. 32).

²²¹⁶ So auch schon die Vorinstanz *KG Berlin*, Beschl. v. 30.10.2014 – Az. 1 W 48/14, NZFam 2015, 32–33 (33 Rn. 12).

²²¹⁷ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1055 Rn. 33).

²²¹⁸ *Ibid.*, (1055 ff. Rn. 34 ff.).

Menschen betreffe seinen Sexualbereich und damit seine Intimsphäre. Jedoch bestehe der Anspruch, die früheren Vornamen bzw. das frühere Geschlecht nicht offenbaren zu müssen, nicht schrankenlos. Eine Offenbarung ohne Zustimmung des Betroffenen sei nach § 5 I i.V.m. § 10 II TSG möglich, wenn besondere Gründe des öffentlichen Interesses dies erfordern oder ein rechtliches Interesse daran glaubhaft gemacht würde. Insoweit sei vorliegend der hohe Rang der besonderen Beweiskraft des Personenstandsregisters zu beachten, welches die Daten über die Geburt und die damit in Verbindung stehenden familienrechtlichen Tatsachen (§ 1 I 2 PStG) umfasse. Dazu gehöre insbesondere die Tatsache, welche Personen dem Kind als Mutter (§ 1591 BGB) bzw. Vater (§ 1592 BGB) zugeordnet sind.

Letztlich würden das Interesse an der Vollständigkeit und Richtigkeit der mit besonderer Beweisfunktion versehenen Eintragungen in die Personenstandsregister gegenüber dem Interesse des Frau-zu-Mann-Transsexuellen, sich durch Eintragungen in das Geburtenregister des Kindes nicht der möglichen Gefahr einer – unmittelbaren oder mittelbaren – Aufdeckung seiner Transsexualität auszusetzen, überwiegen. Die Gefahr der Offenbarung durch die Einsicht Dritter in das Personenstandsregister sei ohnehin nur gering, da dies stets die Glaubhaftmachung eines rechtlichen Interesses voraussetze (§ 62 I 2 PStG). Außerdem bestehe für den transsexuellen Elternteil als gesetzlichen Vertreter die Möglichkeit, einen Sperrvermerk (§ 64 I PStG) zu beantragen. Soweit es allein um den Nachweis der Geburt ginge, könne er auch Geburtsurkunden erstellen lassen, die keine Angaben zu den Eltern des Kindes enthalten (§ 59 I Nr. 4, II PStG). Diese Möglichkeit sei gerade mit Blick auf das Offenbarungsverbot des § 5 I TSG geschaffen worden. Eine Geburtsurkunde, in der nur ein Vater oder nur ein Elternteil vermerkt sei, würde erst recht zu Spekulationen über die Transsexualität führen.

(iv) Keine Verletzung von Art. 8 EMRK

Zum Schluss geht der BGH noch kurz auf Art. 8 EMRK ein und den daraus hergeleiteten Anspruch transsexueller Personen auf Verwirklichung der rechtlichen Anerkennung ihrer selbstempfundenen geschlechtlichen Identität.²²¹⁹ Die Ausführungen beschränken sich jedoch darauf hinzuweisen, dass die Rechtsprechung des EGMR den Staaten im Hinblick auf die rechtliche Zuordnung zu einem anderen Geschlecht grundsätzlich ein weites Ermessen einräume, welches im vorliegenden Fall nicht überschritten worden sei. Insbesondere lasse sich in den europäischen Staaten diesbezüglich keine einheitliche Handhabung feststellen. Mittlerweile ist das Verfahren beim EGMR anhängig.²²²⁰

²²¹⁹ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1056 Rn. 44 f).

²²²⁰ EGMR, kommuniziert 06.02.2019 - 53568/18 und 54741/18 – O.H. und G.H./Deutschland.

(b) Vaterschaftsanerkennung einer gebärenden Frau-zu-Mann-Transsexuellen

Das KG Berlin²²²¹, als Vorinstanz zur BGH Entscheidung vom 06.09.2017, war der Ansicht die Voraussetzungen für eine Vaterschaft hätten bei der gebärenden Frau-zu-Mann-Transsexuellen nicht vorgelegen. Warum die Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB, unabhängig von der grundsätzlichen Wertung, dass die gebärende Person immer und nur die Mutter sein könne, nicht in Frage kam, wurde jedoch nicht ausführlich erläutert. Solange es zu keiner Reformation des Abstammungsrechts kommt, könnte die Vaterschaftsanerkennung jedoch eine Möglichkeit darstellen den Interessen gerecht zu werden. Insbesondere bestand im vorliegenden Fall keine andere Vaterschaft (Hindernis des § 1594 II BGB). Zwar bedürfte eine Vaterschaftsanerkennung gem. § 1595 I BGB der Zustimmung der Mutter. Denkbar wäre es den Antragssteller hier in einer Doppelfunktion zu sehen, so dass er seiner Vaterschaftsanerkennung zustimmt. Dann müsste der Frau-zu-Mann-Transsexuelle jedoch zunächst als Mutter eingetragen oder zumindest anerkannt werden, um seiner Vaterschaft zustimmen zu können.²²²² Problematisch ist dabei, dass das Recht keine Möglichkeit kennt eine Mutterschaft nachträglich anzufechten. Diese Fiktion einer kurzzeitigen Mutterschaft sollte vermieden werden. Wie zu verfahren ist, wenn die Mutter eines Kindes nicht auffindbar oder verstorben ist, wird in der Literatur und Rechtsprechung unterschiedlich beurteilt. Während eine Ansicht auf das gerichtliche Vaterschaftsfeststellungsverfahren verweist,²²²³ ist nach anderer Ansicht kein Grund ersichtlich, warum der Weg über die Anerkennung versagt werden sollte²²²⁴. In Anlehnung an die zweite Ansicht könnte im vorliegenden Fall eine teleologische Reduktion vorgenommen und so gänzlich auf die Zustimmung verzichtet werden. Diese Lösung hätte den Vorteil, dass keine temporäre Mutterschaft angenommen werden muss. Durch eine pränatale Vaterschaftsanerkennung würde man auch dem im Abstammungsrecht zu berücksichtigenden Prinzip der zeitnahen Zuordnung gerecht.

(c) BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 459/16

Knapp drei Monate nach der ersten Entscheidung des BGH zur Elternschaft von Transsexuellen erging ein Urteil zur umgekehrten Konstellation.²²²⁵ Der BGH befasste sich mit der personenstandsrechtlichen Zuordnung eines Kindes, welches nach der rechtskräftigen Entscheidung über die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen (Beteiligte zu 1) geboren wurde. Im Jahr

²²²¹ Das KG Berlin kommt auch zum gleichen Ergebnis, wenn der das Kind gebärende Frau-zu-Mann Transsexuelle österreichischer Staatsangehöriger ist: *KG Berlin*, Beschl. v. 12.01.2021 – 1 W 1290/20, NJW-RR 2021, 387 Rn. 20

²²²² Die paradoxe Situation, dass einer Person gleichzeitig zwei Geschlechter zugewiesen werden, besteht vorliegend bereits, wenn das personenstandsrechtliche Geschlecht für das Abstammungsrecht ohne Bedeutung ist.

²²²³ So z.B. *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, § 1595 Rn. 4.

²²²⁴ *Wellenbofer*, in: *Säcker/Rixecker* (Hrsg.), *MüKo BGB*, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1595 Rn. 8 m.w.N.

²²²⁵ *BGH*, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 459/16, *NZ Fam* 2018, 80–83.

2015 hatte die Beteiligte zu 2 ein Kind geboren, das mit dem Samen der Beteiligten zu 1 gezeugt worden war. In einem anderen Fall hatte das OLG Köln 2009, entschieden eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle könne wirksam eine Vaterschaftsanerkennung bezüglich eines mit ihrem Sperma gezeugten Kindes abgeben.²²²⁶ Im Fall vor dem BGH begehrte die Beteiligte zu 1 jedoch keine Anerkennung als Vater, sondern als Mutter. Die Beteiligte zu 1 erkannte mit Zustimmung der Beteiligten zu 2 mit notarieller Urkunde vorgeburtlich an, Mutter des Kindes zu sein. Das Standesamt trug jedoch die Beteiligte zu 2 als Mutter des Kindes in das Geburtenregister ein. Der Antrag der Beteiligten sowie des vertretenen Kindes, das Standesamt anzuweisen, auch die Beteiligte zu 1 als Mutter in das Geburtenregister einzutragen, blieb in erster²²²⁷ und zweiter²²²⁸ Instanz erfolglos.

Der BGH bestätigte die unterinstanzlichen Entscheidungen. Zwar würden sich die vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten ab Rechtskraft der Entscheidung nach § 8 TSG gemäß § 10 I TSG nach dem neuen Geschlecht richten, wenn durch Gesetz nichts anderes bestimmt sei. Auch in diesem Fall greife jedoch § 11 TSG, wonach eine solche Entscheidung das Rechtsverhältnis zwischen ihm und seinen Kindern unberührt lasse. Der BGH weist insoweit auf seine Entscheidung vom 06.09.2017.

Es gelte auch hier was dort bereits ausgeführt wurde: Durch die Regelung werde gewährleistet, dass der biologisch durch Geburt oder Zeugung festgelegte rechtliche Status als Mutter oder Vater des Kindes gesichert und einer Veränderung nicht zugänglich sei. Somit sei nur die Frau, die das Kind geboren habe abstammungsrechtlich die Mutter (§ 1591 BGB). Der Fortpflanzungsbeitrag der Mann-zu-Frau-Transsexuellen sei die Samenspende, diese Form der Elternschaftsbeteiligung ermögliche daher nur die Begründung der Vaterschaft. Die von ihr stattdessen ausdrücklich erklärte Mutterschaftsanerkennung habe keine Wirksamkeit erlangen können.

Der BGH geht kurz auf die von *Wapler*²²²⁹ geäußerte Kritik an der Rechtsprechung vom September ein.²²³⁰ Diese verkenne, dass das BVerfG in seiner für den vorliegenden Sachverhalt relevanten Rechtsprechung von einer den biologischen Umständen entsprechenden rechtlichen Zuordnung ausgegangen sei. Es habe es als

²²²⁶ OLG Köln, Beschl. v. 30.11.2009 – Az. 16 Wx 94/09, NJW 2010, 1295–1296. Dieses Urteil, welches vor den beiden BGH Entscheidungen erging, steht mit der Wertung des BGH im Einklang. Sofern ein Fortpflanzungsbeitrag des Transsexuellen vorliegt, muss dieser ausschlaggebend sein und berücksichtigt werden. Da der Fortpflanzungsbeitrag stets dem Geburtsgeschlecht entspricht, erfolgt die Zuordnung nach dem Geburtsgeschlecht. Dass die in diesem Fall in Belgien durchgeführte künstliche Befruchtung nach deutschem ärztlichen Landesrecht unzulässig war (Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion, Ziff. 3.1.1, veröffentlicht im Deutschen Ärzteblatt 2006, Heft 20), weil diese entweder eine Ehe oder eine feste Partnerschaft mit einem nicht verheirateten Mann voraussetzt, war nach Ansicht des OLG Köln für die Frage der Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung irrelevant.

²²²⁷ AG Schöneberg, Beschl. v. 11.01.2016 – Az. 71b III 426/15.

²²²⁸ KG Berlin, Beschl. v. 06.09.2016 – Az. 1 W 109/16.

²²²⁹ Wapler, Anm. zu BGH Beschl. v. 06.09.2017, FamRZ 2017, S. 1861–1862.

²²³⁰ BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 459/16, NZFam 2018, 80 (82 Rn. 16).

sichergestellt angesehen, dass betroffenen Kindern trotz der Geschlechtsänderung ihrer Eltern immer ein Vater und eine Mutter zugewiesen werden und bleiben.²²³¹

Auch aus der Entscheidung des BVerfG zum „Dritten Geschlecht“²²³², welche zwischenzeitlich erging, ergebe sich nichts anderes.²²³³ Die Erläuterung des BGH beschränkt sich darauf zu vermerken die Fallkonstellation sei grundlegend verschieden und die Geschlechtszuordnung nach § 8 TSG gerade eindeutig. Eher irritierend ist der dritte und letzte Satz in diesem Urteilsabschnitt. Dass der Gesetzgeber die Statuswirkung vom früheren Geschlechtsstatus ableite, entspreche dem vom Gesetz besonders geschützten Interesse des Kindes an einer Abbildung der spezifischen Fortpflanzungsbeteiligung des jeweiligen Elternteils. Dafür bezieht der BGH sich auch auf besagtes BVerfG-Urteil. Dieses erwähnt jedoch weder die Elternschaft, noch die Abstammung oder Fortpflanzung. Mittlerweile ist auch dieses Verfahren beim EGMR anhängig.²²³⁴

(2) Vaterschaft

Da basierend auf der Gesetzeslage und bisherigen Rechtsprechung die Elternposition der Mutter immer durch die gebärende Mutter eingenommen wird (§ 1591 BGB), bleibt für eine weitere Person zunächst nur die Vaterschaft nach § 1592 BGB. Für die Zuteilung der rechtlichen Vaterschaft können maßgebliche Kriterien die Institution der Ehe, die genetische Verwandtschaft oder die soziale Beziehung sein. Vater eines Kindes ist gem. § 1592 BGB erstens der Mann, der mit der Mutter des Kindes im Zeitpunkt der Geburt des Kindes verheiratet ist (Nr. 1, *pater is est quem nuptiae demonstrant*), zweitens der Mann, der die Vaterschaft anerkannt hat (Nr. 2) und drittens der Mann, dessen Vaterschaft gerichtlich festgestellt wurde (Nr. 3). So lange niemand die Vaterschaft anfechtet, kann *de lege lata* die rechtliche von der biologischen Vaterschaft abweichen.²²³⁵ Es ist jedoch davon auszugehen, dass es die Intention des Gesetzgebers war diese elterliche Rechtsposition dennoch an der genetischen Abstammung zu orientieren.²²³⁶ Aus den tatsächlichen Umständen wird dafür, ohne eine Prüfung des Einzelfalls, auf die genetische Abstammung geschlossen. Die deutsche Regelung stellt damit zunächst das Ergebnis einer Wahrscheinlichkeitsrechnung dar. Im nächsten Schritt werden Fehler in dieser Gleichung und Abweichungen vom gewünschten Ergebnis jedoch akzeptiert. Denn rechtlich wird der sozialen Vaterschaft letztlich Vorrang vor der biologischen eingeräumt, da § 1600 II, IV BGB die Anfechtungsmöglichkeiten des leiblichen aber nicht rechtlichen Vaters erheblich einschränkt.²²³⁷

²²³¹ Der BGH bezieht sich auf BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 77, BVerfGE 128, 109 (135 f.).

²²³² BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017, BVerfGE 147, 1 ff.

²²³³ BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 459/16, NZFam 2018, 80 (82 Rn. 17).

²²³⁴ EGMR, kommuniziert 22.06.2020 - 7246/20 – A.H. u.a./Deutschland.

²²³⁵ Grünberger, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.01.2011, JZ 2011, S. 368 (370).

²²³⁶ Vgl. Schmidt, Stärkung der (Wunsch-)Eltern, Schwächung der Kinder, NZFam 2018, S. 1009 (1009).

²²³⁷ Gössel, Abstammung und Geschlecht, ZRP 2018, S. 174 (176).

(a) Verheiratet

Die Vaterschaft eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen, der sich in einer Ehe befindet und nicht selbst das Kind gebärt, könnte sich verhältnismäßig unproblematisch aus § 1592 Nr. 1 BGB ergeben (Anhang: Nr. 3.1). Aufgrund der durch § 10 TSG angeordneten Rechtsfolgen müssten sich die Rechte und Pflichten des verheirateten Transsexuellen nach seinem männlichen Geschlecht richten. Diese Rechtsanwendung scheint auch der BGH für möglich zu halten.²²³⁸ Über die Zuhilfenahme einer Samenspende wäre so die Vaterschaft für ein biologisch mit dem Transsexuellen nicht verwandtes Kindes möglich.

Würden dem Frau-zu-Mann-Transsexuellen Eizellen entnommen, diese durch In-Vitro-Fertilisation mit Spermia befruchtet und anschließend der Ehefrau transferriert, würde es sich sogar um genetisch vom Frau-zu-Mann-Transsexuellen abstammende Kinder handeln (Anhang: Nr. 3.1.3).²²³⁹ Die Mutterschaft der gebärenden Ehepartnerin ergäbe sich (auch wenn sie nicht die genetische Mutter ist) aus § 1591 BGB.

(b) Unverheiratet oder homosexuell

Für homosexuelle und unverheiratete heterosexuelle Paare kommt hingegen nur eine Vaterschaftsanerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB in Betracht. Das am 01.10.2017 in Kraft getretene „Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts“ hat an den Abstammungsregeln nichts geändert. Die Mutter eines Kindes ist weiterhin nur die Frau, die das Kind geboren hat. § 1592 Nr. 1 BGB ist nicht um die „Ehefrau der Mutter“ erweitert worden und eine analoge Anwendung wurde vom BGH abgelehnt.²²⁴⁰ Die Ehefrau oder Lebenspartnerin der Mutter kann folglich weiterhin nur im Wege der Stiefkindadoption der zweite rechtliche Elternteil des Kindes werden.

In der Situation eines unverheirateten, homosexuellen, lesbischen Paares, bestehend aus einer trans- und einer cissexuellen Frau, wobei die cissexuelle Frau durch Spermia der Mann-zu-Frau Transsexuellen geschwängert wird (Anhang: Nr. 2.4.5 ohne rechtliche Absicherung der Partnerschaft, 2.3.1 bei einer eingetragenen Lebenspartnerschaft) entspricht eine Vaterschaftsanerkennung dem Fortpflanzungsbeitrag. Das für die Anerkennung notwendige männliche Geschlecht lässt sich über §§ 11, 10 TSG konstruieren.²²⁴¹ Das OLG Köln entschied entsprechend²²⁴² und so ist wohl auch der BGH zu verstehen²²⁴³. Die Vaterschaftsanerkennung durch eine

²²³⁸ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1054 Rn. 27). Ebenfalls keine Bedenken hat *Löhnig*, Anm. zu BGH Beschluss v. 29.11.2017, NZFam 2018, S. 82 (83).

²²³⁹ Diese Möglichkeit, dass ein Frau-zu-Mann-Transsexueller selbst ein von ihm genetisch abstammendes ein Kind zeugt (wenn auch nur medizinisch unterstützt) übersieht *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 268.

²²⁴⁰ BGH, Beschl. v. 10.10.2018 – Az. XII ZB 231/18, BGHZ 220, 58.

²²⁴¹ Vgl. auch *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 6. Aufl. 2010, § 51 Rn. 9.

²²⁴² OLG Köln, Beschl. v. 30.11.2009 – Az. 16 Wx 94/09, NJW 2010, 1295–1296.

²²⁴³ BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 459/16, NZFam 2018, 80 (81 Rn. 13).

Mann-zu-Frau-Transsexuelle entspricht vermutlich nicht der gelebten Rolle der Transsexuellen, stellt momentan aber ggf. die einzige Möglichkeit dar eine rechtliche Elternschaft zu erreichen.

Eine Abwandlung dieser Konstellation (unverheiratetes, homosexuelles, lesbisches Paar, bestehend aus einer trans- und einer cissexuellen Frau) ist es, wenn die cissexuelle Frau durch Sperma eines Dritten geschwängert wird (Anhang: Nr. 2.4.7). Eine weitere mögliche Konstellation ist die Insemination der unverheirateten Partnerin eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen mit dem Sperma eines Dritten (Anhang: Nr. 3.2; 3.3.3; 3.3.4). Auch in diesen Fällen ist fraglich, ob § 1592 Nr. 2 BGB anwendbar sein kann. Der BGH scheint dies für möglich zu halten.²²⁴⁴ Für diese Möglichkeit spricht, dass auf den ersten Blick das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung zu keinem anderen Ergebnis führen dürfte, da das Kind nicht von der transsexuellen Person abstammt. Dafür spricht außerdem, dass sich nach § 10 TSG die Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht bestimmen, die Frau-zu-Mann-Transsexuelle also eine Anerkennungserklärung als Mann abgeben könnte. Insbesondere kommt es bei der Anerkennung auch sonst nicht auf die biologische Richtigkeit an.²²⁴⁵ Selbst bewusst unrichtige Anerkennungen der Vaterschaft sind gültig (wenn auch die Möglichkeit zur Anfechtung besteht)²²⁴⁶ und auch auf die grundsätzliche Möglichkeit der Vaterschaft kommt es nicht an.²²⁴⁷ Ob die Rechtsprechung dies ebenfalls so sehen wird, ist offen.²²⁴⁸ Das KG Berlin lehnte diese Möglichkeit trotz der o.g. genannten Argumente ab. Auf die Reihenfolge von Geburt und Geschlechtsänderung komme es nicht an, ein Transsexueller Antragsteller verbleibe diesbezüglich immer weiter in seinem Geburtsgeschlecht.²²⁴⁹ Das OLG Schleswig wiederum hält bei einer ähnlichen Konstellation, in der der Anerkennende eine Geschlechtsänderung nach ausländischem (norwegischem) Recht durchgeführt hat, § 10 TSG nicht für anwendbar, so dass eine Anerkennung nach § 1592 Nr. 2 BGB möglich ist.²²⁵⁰

Fraglich ist, ob sich aus der *ex nunc* Wirkung der Personenstandsänderung und der *ex tunc* Wirkung der Vaterschaftsanerkennung etwas anderes ergibt, wenn im Zeitpunkt der Geburt die Entscheidung nach § 10 TSG noch nicht rechtskräftig war. *Ex post* betrachtet wäre dann für eine gewisse Zeitspanne eine Frau Vater des Kindes gewesen. Teilweise wird sogar eine wirksame Änderung des Personen-

²²⁴⁴ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1054 Rn. 27). Keine Bedenken auch Löhnig, Anm. zu BGH Beschl. v. 29.11.2017, NZFam 2018, S. 82 (83).

²²⁴⁵ Wellenbofer, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1592 Rn. 14.

²²⁴⁶ *Ibid.*, § 1594 Rn. 4 m.w.N.

²²⁴⁷ Vgl. Rauscher, in: Staudinger, 2011, § 1592 Rn. 35 b; OLG SH, Beschl. v. 04.06.2019 – 2 Wx 45/19, juris Rn. 14.

²²⁴⁸ In diesem Sinne und offen hinsichtlich des Ergebnisses Gössl, Anm. zu BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – XII ZB 660/14, LMK 2017, 398618.

²²⁴⁹ KG Berlin, Beschl. v. 15.08.2019 – 1 W 432/18, Rn. 6.

²²⁵⁰ OLG SH, Beschl. v. 04.06.2019 – 2 Wx 45/19, juris Rn. 14–16.

standes zum Zeitpunkt der Zeugung vorausgesetzt.²²⁵¹ Zur Begründung wird auf die Belange des Kindes verwiesen. Inwiefern diese dadurch tangiert werden, dass für einen gewissen Zeitraum im rechtlichen Sinne eine Frau Vater des Kindes war, wird jedoch nicht erläutert. Auf diesen Zeitpunkt kann es jedoch schon nicht ankommen, weil die Anerkennung nicht auf den Zeitpunkt der Zeugung zurückwirkt.²²⁵²

(3) Adoption

Davon zu unterscheiden ist die Möglichkeit der Adoption. Das Geschlecht und die sexuelle Orientierung des Annehmenden sind für eine Adoption grundsätzlich unerheblich.²²⁵³ Dass Transsexualität noch immer als Krankheit anerkannt ist, darf keine Auswirkungen haben, da es nur darauf ankommen kann, ob das Kindeswohl gefährdet ist.

Für die Annahme von Kindern sieht § 11 S. 1 TSG a.E. vor, dass das Rechtsverhältnis zu Kindern, die vor der Rechtskraft der Entscheidung nach § 8 TSG angenommen wurden, von dieser Entscheidung unberührt bleibt. Rückschluss aus dieser Regelung ist, dass eine Annahme nach der Geschlechtsänderung entsprechend dem aktuellen personenstandsrechtlichen Geschlecht erfolgt. Eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle könnte im Rahmen einer Adoption oder Stiefkindadoption Mutter eines Kindes werden. Ein Frau-zu-Mann-Transsexueller könnte auf diesem Wege Vater eines Kindes werden.

Doch auch diese zeitliche Einschränkung sollte überdacht werden. Bei adoptierten Kindern greift das Argument des Rechts der Kenntnis der eigenen Abstammung weder bei einer Annahme nach der Geschlechtsänderung, noch bei einer Annahme davor.

Das deutsche Recht sieht außerdem mit der Stiefkindadoption durch den eingetragenen Lebenspartner bereits eine Ausnahme von dem Grundsatz vor, dass ein Kind nur einen Vater haben kann. Dabei erlischt das Kindesverhältnis zur leiblichen Mutter, so dass es weiterhin „nur“ zwei Elternteile gibt (§ 9 VII LPartG).

(4) Zusammenfassung

Die Elternschaft entspricht in Deutschland nach momentaner Rechtsprechung im Falle der genetischen Abstammung zwingend der biologischen Fortpflanzungsfunktion im Geburtsgeschlecht und nicht der Geschlechtsidentität und der gelebten Elternrolle. Während bei nicht-leiblichen Kindern somit die Lebensrealität mit der Geburtsurkunde übereinstimmen kann, verhindert die Schwangerschaft eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen seine Vaterschaft und die Verwendung des Spermas einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen ihre Mutterschaft. Die anerkennende Frau wird über

²²⁵¹ Krümer, Vaterschaftsanerkennung eines Transsexuellen, Fachausschuss-Nr. 3599, StAZ 2002, S. 50 (50).

²²⁵² Rauscher, in: Staudinger, 2011, § 1592 Rn. 35 b.

²²⁵³ Maurer, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), MüKo BGB, Bd. 9, 7. Aufl. 2017, § 1741 Rn. 7, 20.

§ 11 TSG wieder zum personenstandsrechtlichen Mann und der gebärende Mann zur Frau. Aufgrund von § 11 TSG wäre es daher absurderweise denkbar, dass eine transsexuelle Person gegenüber ihren leiblichen Kindern die rechtliche Position der Mutter einnimmt, gegenüber adoptierten Kindern gleichzeitig die rechtliche Position des Vaters – oder andersrum.

(5) Kritische Würdigung

Erfreulich ist, dass den Eltern ein Verwandtschaftsverhältnis zugestanden wurde; enttäuschend ist, dass die Gerichte damit an den Bedürfnissen der Beteiligten und der Lebensrealität vorbei urteilten. Die Eintragung eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen als Mutter des Kindes kann in einem krassen Widerspruch zu dessen Selbstverständnis als Vater des Kindes stehen. Gleiches gilt für eine zeugende Mann-zu-Frau-Transsexuelle. Eine Änderung des Verwandtschaftsverhältnisses kann auch gewollt sein, weil die transsexuelle Person, wenn sie die Geburtsurkunde vorlegen muss, regelmäßig genötigt sein wird ihre Geschlechtsidentität offenzulegen.

Im Gesetzgebungsverfahren und in den Urteilen wurden im Wesentlichen drei Argumente für das Abstellen auf das Geburtsgeschlecht vorgebracht: Erstens das Recht auf Sicherung der Rechte, die sich aus der Position als Vater bzw. Mutter ergeben. Zweitens das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. Drittens das Recht des Kindes auf informationelle Selbstbestimmung hinsichtlich einer Offenbarung der Transsexualität seines Elternteils. Ein viertes Argument, welches teilweise unter das Recht auf Kenntnis der Abstammung gefasst wird, ist das Kindeswohl. In einem nicht unerheblichen Rahmen argumentiert der BGH mit und innerhalb des aktuellen Abstammungsrechts. Dieses wird jedoch unter mehreren Aspekten der Realität nicht mehr gerecht und Kritikpunkte des BGH könnten bei einer Novellierung berücksichtigt werden. Auf diese Punkte wird im folgenden Abschnitt kritisch eingegangen und es werden Lösungsansätze dargestellt.

(aa) Sicherung der Rechte

Laut BGH können Mutterschaft und Vaterschaft nicht beliebig untereinander getauscht werden und würden sich auch hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen unterscheiden.²²⁵⁴ Für das Unterhalts- und Erbrecht ist es irrelevant, ob es sich rechtlich um die Mutter oder den Vater handelt.²²⁵⁵ Wichtig ist nur, dass überhaupt die Abstammung rechtlich festgehalten wird. Hinsichtlich der Möglichkeit der Vaterschaftsfeststellung und der Ehelichkeitsanfechtung wären Anpassungen notwendig oder es müssten Analogien gebildet werden. Auf jeden Fall stehen diese Rechte aber nicht isoliert dar, sondern sie müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den Rechten der Eltern stehen. Der BGH hatte darauf hingewiesen, dass der Frau-zu-Mann-Transsexuelle nur durch die Zuordnung als Mutter gem. § 1626 a III BGB

²²⁵⁴ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1054 Rn. 27).

²²⁵⁵ Augstein, TSG, 2012, § 11 TSG Rn. 1.

die alleinige elterliche Sorge erhalte.²²⁵⁶ Hier wäre eine teleologische Auslegung für den gebärenden Vater möglich. Dabei geht der BGH auch nicht darauf ein, dass sich z.B. auch bei unverheirateten Eltern ein Regelungsbedürfnis ergibt. Um sich für den Todesfall der Gebärenden ein Sorgerecht zu sichern, ist es üblich bereits vor der Geburt des Kindes die Vaterschaft anzuerkennen.

(bb) Kindeswohl

Welche Rolle das Kindeswohl im Abstammungsrecht spielt ist nicht eindeutig geklärt.²²⁵⁷ In der vorliegenden Streitfrage herrscht Einigkeit, dass das Kindeswohl die höchste Priorität haben sollte – jedoch Uneinigkeit darüber, was darunter zu verstehen ist. Dass ein Auseinanderfallen der sozialen Elternrolle entsprechend der Geschlechtsidentität und der rechtlichen Elternrolle für das Wohl des betroffenen Kindes förderlich sein soll ist nicht anzunehmen. Im Gegenteil, dies dürfte für ein Kind schwer zu begreifen sein und dessen Entwicklung eher gefährden.²²⁵⁸ So stellte auch ein englisches Gericht (basierend auf der Meinung von Experten) fest, dass es dem Kindeswohl keineswegs dienlich ist, wenn die Kinder von der Transsexualität ihres Elternteils nichts wissen.²²⁵⁹

Das BVerfG hat ausdrücklich festgestellt, dass das Wohl des Kindes in keiner Weise gefährdet ist, wenn es mit gleichgeschlechtlichen Eltern aufwächst.²²⁶⁰ Letzteres wird durch Untersuchungen im angloamerikanischen Raum und eine repräsentative Untersuchung, die im Auftrag des BMJ unter Leitung des Staatsinstituts für Familienforschung an der Universität Bamberg durchgeführt wurde, bestätigt.²²⁶¹ Es kann nichts anderes gelten, wenn eines der Elternteile oder beide transsexuell sind. Inzwischen ist bekannt, dass die Kindesentwicklung nach heterologer Insemination unauffällig ist, gleiches gilt für das Aufwachsen bei Alleinerziehenden oder homosexuellen Paaren.²²⁶² Bei Samenspenden ist das Kindeswohl keineswegs

²²⁵⁶ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1054 Rn. 27).

²²⁵⁷ Vgl. Helms, Abstammungsrecht und Kindeswohl, StAZ 2014, S. 225–232; Helms, Abstammungsrecht und Kindeswohl, in: Röthel/Heiderhoff (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung, 2014, S. 19–36.

²²⁵⁸ Theile, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 269.

²²⁵⁹ Court of Appeal, Entscheid. v. 28.11.2006, C (Contact: Moratorium: Change of Gender) [2006] EWCA Civ 1765.

²²⁶⁰ BVerfG, Urt. v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 80, BVerfGE 133, 59–100, NJW 2013, 847 (852 f.). Vgl. auch jüngst BGH, Beschl. v. 20.04.2016 – Az. XII ZB 15/15, BeckRS 2016, 10844: Die Verhältnisse in einer rechtlich verfestigten gleichgeschlechtlichen Partnerschaft seien für das Aufwachsen von Kindern ebenso förderlich wie die einer Ehe. Daher sei das Kindeswohl bei der Eintragung einer Co-Mutterschaft nach ausländischem Recht nicht gefährdet, weshalb ein Verstoß gegen den ordre public nicht in Betracht komme.

²²⁶¹ Vgl. dazu m.w.N. Detbloff, Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner?, FPR 2010, S. 208–210 (209 f.); so wie Muscheler, Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Aufl. 2004, Rn. 411 ff.

²²⁶² Brähler, Elternschaft, Rolle der Frau und Beratung, in: Das Bundesministerium der Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 96–98 (97); Katzorke, Keimzellspende –

gefährdet, handelt es sich doch gerade um absolute Wunschkinder.²²⁶³ Auch der Schutz der Ehe ist gewährleistet, erst durch das Wunschkind wird die Ehe zu einer Familie.²²⁶⁴ Die Verweigerung der Eintragung entsprechend der Geschlechtsidentität oder geschlechtsneutral als Eltern wäre auch nicht geeignet fiktive Gefahren des Aufwachsens von Kindern mit transsexuellen Eltern zu verhindern.²²⁶⁵ Denn durch diese Weigerung kann und darf den Eltern nicht vorgegeben werden, ob und wann sie Kinder bekommen und welche soziale Elternrolle sie letztlich einnehmen werden.

Allgemein ist eine möglichst frühzeitige Regelung der rechtlichen Elternschaft (d.h. möglichst bereits vor der Geburt) in welcher die zukünftigen sozialen Eltern anerkannt werden, klar im Sinne des Kindeswohls.²²⁶⁶

(cc) Informationelle Selbstbestimmung

Das Anliegen der Gerichte zum Wohle des Kindes (und des Elternteils) Spekulationen über die Transsexualität des Elternteils zu vermeiden, wird durch ihre Rechtsprechung nur teilweise erreicht. Nur dann, wenn die Geburtsurkunde nicht vom transsexuellen Elternteil persönlich und nicht zusammen mit aktuellen Personenstandsdocumenten des Elternteils vorgelegt wird, fällt nicht auf, dass Vorname und Geschlecht geändert wurden und nicht zur vorliegenden Person passen. Dass durch die aktuelle Rechtsanwendung weder die informationelle Selbstbestimmung der Eltern noch die der Kinder ausreichend geschützt wird, verdeutlicht das von *Adamietz/Bager* gewählte Beispiel der Anmeldung in der Grundschule.²²⁶⁷ Wenn ein Frau-zu-Mann-Transsexueller sein Kind in einer Grundschule anmeldet und dabei die Geburtsurkunde vorlegt, ist nicht er auf dieser vermerkt, sondern eine Frau, die bis auf dieses Stück Papier nicht existiert. Um seine Rolle als Sorgeberechtigter nachzuweisen ist er gezwungen seine Transsexualität offen zulegen und auf diese Weise sich selbst und sein Kind der Gefahr von Diskriminierungen auszusetzen. Selbst wenn die transsexuelle Person durch ihr Gegenüber nicht ausdrücklich dazu aufgefordert wird sich zu erklären, ist davon auszugehen, dass die andere Person sich, auf Grundlage des vorliegenden Dokuments und des Erscheinungsbildes der transsexuellen Person, ein Bild über die Geschlechtsidentität machen kann. Dies verstößt gegen § 10 II i.V.m. § 5 I TSG und kann nicht durch öffentlich Belange

medizinische, soziale und juristische Aspekte aus ärztlicher Sicht, in: Das Bundesministerium der Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 122–133 (126).

²²⁶³ *Katzorke*, Keimzellspende – medizinische, soziale und juristische Aspekte aus ärztlicher Sicht, in: Das Bundesministerium der Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 122–133 (127).

²²⁶⁴ *Ibid.*, S. 122–133 (127).

²²⁶⁵ So das BVerfG zur Sukzessivadoption bei gleichgeschlechtlichen Paare, vgl. *BVerfG*, Urt. v. 19.02.2013 – 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, Rn. 81, BVerfGE 133, 59–100, NJW 2013, 847 (853).

²²⁶⁶ *Dethloff*, Changing Family Forms: Challenges for German Law, VUWLR, Vol. 46, No. 3, 2015, S. 671–682 (678).

²²⁶⁷ *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, 2016, BMFSFJ (Hrsg.), S. 119.

gerechtfertigt werden, da kein öffentliches Interesse daran besteht die Umstände der Zeugung und Geburt zu dokumentieren.²²⁶⁸

Sowohl das Kind, als auch die Eltern, benötigen eine Geburtsurkunde, die der gelebten rechtlichen Elternrolle entspricht bzw. nicht zu ihr im Widerspruch steht.

(dd) Recht auf Kenntnis der Abstammung

Der Schwerpunkt der deutschen Rechtsprechung zum Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung war zunächst die Frage der Existenz eines solchen Anspruches. Mittlerweile ist durch das BVerfG geklärt, dass sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG) ein höchstpersönliches Recht des Einzelnen auf Kenntnis seiner eigenen Abstammung ergibt.²²⁶⁹ Das Recht besteht unabhängig von der Art der Zeugung. Die Rechtsprechung spricht jedoch vom Recht auf Kenntnis der genetischen oder biologischen Abstammung.

„Verständnis und Entfaltung der Individualität sind [...] mit der Kenntnis der für sie konstitutiven Faktoren eng verbunden. Zu diesen zählt neben anderen die Abstammung. Sie legt nicht nur die genetische Ausstattung des Einzelnen fest und prägt so seine Persönlichkeit mit. Unabhängig davon nimmt sie auch im Bewusstsein des Einzelnen eine Schlüsselstellung für Individualitätsfindung und Selbstverständnis ein.“²²⁷⁰

Nach Ansicht des BGH ist das Recht auf Kenntnis der Abstammung bei der Eintragung in das Personenregister gar nicht zu berücksichtigen, da dieses Recht nicht durch das Personenstandsregister zu gewährleisten sei.²²⁷¹ Es dokumentiere lediglich die rechtliche Elternschaft und sei gerade nicht zur Information über die biologische oder genetische Elternschaft bestimmt. Auf diese eigene Rechtsprechung geht der BGH in seinen Urteilen zur Elternschaft von Transsexuellen mit keinem Wort ein.

Des Weiteren ergibt sich aus dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung auch kein Anspruch gegen staatliche Stellen auf Verschaffung von Kenntnissen über die eigene Abstammung, es schützt aber vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe. Der Staat ist verpflichtet soweit als möglich dem Kind die Erlangung der für die genetische und biologische Abstammung

²²⁶⁸ *Wapler*, Anm. zu BGH Beschl. v. 06.09.2017, FamRZ 2017, S. 1861 (1861).

²²⁶⁹ Vgl. *BVerfG*, Entscheid. v. 31.01.1989 – Az. 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256; *BVerfG*, Entscheid. v. 26.04.1994 – Az. 1 BvR 1299/89, BVerfGE 90, 263; *BVerfG*, Beschl. v. 06.05.1997 – Az. 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56.

²²⁷⁰ Vgl. *BVerfG*, Entscheid. v. 31.01.1989 – Az. 1 BvL 17/87, BVerfGE 79, 256; *BVerfG*, Entscheid. v. 26.04.1994 – Az. 1 BvR 1299/89, BVerfGE 90, 263; *BVerfG*, Beschl. v. 06.05.1997 – Az. 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56.

²²⁷¹ *BGH*, Beschl. v. 10.12.2014 – Az. XII ZB 463/13, StAZ 2015, S. 51 ff. Rn. 63. Zur Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung bei Leihmutterchaft, bei der einer der anerkennenden Väter mit dem Kind genetisch verwandt war, eine anonyme Eizelle verwendet wurde und die Leihmutter nicht verheiratet war.

relevanten Informationen zu gewährleisten.²²⁷² Dem Recht des Kindes und der korrespondierenden Pflicht des Staates muss also nicht zwingend durch die Eintragung im Geburtenregister nachgekommen werden.²²⁷³ Dafür spricht auch die Einrichtung des Samenspenderregisters. Bisher kann das Personenstandsregister keine Auskunft über die genetische Elternschaft geben, hierfür könnten nach Ansichten in der Literatur zwar grundsätzlich verfassungsrechtliche Gründe sprechen.²²⁷⁴ Bei transsexuellen Eltern wird den Kindern die Information über die genetische Abstammung aber überhaupt nicht vorenthalten, es würde lediglich eine Eintragung entgegen der Fortpflanzungsfunktion vorgenommen. Insofern unterscheiden sich die vorliegenden Fälle auch von solchen der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft, in denen die Partnerin der gebärenden Mutter als zweite Mutter eingetragen werden soll.²²⁷⁵ Ob das Recht auf Kenntnis der eigenen genetischen Abstammung auch die Informationen über das für den Geburtsvorgang maßgebliche Geschlecht bzw. den Fortpflanzungsbeitrag umfasst, ist nicht geklärt. Es ist nicht klar, ob und wie stark diese Information für Individualitätsfindung und Selbstverständnis von Bedeutung ist.

Dies ist von Relevanz für die Frage, ob die durch die Rechtsprechung eingenommene Position verhältnismäßig ist. Ob der BGH hierbei die Grundrechte des transsexuellen Elternteils ausreichend gewürdigt hat erscheint fraglich.²²⁷⁶ Wenn es beispielweise darum geht, ob die Mutter eines Kindes verpflichtet ist ihrem Kind gegenüber die Identität des Vaters offenzulegen, gestattet das BVerfG ausdrücklich eine Abwägung der Interessen der Mutter und des Kindes.²²⁷⁷ Dem Interesse des Kindes steht das grundrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht der Mutter auf sexuelle Selbstbestimmung gegenüber (ebenfalls Art. 2 i.V.m. Art. 1 GG).²²⁷⁸ Sie wird sich ggf. auf die Achtung ihrer Privat- und Intimsphäre berufen, zu dieser gehören auch geschlechtliche Beziehungen zu einem Partner.²²⁷⁹ Das Ergebnis ist gerade

²²⁷² Jarass, in: Jarass/Pieroth, 13. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 74; Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 75 a.

²²⁷³ Wapler, Anm. zu BGH Beschl. v. 06.09.2017, FamRZ 2017, S. 1861 (1861); Adamietz/Bager, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, 2016, BMFSFJ (Hrsg.), S. 119 f.

²²⁷⁴ Mayer, Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung, StAZ 2015, S. 33–40 (38).

²²⁷⁵ Vgl. OLG Köln, Beschl. v. 27.08.2014 – Az. 2 Wx 222/14, FGPrax 2015, 42–44. Der gebärenden Mutter war eine mit anonymen Samen befruchtete Eizelle ihrer Lebenspartnerin eingepflanzt worden. Nach Ansicht des Gerichts sei es weder aus verfassungsrechtlichen Gründen noch aufgrund der EMRK geboten im Geburtenregister neben der gebärenden Frau als Mutter im Sinne des § 1591 BGB die Lebenspartnerin als genetische Mutter des Kindes einzutragen.

²²⁷⁶ In diesem Sinne auch Tolmein, Anm. zu BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, S. 3383 (3384).

²²⁷⁷ BVerfG, Beschl. v. 06.05.1997 – Az. 1 BvR 409/90, BVerfGE 96, 56.

²²⁷⁸ Vgl. Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 76. EGL 2015, Art. 2 GG Rn. 200 mit umfassenden Nw. aus der Rspr.

²²⁷⁹ Wellenbofer, Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 31 Rn. 54; Schwab, Familienrecht, 23. Aufl. 2015, § 49 Rn. 605.

nicht vorgegeben und das Recht des Kindes hat nicht zwangsläufig Vorrang. Maßgeblich ist eine Grundrechtsabwägung.²²⁸⁰ Dass das Recht auf Kenntnis der Abstammung bei einer solchen Grundrechtsabwägung nicht überwiegen muss zeigen auch weitere Urteile des BVerfG. Das BVerfG kam zu dem Ergebnis, dass ein Kind gegen einen Mann, den es für seinen leiblichen Vater hält, der aber nicht sein rechtlicher Vater ist, keinen Anspruch auf eine isolierte Abstammungsklärung hat.²²⁸¹ Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung müsse mit widerstreitenden Grundrechten zum Ausgleich gebracht werden, dabei stehe dem Gesetzgeber ein Ausgestaltungsspielraum zu.²²⁸² Dem Recht auf Kenntnis der Abstammung auf der Seite des Kindes, steht das Recht des Transsexuellen auf Achtung seiner Geschlechtsidentität gegenüber. Dass es sich dabei aufgrund der Nähe zur Intimsphäre um ein Grundrecht von großer Bedeutung für den Einzelnen handelt ist inzwischen allgemein anerkannt.

Auch wenn man annimmt, dass die Information über die durch das Elternteil eingenommene Fortpflanzungsfunktion Teil des grundrechtlich geschützten Rechts ist²²⁸³, ist eine Eintragung von Transsexuellen entgegen ihrer Elternrolle nicht die zwangsläufige Folge. Beispielsweise ist umstritten, ob das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung dazu führt, dass die Klage auf Feststellung der Mutterschaft der genetischen Mutter Statusfolgen hat (das Kind also seine genetische Mutter zu seiner rechtlichen Mutter machen können muss). Nach einer Ansicht ist dies nicht mehr vom Recht auf Kenntnis der Abstammung umfasst. Für die Persönlichkeitsentwicklung sei die Kenntnis wichtig, nicht jedoch die statusrechtlich Zuordnung als Kind zu den Eltern, von denen man genetisch abstammt.²²⁸⁴

Etwas anderes ergibt sich auch nicht zwingend aus der Rechtsprechung des BVerfG. Zwar hat das Gericht im Rahmen seiner Abwägung darauf verwiesen, dass es bei einer Fortpflanzungsfähigkeit von Transsexuellen, aufgrund von § 11 TSG, rechtlich möglich bleibt ihre Kinder einer Mutter und einem Vater zuzuweisen. Anders als der BGH²²⁸⁵ und das KG Berlin²²⁸⁶ es implizieren, hat das BVerfG sich jedoch bisher nicht dahingehend geäußert, dass dazu eine verfassungsrechtliche

²²⁸⁰ *Hahn*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar BGB, Stand: 01.05.2016 Ed. 39, § 1591 Rn. 17.

²²⁸¹ *BVerfG*, Urt. v. 19.04.2016 – Az. 1 BvR 3309/13, NJW 2016, 1939–1945.

²²⁸² *BVerfG*, Urt. v. 19.04.2016 – Az. 1 BvR 3309/13, Rn. 30, NJW 2016, 1939–1945 (1939). Auf Seiten des mutmaßlich leiblichen Vaters führt das Gericht folgendes an: Das mit dem Recht auf Achtung der Privat- und Intimsphäre spezifisch geschützte Recht, geschlechtliche Beziehungen nicht offenbaren zu müssen, das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie das Recht auf Schutz des Familienlebens.

²²⁸³ So *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 119. Anders ist wohl *Tolmein*, Anm. zu BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, S. 3383 (3384) zu verstehen.

²²⁸⁴ Vgl. *Rauscher*, in: Staudinger, 2011, § 1581 Rn. 11.

²²⁸⁵ BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, NZFam 2017, 1051 (1053 Rn. 26).

²²⁸⁶ KG Berlin, Beschl. v. 30.10.2014 – Az. 1 W 48/14, NZFam 2015, 32 (33 Rn. 8); BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 459/16, NZFam 2018, 80 (82 Rn. 16).

Verpflichtung besteht.²²⁸⁷ Er hat es nur als ein „berechtigtes Anliegen“ bezeichnet. Allerdings ist nicht jeder legitime Zweck am Ende auch verhältnismäßig.

(ee) Vorschlag

Dem Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung könnte man auch auf andere Art und Weise gerecht werden.

(i) Hinterlegung der Informationen

Da das Personenstandsrecht sich auf die rechtliche Elternschaft bezieht und nicht zur Information über die biologische und genetische Elternschaft bestimmt ist, könnte eine für anonyme Samenspende akzeptierte Lösung auch in den vorliegenden Fällen gewählt werden: Mittels Hinterlegung der relevanten Informationen bei einem Notariat wird der Zugang zur Kenntnis der Abstammung gesichert.²²⁸⁸

(ii) Zusätzlicher Vermerk und angepasste Geburtsurkunde

Doch auch innerhalb des Personenstandsregisters könnten die Grundrechte der Beteiligten auf geeignete und erforderliche Weise zur Geltung kommen.

Eine Eintragung des transsexuellen Elternteils im Geburtenregister in der Elternrolle entsprechend der Geschlechtsidentität wäre wünschenswert, erscheint in Anbetracht der aktuellen Gesetzeswortlauts jedoch schwierig. Durch einen zusätzlichen Vermerk im Geburtenregister könnte sichergestellt werden, dass das Kind erfährt wer biologisch seine Eltern sind und gleichzeitig würde nur der aktuelle Vermerk auf den künftig zu erstellenden Geburtsurkunden erscheinen. Denkbar wäre es auch die Grundeintragung entsprechend der gesetzlichen Regelung vorzunehmen, die Rolle und den Vornamen entsprechend der Geschlechtsidentität nur im Hinweisteil aufzunehmen aber nur letzteres in der Geburtsurkunde aufzuführen.

Wenn in gleichgeschlechtlichen Beziehungen die Lebenspartnerin der Mutter deren Kind annimmt, ist aufgrund des Offenbarungsverbots des § 1758 I BGB die Annehmende in der Geburtsurkunde nicht als „Lebenspartnerin der Mutter“ oder als „anderer Elternteil“ einzutragen.²²⁸⁹ Stattdessen wird das Prinzip der Abstammungsklarheit zurückgestellt und die Ausstellung der Geburtsurkunde für das Kind in der Weise vorgenommen, dass als Leittext der Begriff „Eltern“ geschrieben wird und danach die Namen der Mutter und der Annehmenden aufgeführt werden. Ähnlich § 1758 I BGB steht auch §10 II i.V.m. § 5 I TSG dem Prinzip der Abstammungsklarheit und -wahrheit gegenüber. In Anlehnung hieran könnte auch bei

²²⁸⁷ *Althoff/Schabram/Follmar-Otto*, Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht, BMFSFJ (Hrsg.), 2017, S. 57.

²²⁸⁸ Vorschlag in *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 120 unter Verweis auf *OLG Karlsruhe*, 07.02.2014 – Az. 16 UF 274/13, NJW 2014, 2050.

²²⁸⁹ *AG Münster*, Beschl. v. 15.09.2009 – Az. 22 III 128/09, NJW-RR 2010, 1308; Nr. 59.2.2 PStG-VwV, Allg. VwV zum PersonenstandsG; *Rhein*, Personenstandsgesetz, 1. Aufl. 2012, § 59 Rn. 4.

transsexuellen Eltern eine Übernahme des Begriffes „Eltern“ anstatt „Mutter“ und „Vater“ in Frage kommen. Hierfür könnten sich die Standesämter auf §§ 19, 48 I 2 PStV beziehen wonach die Darstellungen bzw. Formulare dem Beurkundungssachverhalt anzupassen sind. Es scheint auch erste Gerichtsbezirke zu geben in denen derartige Geburtsurkunden ausgestellt werden.²²⁹⁰ Dies würde eine Verbesserung gegenüber der bisherigen Handhabung darstellen. Damit aber nicht nur Eltern, bei denen eines der Elternteile transsexuell ist besondere Urkunden erhalten und so weiterhin durch eine Sonderregelung auffallen und identifiziert werden können, bedarf es einer umfassenden Reformation des Abstammungsrechts.

(iii) Elternschaft entsprechend des Fortpflanzungsbeitrags

Der BGH hat mehrfach betont, dass es ihm um die Sicherung der Rechte der Kinder geht. Weiterhin stehe hinter der gesetzlichen Regelung das legitime Ziel die biologischen Abläufe darzustellen. Gleichzeitig hat sich der Gesetzgeber dazu entschieden den Vorgang des Gebärens über eine genetische Abstammung zu stellen. Damit ist der Fortpflanzungsbeitrag das ausschlaggebende Kriterium und nicht das Geschlecht. Ausgangslage für die bisherige gesetzliche Regelung ist jedoch, dass der Fortpflanzungsbeitrag jeweils nur von einem bestimmten Geschlecht beigebracht werden kann. Dabei stellt man weder auf das rechtliche, noch so das soziale Geschlecht ab, sondern auf das vermeintlich eindeutige biologische Geschlecht. Dass dieses Geschlecht nicht das ausschlaggebende sein muss und darf zeigt bereit die Lebensrealität, so wie die verfassungsgerichtliche Anerkennung der Geschlechtsidentität als wichtiges Grundrecht. Ein naheliegender Kompromiss wäre es daher die geschlechtsspezifischen Bezeichnungen und Voraussetzungen zu streichen und für die Abstammung künftig nicht auf die Geburt durch eine Frau abzustellen, sondern rein auf die Fortpflanzungsfunktion.²²⁹¹ Dies hätte den Vorteil, dass auch Menschen ohne Geschlechtsbeitrag oder mit dem „Dritten Geschlecht“ angemessen berücksichtigt werden könnten, während gleichzeitig das Kind um seine Abstammung weiß. Durch Formulierungen wie „die gebärende Person“ oder „der gebärende Elternteil“ wäre dem Recht auf Kenntnis der Abstammung entsprochen.

Eine Beibehaltung der bisherigen Regelung und Bezeichnung als Mutter und Vater, wobei die geschlechtsbezogenen Voraussetzungen gestrichen und „Frau“ und „Mann“ durch geschlechtsneutrale Bezeichnungen, wie „Person“, ersetzt wird, würde den Interessen nicht auf gleicher Weise gerecht.²²⁹² Die Zuschreibung als Mutter und Vater würde bei Transsexuellen noch immer zu einer Offenbarung der Transsexualität führen.

²²⁹⁰ *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 118.

²²⁹¹ So auch *Althoff/Schabram/Follmar-Otto*, Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht, BMFSFJ (Hrsg.), 2017, S. 56 unter Verweis auf eine derartige Regelung in einem australischen Territorium.

²²⁹² *Ibid.*

Eine umfassende Anpassung des Abstammungsrechts an die heutigen Familienkonstellationen und neuen medizin-technischen Zeugungsmöglichkeiten ist bereits in Planung. Leider hielt der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzte Arbeitskreis Abstammungsrecht die Frage mit welchem Geschlecht, mit welcher Bezeichnung und ob auch die Geschlechtsidentität im Zeitpunkt der Geburt einzutragen ist, für eine Frage des Personenstandsrechts, die von seinem Arbeitsauftrag nicht umfasst gewesen sei und ließ diese Möglichkeit daher unkommentiert.²²⁹³

(ff) Zusammenfassung

Sofern es um die Adoption eines Kindes geht, gilt bereits jetzt stets das aktuelle personenstandsrechtliche Geschlecht. Gleiches muss bei Berücksichtigung der Argumentation des BGH aber auch gelten, wenn ausgeschlossen ist, dass die anerkennende transsexuelle Person das Kind nicht geboren hat und mit dem Kind nicht biologisch verwandt ist, bspw. weil der Samenspender unbekannt ist. Sofern die Art und Weise der Geburt in Deutschland nicht erlaubt ist (wie beispielsweise die Leihmutterchaft) spricht dies nicht zwangsläufig gegen eine Anerkennung.²²⁹⁴ Dabei entspricht eine Lösung über die Abstammung mehr dem Kindeswohl, als ein Verweis auf die Möglichkeit einer nachträglichen Adoption.²²⁹⁵

Bei leiblichen Kindern ist bereits nicht klar, ob das Recht auf Kenntnis der Abstammung für die Eintragung in das Personenstandsregister überhaupt zu berücksichtigen ist und ob die Kenntnis über die Fortpflanzungsfunktion der Eltern mit umfasst ist. Insbesondere ist auch nicht erwiesen, wie dadurch dem Kindeswohl gedient ist. Sofern dies angenommen wird, ist weiterhin offen, ob das Recht des Kindes gegenüber dem Recht des Elternteils überwiegt. Zum anderen könnte dem Recht des Kindes auf anderem Wege Geltung verschafft werden, als durch eine der Geschlechtsidentität widersprechende Eintragung im Geburtenregister und die entsprechende Ausstellung von Geburtsurkunden. Ein stark reformierender Schritt wäre die Einführung einer geschlechtsneutralen Elternschaft.²²⁹⁶ Dies würde nicht

²²⁹³ BMJV (Hrsg.), Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht – Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, 2017, S. 74.

²²⁹⁴ Nach der Rechtsprechung des BGH sind jedenfalls ausländische Gerichtsentscheidungen zu respektieren und liegt kein Verstoß gegen den *ordre public* vor, wenn das Kind genetisch vom Wunschelternteil abstammt (Vgl. *BGH*, Beschl. v. 10.12.2014 – Az. XII ZB 463/13, *StAZ* 2015, S. 51 ff. Rn. 45 f.), bei fehlender Gerichtsentscheidung muss aber der Weg über das Adoptionsverfahren genommen werden (*BGH*, Beschl. v. 20.03.2019 – Az. XII ZB 530/17, *NJW* 2019, 1605; 20.03.2019 – Az. XII ZB 320/17, *NJW* 2019, 1608)

²²⁹⁵ *BGH*, Beschl. v. 10.12.2014 – Az. XII ZB 463/13, *StAZ* 2015, S. 51 ff. Rn. 58 ff.; *BGH*, Beschl. v. 05.09.2018 – Az. XII ZB 224/17, *NZ Fam* 2018, 983 Rn. 26.

²²⁹⁶ § 1 IV des Gesetzes zur Reform des Mutterschutzes (v. 23.05.2017, *BGBI.* 2017, S. 1228) sieht den Einbezug von Personen unabhängig von ihrem Geschlechtseintrag vor. Damit sind vom Mutterschutz auch Personen, die ein Kind gebären, jedoch keinen weiblichen Geschlechtseintrag haben, und Menschen mit offenem Geschlechtseintrag erfasst.

nur die Situation von transsexuellen Eltern verbessern, sondern auch von gleichgeschlechtlichen Paaren.

bb. § 7 I Nr. 1, 2 TSG

Mit der Entscheidung des BVerfG zu § 8 I Nr. 3, 4 TSG wird akzeptiert, dass Transsexuelle mit „großer Lösung“ Kinder zeugen und gebären können. Auch eine abstammungsrechtliche Eintragung als Eltern ist anerkannt (wenn auch entgegen ihrer Geschlechtsidentität). Dennoch gilt weiterhin § 7 I Nr. 1, 2 TSG, wonach die Geburt eines Kindes von Transsexuellen dazu führt, dass die Entscheidung im Rahmen der „kleinen Lösung“, durch welche der Vornamen geändert wurde, unwirksam wird. Nach Nr. 1 gilt dies, wenn nach Ablauf von 300 Tagen nach der Rechtskraft der „kleinen Lösung“ ein Kind des Antragsstellers geboren und nach Nr. 2 wenn die Abstammung anerkannt oder gerichtlich festgestellt wird. Zu Recht wird neben der Regelung an sich auch diese unbegründete Differenzierung kritisiert.²²⁹⁷ Unter Nr. 1 fallen alle Kinder, die von einer Frau-zu-Mann-Transsexuellen geboren werden (Mutterschaft nach § 1591 BGB) und Kinder von verheirateten Mann-zu-Frau-Transsexuellen (Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 BGB). Für Nr. 2 blieben die Fälle des § 1592 Nr. 2 und 3 BGB. Diese fallen jedoch stets unter Nr. 1.

Unverständlich ist es auch, warum nach § 7 III 1 TSG nur in Fällen des § 7 I Nr. 1 TSG von der transsexuellen Person beantragt werden kann wieder ihren durch die „kleine Lösung“ erlangten Vornamen zu führen, weil das Kind doch nicht von ihr abstammt oder andere schwerwiegende Gründe vorliegen, nach denen anzunehmen ist, dass die Person sich weiterhin nicht dem ihrem Geburtseintrag entsprechenden Geschlecht als zugehörig empfindet.²²⁹⁸

Was unter den schwerwiegenden Gründen des § 7 III 1 TSG zu verstehen ist wird unterschiedlich beurteilt. Aufgrund des starken Bezuges zum Geschlechtsakt könnte ein solcher angenommen werden, wenn eine Vergewaltigung vorliegt oder wenn aufgrund einer künstlichen Befruchtung der Geschlechtsakt gänzlich wegfällt.²²⁹⁹ Dass für den Antrag auf Wiederherstellung nach § 7 III 2 TSG nicht § 1 und § 4 III TSG analog anzuwenden sind, d.h. keine Sachverständigengutachten vorgelegt werden müssen, spricht nach andere Ansicht dafür, stets schwerwiegende Gründe anzunehmen, solange die transsexuelle Person sich weiterhin dem anderen Geschlecht zugehörig fühlt.²³⁰⁰

²²⁹⁷ Vgl. *Angstein*, TSG, 2012, § 7 TSG Rn. 2; *Sieß*, Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit, 1996, S. 130.

²²⁹⁸ Für eine Anwendung von § 7 III 1 auch auf § 7 I Nr. 2, da es sich um ein Redaktionsverschen handle: *Angstein*, TSG, 2012, § 7 TSG Rn. 2. Für die Auslegung der Vorschrift, dass Mann-zu-Frau-Transsexuelle sich nur auf § 7 III 1 TSG berufen können, wenn sie die gesetzliche Vermutung der Abstammung widerlegen können: *Wiehüpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 230 f.

²²⁹⁹ *Wiehüpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 231.

²³⁰⁰ *Angstein*, TSG, 2012, § 7 TSG Rn. 7.

(1) Betroffene Grundrechte

Transsexuelle Menschen mit der „kleinen Lösung“ müssen sich zwischen einem Leben, mit einem ihrer Geschlechtsidentität entsprechenden Vornamen und der Erfüllung ihres Kinderwunsches entscheiden. Die Geburt eines Kindes wird mit dem Verlust des Vornamens sanktioniert. Dieser Konflikt bedeutet einen Eingriff in mehrere Grundrechte. Die Geschlechtsidentität und das Namensrecht sind von Art. 2 I 1 i.V.m. Art. 1 I 1 GG umfasst, das Recht auf Fortpflanzungsfreiheit ergibt sich aus Art. 2 I 1 i.V.m. Art. 1 I 1 GG²³⁰¹ bzw. als Teil der Ehegestaltungsfreiheit für verheiratete Personen aus Art. 6 I GG allein. Die Vorschrift ist außerdem geeignet das Sexualverhalten von Transsexuellen zu beeinflussen, da sie sich gezwungen sehen können ein solches Verhalten zu unterlassen, dass nach Ansicht des Gesetzgebers nicht mit Transsexualität vereinbar ist.²³⁰² Insofern liegt auch ein Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (ebenfalls Art. 2 I 1 i.V.m. Art. 1 I 1 GG) vor.

Nicht zuletzt besteht eine für Art. 3 I GG relevante Ungleichbehandlung zwischen Transsexuellen in der „großen“ und in der „kleinen“ Lösung. Eine Ungleichbehandlung besteht auch gegenüber Transsexuellen, die ihre Vornamensänderung durchführen lassen, nachdem sie Kinder bekommen haben.

(2) Zur Begründung herangezogene Zwecke

In der Gesetzesbegründung zu § 7 TSG heißt es man müsse in den Fällen des Abs. 1 davon ausgehen, dass „die Person, deren Vornamen aufgrund von § 1 geändert worden sind, sich wieder dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht zugehörig empfindet.“²³⁰³ Eine starke Ablehnung der angeborenen Geschlechtssteile sowie von homosexuellen Handlungen gehörten damals zu den Symptomen, bei deren Vorliegen Transsexualität diagnostiziert wurde.²³⁰⁴ Ein Geschlechtsverkehr entsprechend des Geburtsgeschlechts und insbesondere die Austragung eines Kindes hielt man mit der Identifikation im anderen Geschlecht für nicht vereinbar. In der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit von § 7 I Nr. 3 TSG (Verlust des geänderten Vornamens bei Eingehung einer Ehe) stellte das Gericht jedoch fest, dass der ursprüngliche Zweck dieser Vorschrift, einen bereits stattgefundenen Wechsel zurück nachzuvollziehen, nicht mehr den Anforderungen an einen gewichtigen Gemeinwohlbelang genüge.²³⁰⁵ Die Geschlechtsidentität hänge nach heutigen sexualwissenschaftlichen Erkenntnissen nicht von der sexuellen Orientierung ab.²³⁰⁶ Auch lässt sich der vorgesehenen Möglichkeit wieder den neu angenommen

²³⁰¹ Vgl. dazu D II 3 ba (2) (a).

²³⁰² *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 232.

²³⁰³ BT-Drs. 8/2947 v. 06.06.1979, S. 14 Nr. 3.7.1.

²³⁰⁴ Vgl. *Sigusch*, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, S. 2740 (2742).

²³⁰⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 54, BVerfGE 115, 1 (17).

²³⁰⁶ Anerkanntes Gemeinwohlziel war in diesem Fall aber die Vermeidung des Anscheins von gleichgeschlechtlichen Ehen.

Vornamen zu führen (§ 7 III TSG) entnehmen, dass auch der Gesetzgeber sich bewusst war, dass die Geburt eines Kindes nicht zwingend eine Aussage über das Zugehörigkeitsempfinden trifft. Vielmehr handelt es sich um einen einmaligen heterosexuellen Geschlechtsakt, aus dem ein Kind entstehen kann aber auch nicht muss.²³⁰⁷

In einem starken Zusammenhang mit der Schlussfolgerung, die der Gesetzgeber aus der Geburt eines Kindes zog, steht auch das Ziel mit § 7 I TSG den Geschlechtsoffenkundigkeitsgrundsatz im Namensrecht wahren zu wollen. Allerdings kann dieser Grundsatz nicht mehr formell auf eine indirekte Vorgabe des PStG²³⁰⁸ oder des TSG²³⁰⁹, sondern nur noch auf das Kindeswohl gestützt werden.²³¹⁰ Die Interessen der Allgemeinheit sind also rückgängig und von geringerer Bedeutung als früher, was auf die weitgehende Angleichung der Rechte und Pflichten der Geschlechter zurückzuführen ist. Daneben ist aufgrund von ausländischen Vornamen die Geschlechtereindeutigkeit ohnehin nur noch begrenzt gegeben. Das „Wohl“ der transsexuellen Person ist jedoch nicht gefährdet, wenn sie trotz der Geburt eines Kindes weiterhin transsexuell ist. Der Vorname hat für sie weiterhin identitätsstiftende Wirkung. Dies wird auch dadurch deutlich, dass das TSG selbst keine Vorgaben für den neu gewählten Vornamen trifft und auch der alte abgelegte Vorname geschlechtsuneindeutig sein kann.²³¹¹ Wenn die Geschlechtereindeutigkeit des Vornamens aber weder für Kinder noch im Rahmen des TSG tragendes Prinzip ist, muss sie als legitimer Zweck für § 7 I Nr. 1, 2 TSG ausscheiden.²³¹²

Viel spricht also dafür das Ziel der Wahrung einer Übereinstimmung von Vornamen und Geschlechtsidentität bereits nicht als legitimes Ziel anzuerkennen, spätestens aber wären Geeignetheit und Erforderlichkeit zu verneinen.

Teilweise wird vertreten hinter § 7 TSG stecke ausschließlich der Normzweck nicht-konformes Verhalten in der neuen Geschlechterrolle zu sanktionieren.²³¹³ Andere Begründungen, sind jedoch denkbar. Beispielsweise der Schutz vor Missbrauch des TSG. Ferner dienen Namen nicht nur der Identitätsbildung, ihnen kommt auch eine Ordnungsfunktion zu und es besteht ein Interesse an der Kontinuität von

²³⁰⁷ *Angstein*, TSG, 2012, § 7 TSG Rn. 3; *Angstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (12).

²³⁰⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 05.12.2008 – Az. 1 BvR 576/07, NJW 2009, 663 (664) gegen *BVerfG*, Entsch. v. 31.08.1982 – Az. 1 BvR 684/82, StAZ 1983,70; *BGH*, Beschl. v. 17.01.1979 – Az. IV ZB 39/78, BGHZ 73, 239 (241), NJW 1979, 2469.

²³⁰⁹ *OLG Frankfurt a.M.*, Beschl. v. 27.01.1995 – Az. 20 W 411/93, NJW-RR 1995, 773.

²³¹⁰ Vgl. dazu bereits ausführlicher D I 1 a aa.

²³¹¹ *Grünberger*, Von Bernhard Markus Antoinette zu Anderson Bernd Peter, AcP 2007, S. 314 (331) mit Hinweis auf *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005, BVerfGE 115, 1 ff. Die Antragstellerin wollte ihren Vornamen von „Kai“ zu „Karin Nicole“ ändern. Die Geschlechtsoffenkundigkeit bei „Kai“ ist unstritten, entscheidend war aber nur, dass die Antragstellerin ihre Identität mit diesem Vornamen nicht ausdrücken konnte.

²³¹² Zu diesem Ergebnis kommt auch *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 235.

²³¹³ *Angstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (11 f.); *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (360).

Namen. Aus diesem Grund sind Namen auch nicht frei disponibel. Allerdings würde durch § 7 TSG zwar ein ursprünglicher Zustand wieder hergestellt, also eine Kontinuität geschaffen – gleichzeitig aber auch der aktuelle Zustand wieder aufgehoben. Grundsätzlich besteht an der Kontinuität des Vornamens ein geringeres öffentliches Interesse als am Nachnamen. Ein begründetes öffentliches Interesse daran, einen der Geschlechtsidentität widersprechenden Vornamen wieder einzuführen, ist jedoch kaum vorstellbar.

Weiteres mögliches Ziel ist die Wahrung von Kindesinteressen. Genauer daran, dass sich die Eintragung des Elternteils und der Vorname nicht widersprechen, sowie an einem traditionellen Familiengefüge.²³¹⁴ Eine Rechtfertigung mit dem Kindeswohl erscheint jedoch schwerlich möglich. Während hinter § 10 II i.V.m. 5 III TSG der Schutz des Kindeswohl steht und deswegen eine Ausnahme von § 11 und § 5 I TSG nur gegenüber den Kindern und für sie auszustellende Urkunden macht, geht § 7 I Nr. 1, 2 TSG darüber hinaus und greift direkt und ausschließlich in den Rechtskreis der transidenten Person ein. Die Unwirksamkeitstatbestände verhindern nicht, dass Kinder einen transidenten Elternteil haben und mit ihm aufwachsen.²³¹⁵ Dass diese Zielsetzung allgemein hinsichtlich ihrer Legitimität äußerst zweifelhaft ist, gilt es zu bekräftigen. Außerdem werden nur Fälle erfasst, in denen ein Kind nach Ablauf von 300 Tagen nach Rechtskraft der Vornamensänderung geboren wird. Bei einer früheren Geburt, ist die Vorschrift hingegen nicht anwendbar. Der rechtliche und vor Allem gesellschaftliche Geschlechtswechsel kann für die Kinder durchaus Probleme mit sich bringen.²³¹⁶ Für Kinder im Vorschulalter und erwachsene Kinder ist es am einfachsten die Transidentität ihrer Eltern zu verarbeiten, am schwersten fällt es in der Adoleszenz.²³¹⁷ In der psychologischen Literatur wird auch darauf hingewiesen, dass ein Verschweigen und Verheimlichen der Transidentität eine stärkere seelische Belastung ist, als ein offener Umgang damit.²³¹⁸ Schwierigkeiten dürften sich vor allem dann ergeben, wenn das Kind sein Elternteil noch in der früheren Elternrolle und dem früheren gelebten Geschlecht erlebt hat.²³¹⁹ In den Fällen des § 7 I Nr. 1, 2 TSG ist dies jedoch gerade nicht so, stattdessen erlebt das Kind seinen Elternteil von Anfang an in der Elternrolle entsprechend ihrer Geschlechtsidentität.

(3) Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit

Laut wissenschaftlichen Erkenntnissen stehen weder der Geschlechtsakt, noch die Geburt eines Kindes entsprechend dem Fortpflanzungsgeschlecht im Widerspruch

²³¹⁴ Vgl. *Wiehüpitz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 237.

²³¹⁵ *Augstein*, TSG, 2012, § 7 TSG Rn. 3.

²³¹⁶ Vgl. dazu *Rauchfleisch*, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 78 ff.

²³¹⁷ *Rauchfleisch*, Transsexualität – Transidentität, 3. Aufl. 2012, S. 79. Ähnliche Beobachtungen finden sich im Bereich des Coming-Out bezogen auf die sexuelle Orientierung.

²³¹⁸ *Ibid.*, S. 80.

²³¹⁹ *Augstein*, TSG, 2012, § 7 TSG Rn. 3.

zur Transsexualität einer Person.²³²⁰ Die Norm ist also für eine Sicherung der Diagnose nicht geeignet. Ein erneuter Bruch in der Namenskontinuität wird provoziert, da davon auszugehen ist, dass von § 7 I TSG Betroffene erneut eine Vornamensänderung anstreben werden. Gegen diese Gesetzesbegründung spricht weiterhin, dass, wenn es allein auf das Zugehörigkeitsempfinden ankäme, die ganze Regelung gestrichen werden könnte. Die Möglichkeit durch Antrag eine Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes zu bewirken, reicht völlig aus²³²¹ und ist auch bereits in § 6 TSG vorgesehen. Auch eine Überprüfung im „Verdachtsfall“ käme als weiteres milderes Mittel in Betracht.²³²² Aufgrund des starken Eingriffs durch die zwangsweise Überprüfung und da bereits zwei Gutachten und der Alltagstest vorgelegt wurden (vgl. § 4 III TSG), ist die Lösung über eine Antragsmöglichkeit zu präferieren.

Für Transsexuelle, die eine Personenstandsänderung, inklusive Vornamensänderung (bzw. -anpassung), erreicht haben, gibt es, seitdem das BVerfG § 8 I Nr. 3, 4 TSG für verfassungswidrig erklärt hat, keine vergleichbare Vorschrift. § 7 I TSG ist nicht analog auf § 8 TSG anwendbar, auch dann nicht wenn die Vornamensänderung zunächst über § 1 TSG erreicht worden war.²³²³ Dabei sind die Folgen der „großen“ Lösung weitreichender.

Selbst wenn man die Wahrung eines traditionellen Familienbildes als legitimen, geeigneten und erforderlichen Zweck anerkennt, müsste sich dieser als angemessen darstellen. Da jedoch davon ausgegangen werden muss, dass nur in Ausnahmefällen die Vermutung des Gesetzgebers (dass Transsexuelle, die Kinder bekommen, nicht transsexuell sind) auch zutrifft, liegt ein gravierender Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen vor. Sie sind gezwungen erneut mit einem ihrer Geschlechtsidentität widersprechenden Vornamen zu leben. Diese Situation liefert auch keinen positiven Beitrag zum Kindeswohl. Ins Gewicht fällt weiterhin, dass überhaupt nur eine begrenzte Anzahl von Kindern unter die Regelung fällt. Ob ein erneutes Verfahren nach § 1 TSG erfolgreich ist, kann außerdem nicht mit Sicherheit vorausgesagt werden.

²³²⁰ Vgl. dazu *Schirmer*, Soziologische Forschungsperspektiven zu Trans* im deutschsprachigen Raum, in: Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 43 f.; *Becker*, Abschied vom „echten“ Transsexuellen, ZfS 2006 (19), S. 154 (157 f.); *Hartmann/Becker*, Störungen der Geschlechtsidentität, 2002, S. 116 f.; *Becker/Berner/Dannecker/Richter-Appelt*, Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren zur Revision des TSG, ZfS 2001 (14), S. 258 (260 f.).

²³²¹ *Angstein*, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 (11).

²³²² Vgl. *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 239 f.

²³²³ Das KG Berlin hält eine teleologische Reduktion für notwendig, *KG Berlin*, Beschl. v. 30.10.2014 – Az. 1 W 48/14, NZFam 2015, 32–33 (32 Rn. 5).

(4) Zusammenfassung

Die Rücknahme der Vornamensänderung nach § 7 I TSG ist nicht mit den Grundrechten Transsexueller aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I i.V.m. Art. 6 GG und Art. 3 I GG vereinbar. Vieles spricht dafür bereits einen legitimen Zweck der Regelung abzulehnen. Aufgrund der hohen Bedeutung des Vornamens und der Bezüge zur Intimsphäre scheidet eine Rechtfertigung jedoch spätestens an der Angemessenheit. Da § 7 I Nr. 3 bereits für verfassungswidrig erklärt wurde, für Nr. 1, 2 nicht anderes gilt und mit § 6 TSG bereits die Möglichkeit besteht auf Antrag die Vornamensänderung rückgängig zu machen, ist § 7 TSG ersatzlos aufzuheben.²³²⁴

b. EMRK

Das Familienrecht ist in Europa durch eine Vielfalt nationaler rechtlicher Regelungen geprägt.²³²⁵ Dabei können sich aufgrund von grenzüberschreitenden Sachverhalten, Migration und Mobilität die Rechtsreformen einzelner Länder über ihre Grenzen hinweg auswirken. Nationale Rechtsprechung und -entwicklung werden zunehmend durch den dauernden Wandel gesellschaftlicher Verhältnisse und internationaler Rechtsquellen (wie die EMRK) beeinflusst.²³²⁶ In Bezug auf die Elternschaft von Transsexuellen erging bisher erst ein Urteil des EGMR – allerdings noch zu einer Zeit bevor der Gerichtshof ein Recht auf Änderung des Geschlechts anerkannt hatte. Damit ist weder klar, ob Transsexuelle grundsätzlich als Eltern anzuerkennen sind, noch entsprechend welchem Geschlecht sie anzuerkennen sind.

aa. Überblick: Mutterschaft und Vaterschaft in Europa

Das Abstammungsrecht in den europäischen Rechtsordnungen weist neben einigen Gemeinsamkeiten insbesondere in den Details größere Unterschiede auf. Allgemein sind im Kindschaftsrecht aufgrund der sich wandelnden gesellschaftlichen Verhältnisse und des Einflusses der EMRK zumindest in der Entwicklung Gemeinsamkeiten feststellbar.²³²⁷

²³²⁴ Für eine ersatzlose Aufhebung ebenfalls: *Dethloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 12 Rn. 30; *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 182; *Reinert*, Rechtliche Regelungen bei Transsexualität, Psychotherapie im Dialog, 2009, S. 48–54 (51); Gesetzesentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, BT-Drs. 16/4148, v. 30.01.2007, S. 6 f.; *Grünberger*, Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, 2008, S. 81–110 (98); *Grünberger*, Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, StAZ 2007, S. 357 (360).

²³²⁵ Vgl. dazu zur Entwicklung in Europa *Dethloff*, Familienrecht in Europa – Quo vadis?, NJW 2018, S. 23–28.

²³²⁶ Vgl. *Rixe*, Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 222–230.

²³²⁷ *Dethloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 9 Rn. 10.

(1) Mutterschaft

In der überwiegenden Zahl der europäischen Länder gilt der Grundsatz *mater semper certa est*.²³²⁸ Das Verhältnis zur Mutter entsteht folglich mit der Geburt. Damit ist in den meisten Ländern auch keine Anfechtung oder Abstammungsklage im Zusammenhang mit der Mutterschaft vorgesehen.²³²⁹ In den romanischen Rechtsordnungen hingegen, wie beispielsweise in Frankreich, gibt es Ausnahmen von diesem Grundsatz. Hier ist es traditionell notwendig, dass die Mutterschaft entweder anerkannt oder gerichtlich festgestellt wird. Damit sind grundsätzlich Anfechtung und Klage nicht ausgeschlossen. In Frankreich haben Frauen in langer Tradition die Möglichkeit, anonym zu gebären (Art. 326 *Code Civil*).²³³⁰ Mangels Beweisbarkeit kann das Kind auch keine gerichtliche Klage zur Feststellung der Mutterschaft erheben und ist ggf. mutterlos und kann nach Ablauf von zwei Monaten nach der Geburt zur Adoption freigegeben werden (Art. 351 *Code Civil*). Seit 2014 kann auch in Deutschland auf die Angaben der Eltern verzichtet werden (§ 21 II a PStG). In den meisten europäischen Ländern wird der Grundsatz *mater semper certa est* auch bei gespaltener Mutterschaft infolge künstlicher Befruchtung angewandt.²³³¹

In Spanien, England, den Niederlanden, Österreich, Belgien und einigen nordischen Staaten gibt es mittlerweile eine sogenannte Mitmutterschaft.²³³² Bei gleichgeschlechtlichen Paaren, die eine Befruchtung mit Spendersamen haben vornehmen lassen, kann die Partnerin ohne Adoption bereits mit der Geburt die Stellung einer Mitmutter erhalten.²³³³ Hinsichtlich der einzelnen Voraussetzungen (bspw. ob eine rechtliche Absicherung der gleichgeschlechtlichen Partnerschaft vorliegen muss) und den sich aus der Mitmutterschaft ergebenden Rechten unterscheiden sich die Regelungen beträchtlich.²³³⁴ Neben einer Vermutung der Elternschaft der Ehefrau/registrierten Partnerin (England, Österreich, Niederlande), kann eine Elternstellung der Partnerin auch durch Vereinbarung (England), durch ein Anerkenntnis oder eine gerichtliche Feststellung begründet werden (Niederlande, Österreich).²³³⁵

²³²⁸ Der EGMR beanstandete angesichts der Abweichung von europäischen Standards das belgische Recht, das den Grundsatz *mater semper certa est* nicht anerkannte, *EGMR*, Urt. v. 13.06.1979 - 6833/74, Rn. 42 f. – Marckx/Belgien

²³²⁹ *Dethloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 105.

²³³⁰ Die anonyme Geburt kennen ebenfalls Italien, Luxemburg, Österreich und die Tschechische Republik.

²³³¹ *Dethloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 117.

²³³² Für gleichgeschlechtliche Paare in Europa, vgl. allgemein *Dethloff*, Familiengründung gleichgeschlechtlicher Paare in Europa, in: Ackermann/Köndgen (Hrsg.), FS Roth, 2015, S. 51–63.

²³³³ *Dethloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 119.

²³³⁴ *Ibid.*

²³³⁵ *Ibid.*

(2) Vaterschaft

Teilweise erfolgt in den Rechtsordnungen noch eine Differenzierung zwischen ehelichen und nichtehelichen Kindern. Sehr weit verbreitet ist die Vermutung der Vaterschaft des Ehemannes der Mutter.²³³⁶ Ist die Mutter nicht verheiratet, wird die Vaterschaft meist über eine Anerkennung oder eine Klage festgestellt.²³³⁷ Eine Vaterschaft aufgrund einer faktischen Eltern-Kind-Beziehung kennt Frankreich (Art. 317 *Code Civil*). Dass der anerkennende Vater auch der biologische Vater ist, muss grundsätzlich nicht nachgewiesen werden.²³³⁸ Ob bzw. wer (die Mutter, der bisherige Vater und/oder das Kind selbst) dieser Anerkennung zustimmen muss, wird in den Rechtsordnungen unterschiedlich geregelt. Ein Antragsrecht auf Feststellung der Vaterschaft bzw. Anfechtung steht meistens dem Kind, der Mutter oder dem mutmaßlichen Vater²³³⁹ zu. In Skandinavien teilweise auch einzelnen Behörden und in Spanien und England sogar jeder Person, die sich auf ein legitimes Interesse berufen kann.²³⁴⁰ In den Detailfragen bestehen häufig große Unterschiede.

(3) Elternschaft von Transsexuellen in anderen europäischen Ländern

Aus den *Travaux Préparatoires* des finnischen Transsexuellengesetzes ergibt sich (ähnlich der deutschen Regelung in § 11 TSG), dass sich die rechtliche Eltern-Kind-Beziehung infolge einer Geschlechtsänderung nicht verändert und ein festgestellte Elternschaft auch nicht annulliert werden kann.²³⁴¹ Auch der *Gender Recognition Act 2004* legt in *Section 12* ausdrücklich fest, dass die rechtliche Geschlechtsanpassung keinen Einfluss auf den Status und die Rechte hat, die mit dem ursprünglichen Geschlecht zusammenhängen, soweit es um die Elternschaft geht. Ähnliches gilt für Frankreich.

Wie es sich bei Transsexuellen verhält, die nach erfolgter Geschlechtsanpassung Kinder bekommen ist hingegen in vielen Ländern ungeklärt.²³⁴² Die *Clause 8 (2)* des Gesetzesentwurfs zum *Gender Recognition Act 2004* sah vor, dass ein Frau-zu-Mann-Transsexueller die rechtliche Vaterschaft für ein Kind übernehmen könne, das seine Partnerin nach künstlicher Befruchtung geboren hat.²³⁴³ Die Bestimmung wurde aber nicht in das Gesetz übernommen. In Schweden hatte ein Frau-zu-Mann-Transsexueller seine Eintragung als Vater und nicht als Mutter beantragt. Vier Mal war ihm Recht gegeben worden, doch jedes Mal legte die Steuerbehörde Beschwerde

²³³⁶ Vgl. Art. 252 II ZGB (Schweiz), Art. 199 a BW (Niederlande), Art. 315 CC (Belgien), Art. 312 CC (Frankreich), Kap. 1, § 1 ElternG (Schweden), § 1I KinderG und § 2 I 1 Kinderversorgungsg (Dänemark), § 3 I KinderG (Norwegen).

²³³⁷ England sieht keine Vaterschaftsanerkennung vor.

²³³⁸ *Detbloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 107.

²³³⁹ Z.B. in Belgien Art. 332 I CC.

²³⁴⁰ *Detbloff*, Familienrecht, 32. Aufl. 2018, § 10 Rn. 109.

²³⁴¹ *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09, Rn. 30 – Hämäläinen/Finnland.

²³⁴² *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, 2015, S. 613–663 (659).

²³⁴³ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 271.

beim höheren Gericht ein – in letzter Instanz zog sie dann zurück.²³⁴⁴ Das Gericht argumentierte die Eintragung als leibliche Mutter widerspreche der Entscheidung die Geschlechtsidentität als Mann anzuerkennen. Das Prinzip der Geheimhaltung sei so gefährdet und es liege ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK vor. Auch wenn das Kind vor der rechtlichen Geschlechtsanerkennung geboren werde, gelte grundsätzlich das Prinzip der vollständigen rechtlichen Anerkennung des Geschlechts. Außerdem bestehe die Notwendigkeit das Privatleben des Kindes zu schützen. Dieses überwiege gegenüber dem öffentlichen Interesse an der Eintragung einer „biologischen Mutter“ zu jedem Kind. Eine ähnliche Entscheidung erging auch für ein nach der Geschlechtsanpassung geborenes Kind.²³⁴⁵

Hinsichtlich anderer Länder liegen keine gesicherten Angaben vor, damit ist zumindest kein Konsens feststellbar.²³⁴⁶

Für alle Länder, in denen eine starke Bindung des Rechts an den Grundsatz *mater semper certa est* gegeben ist, ist davon auszugehen, dass eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle nicht rechtlich als Mutter anerkannt werden kann.²³⁴⁷ Ebenso dürfte in den Ländern, in denen die Vaterschaft eines Ehemannes vermutet wird, ein verheirateter Frau-zu-Mann-Transsexueller Vater des Kindes seiner Ehefrau werden können. Sobald eine Überprüfung der Vaterschaft erfolgt oder eine ausdrückliche Anerkennung notwendig ist, sind Probleme zu erwarten.²³⁴⁸

bb. Resolution der Parlamentarischen Versammlung

Die Parlamentarische Versammlung veröffentlichte 2018 eine Resolution zur Gleichberechtigung im Privat- und Familienleben unabhängig von der sexuellen Orientierung.²³⁴⁹ Darin fordert sie die Mitgliedstaaten u.a. dazu auf die gemeinsame Adoption durch gleichgeschlechtliche Paare ohne Diskriminierung aus Gründen der sexuellen Orientierung zu ermöglichen und die automatische Anerkennung der Elternschaft auf gleichgeschlechtliche Partner zu erweitern, in allen Fällen, in denen dies für männlichen Ehepartner einer Mutter gilt (Nr. 4.5.2 und 3). Dabei wird in

²³⁴⁴ *Verwaltungsgericht Göteborg*, Entsch. v. 05.10.2015 – Az. 6186-14; <http://www.rfsl.se/en/vad-vi-gjorde-2015/vi-paaverkade-2015/> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

²³⁴⁵ *Verwaltungsgericht Stockholm*, Entsch. v. 09.07.2015 – Az. 3201-14

²³⁴⁶ Laut *Dethloff* ist in Belgien, den Niederlanden und Norwegen gesetzlich vorgesehen, dass der gebärende Frau-zu-Mann-Transsexuelle rechtlich Mutter des Kindes ist, *Dethloff*, Familienrecht, 32.

Aufl. 2018, § 10 Rn. 109. TGEU hingegen gibt an Belgien gehöre neben Malta, Slowenien und Schweden zu den Ländern die eine Elternschaft entsprechend der Geschlechtsidentität ermöglichen; https://tgeu.org/wp-content/uploads/2018/05/SideB_TGEU2018_Print.pdf (zuletzt aufgerufen 23.10.2018). Vgl. hinsichtlich Belgien auch *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, 2015, S. 613–663 (659).

²³⁴⁷ So für England, *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 270.

²³⁴⁸ Ein Beispiel aus der französischen Rechtsprechung findet sich in, *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 274 f.

²³⁴⁹ Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution Doc. 2239 (2018): Private and family life: achieving equality regardless of sexual orientation, 10.10.2018.

der Resolution die geschlechtsneutrale Formulierung „to the parent who has given birth“ verwendet. Vor allem aber wurden die Mitgliedsstaaten aufgefordert dafür zu sorgen, dass die Geschlechtsidentität von transsexuellen Eltern in den Geburtsurkunden von Kindern korrekt erfasst wird und sicherzustellen, dass auch Menschen mit anderen Geschlechtseinträgen als männlich und weiblich die Beziehung zu ihren Kindern diskriminierungsfrei anerkannt bekommen (Nr. 4.6).

cc. Rechtsprechung des EGMR

Eine Entscheidung des EGMR zur Abstammung bzw. Elternschaft bei leiblichen Kindern steht noch aus. Momentan ist ein Verfahren gegen Russland anhängig.²³⁵⁰

Der Beschwerdeführer (ein Frau-zu-Mann-Transsexueller, der ein Kind geboren hat) rügt nach Art. 8 der Konvention, dass der Staat seiner positiven Verpflichtung nicht nachgekommen sei, nicht nur seine Geschlechtsänderung, sondern auch seinen Personenstand und seine elterlichen Beziehungen anzuerkennen, ohne dass er fortlaufend seine Transsexualität offenlegen muss.

Das bereits ergangene Urteil zur Elternschaft von Transsexuellen erging 1997 und damit noch vor Anerkennung des Rechts auf Achtung der Geschlechtsidentität durch den EGMR fünf Jahre später.

(1) Zur Elternschaft von Transsexuellen: *X, Y und Z*

In der Sache *X, Y und Z* ging es um die Anerkennung eines Frau-zu-Mann-Transsexuellen (X) als Vater des Kindes (Z) seiner Partnerin (Y), welches durch anonyme künstliche Befruchtung gezeugt wurde (Anhang: Nr. 3.3.2).²³⁵¹ Zu dieser Zeit war es im Vereinigten Königreich noch nicht möglich eine Änderung des rechtlichen Geschlechts zu erreichen. Entsprechend konnten Transsexuelle auch keine heterosexuelle Ehe eingehen, weswegen ihnen wiederum die Möglichkeit einer Adoption versagt wurde. Besonderheiten des britischen Falles waren zum einen, dass X im Rahmen des Verfahrens zur Genehmigung der künstlichen Befruchtung (wie gesetzlich verlangt) aufgefordert worden war die Vaterschaft vorab anzuerkennen – was er auch tat. Die Eintragung in das Geburtenregister wurde ihm später jedoch verweigert. Zum anderen bestand die Möglichkeit eine *joint residence order* zu beantragen, welche zur Folge hätte, dass X die Erziehungsberechtigung zugesprochen würde.

Ein weiteres Mal unterschieden sich die Ergebnisse von Kommission und Gerichtshof. Während die Kommission eine Verletzung von Art. 8 EMRK feststellte und auf eine Prüfung von Art. 8 EMRK i.V.m. Art. 14 EMRK verzichtete, verneinte der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Familienlebens.

²³⁵⁰ EGMR, kommuniziert 23.02.2017 - 8650/12 – Y.P./Russland.

²³⁵¹ EGMR (GK), Ur. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

(a) Kommission und Gerichtshof

Zunächst bedurfte es der Feststellung, dass zwischen den Antragsstellern ein Familienleben bestand, obwohl keine Blutverwandtschaft bestand.²³⁵² Ausschlaggebend war für Gericht und Kommission eine Einzelbetrachtung, unter der Berücksichtigung verschiedener Faktoren. Z.B. ob das Paar zusammen lebt, der Zeitraum der Beziehung und ob die gegenseitige Beistandspflicht manifestiert wurde – z.B. durch gemeinsame Kinder.²³⁵³ Dass X als Mann in der Beziehung und von Anfang an als Vater von Z auftrat war damit ausschlaggebend.

Im zweiten Schritt galt es festzustellen, ob ein fairer Ausgleich zwischen den Interessen der Allgemeinheit und dem Individuum getroffen wurde. Dafür wurden die Folgen aufgeführt, die sich aus der Nichtanerkennung als Vater ergaben. So konnte sich ein Erbrecht von Z nur aus einem Testament von X ergeben.²³⁵⁴ Bei unehelichen Kindern hatte diese Situation zu einer Verletzung von Art. 8 EMRK geführt. Anders als die Kommission hilt der Gerichtshof die Möglichkeit ein Testament zu verfassen für ausreichend.²³⁵⁵ Die Geburtsurkunde wird im Vereinigten Königreich allgemein hin nicht zur Identifikation genutzt, nach Ansicht der Kommission ist ihr dennoch eine gewisse Bedeutung zuzusprechen. Ebenso müsse berücksichtigt werden, dass Dritte Einsicht in das Geburtenregister nehmen können. Der Gerichtshof hingegen stellte heraus, dass sich die Situation von Z, nicht von der Situation von anderen Kindern unterscheide, bei denen kein Vater im Geburtenregister vermerkt sei.²³⁵⁶ Insbesondere ergebe sich aus dem fehlenden Eintrag eines Vaters nicht zwangsläufig die Transsexualität von X.

Die *residence order* hat nach Ansicht der Kommission nicht die gleiche Bedeutung, wie eine rechtliche Anerkennung als Vater.²³⁵⁷ Auch wenn die Nichtanerkennung nicht zu direkten oder sichtbaren Nachteilen führe, so stelle die Nichtanerkennung selbst einen ernsthaften Nachteil dar.²³⁵⁸ In Gutachten von Experten, die die Beschwerdeführer vorgelegt hatten, wurde vertreten, dass der rechtliche Wert, mit welchem Familienbeziehungen versehen werden, Folgen haben kann für die soziale Geltung und die Wahrnehmung dieses Wertes durch die Betroffenen selbst. Dies könne Auswirkungen auf die Entwicklung und Identitätsfindung des Kindes haben. Die Nichtanerkennung einer Beziehung zwischen einem post-operativen Transsexuellen, der in einer heterosexuellen Beziehung lebt und seinem Partner und einem Kind, bedürfte einer Rechtfertigung.²³⁵⁹ Ein anderweitiges öffentliches Interesse sei

²³⁵² Vgl. dazu ausführlich D I 1 b bb (4) (a).

²³⁵³ *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 36 f. – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich; *EKMR*, Ber. v. 27.06.1995 – 21830/93, Rn. 50–59.

²³⁵⁴ *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 36 f. – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich; *EKMR*, Ber. v. 27.06.1995 – 21830/93, Rn. 63.

²³⁵⁵ *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 48 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁵⁶ *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 49 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁵⁷ *EKMR*, Ber. v. 27.06.1995 - 21830/93, Rn. 65.

²³⁵⁸ *EKMR*, Ber. v. 27.06.1995 - 21830/93, Rn. 66.

²³⁵⁹ *EKMR*, Ber. v. 27.06.1995 - 21830/93, Rn. 67.

aber nicht nachgewiesen worden.²³⁶⁰ Der Gerichtshof hingegen betonte die weite *margin of appreciation*: weder hinsichtlich Transsexualität noch in Bezug auf künstliche Befruchtung bestehe innerhalb der Vertragsstaaten ein Konsens.²³⁶¹ Ferner wies der Gerichtshof darauf hin, dass die Gemeinschaft als Ganzes ein Interesse daran habe ein kohärentes Familienrechtssystem zu haben, welches die Interessen des Kindes in den Vordergrund stelle. Welche Folgen eine rechtliche Anerkennung der Beziehung für Kinder wie Z hätte, sei laut Gerichtshof aber weder im Positiven noch im Negativen vorhersehbar.²³⁶² Letztlich sah der EGMR sich dazu angehalten, Zurückhaltung zu üben und wiederholte seine zuvor in den anderen Urteilen getätigte Aussage, dass Transsexualität komplexe wissenschaftliche, rechtliche, moralische und soziale Probleme aufbringe, für die es keinen allgemeinen geteilten Ansatz gäbe. Art. 8 impliziere keine Verpflichtung der Staaten formell jemanden als Vater eines Kindes zu akzeptieren, der nicht der biologische Vater sei.²³⁶³

Hinsichtlich der geltend gemachten Verletzung von Art. 14 i.V.m. Art. 8 sah der Gerichtshof keinen Unterschied zur Beschwerde bezüglich Art. 8.²³⁶⁴

(b) Sondervoten

Sowohl zum Bericht der Kommission als auch zum Urteil des EGMR ergingen Sondervoten. Ein Mitglied der Kommission stimmte mit dem Ergebnis des Berichts überein, legt den Begriff des Familienlebens jedoch so weit aus, dass alle Formen dauerhafter Beziehungen zwischen Erwachsenen und ihren Kindern oder den Kindern ihrer Partner grundsätzlich hierunter zu subsumieren seien.²³⁶⁵ Die abweichenden Meinungen betonten vor allem die Unsicherheiten hinsichtlich des Kindeswohls.²³⁶⁶ In den Meinungen zum Urteil des Gerichtshofs wurde trotz Zustimmung im Ergebnis die Beurteilung des Familienlebens im Sinne von Art. 8 EMRK kritisiert.²³⁶⁷ Weitere Ausführungen seien irrelevant, da es offensichtlich sei, dass jemand, der nicht der Vater eines Kindes, ist auch kein Recht habe als Vater anerkannt zu werden.²³⁶⁸

In den teilweise abweichenden Meinungen wurde unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit hinterfragt, warum das Vereinigte Königreich die Hormontherapie gestatte, sogar teilweise die geschlechtsanpassende Operation finanziere, teilweise Dokumente mit dem neuen Geschlecht ausstelle und die künstliche Befruchtung

²³⁶⁰ EKMR, Ber. v. 27.06.1995 - 21830/93, Rn. 68.

²³⁶¹ EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 44 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁶² EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 47, 51 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁶³ EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 52 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁶⁴ EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93, Rn. 56 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁶⁵ Übereinstimmende Meinung von H.G. Schermers zu EKMR, Ber. v. 27.06.1995 – 21830/93.

²³⁶⁶ Abweichende Meinung von Liddy/Reffi, Rn. 10, abweichende Meinung von Loucaides zu EKMR, Ber. v. 27.06.1995 – 21830/93.

²³⁶⁷ Übereinstimmende Meinung des Richters Pettiti zu EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁶⁸ Übereinstimmende Meinung des Richters De Meyer zu EGMR (GK), Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 – X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

genehmige, welche zur Geburt von Z führte.²³⁶⁹ Weiterhin sahen die Richter gerade keine negativen Folgen für das Kindeswohl.²³⁷⁰ Im Gegenteil betonte Richter *Gotchev* sogar, dass das Wohlergehen des Kindes die Festigung der Verbindungen innerhalb von *de-facto* Familien beinhalte. Diese Festigung von Verbindungen sei jedoch unabhängig von der Transsexualität des *social father*.²³⁷¹

(c) Zusammenfassung

Die wichtigsten Eckpunkte vor dem EGMR waren die Feststellung eines Familienlebens (und damit die Eröffnung des Schutzes der Beziehung unter der EMRK) und das Kindeswohl. Allerdings wurden keine genauen Angaben zu den Gefahren für das Kindeswohl gemacht. Zum Recht auf Kenntnis der Abstammung wurden keinerlei Ausführungen getätigt, was vermutlich daran liegt, dass es sich bei Y biologisch nicht um ein Kind von X handelt. Sofern es um die Eintragung als Elternteil eines biologischen Kindes geht, könnte dieser Aspekt auch vor dem EGMR Berücksichtigung finden, da dieses Recht auch dort anerkannt ist.

(2) Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung

Das Recht auf Kenntnis der eigenen Herkunft wird innerhalb der EMRK als ein Element der persönlichen Identität vom Recht auf Achtung des Privatlebens garantiert.²³⁷² Dabei unterliegt es einer Interessenabwägung.²³⁷³ Die oben aufgeführte französische Regelung, die den Schutz der Anonymität der Mutter gewährleistet, stellt keine Verletzung von Art. 8 EMRK dar.²³⁷⁴ Die Regelung eröffnet die

²³⁶⁹ Teilweise abweichende Meinung des Richters *Casadevall*, welcher sich die Richter *Russo/Makarzyk* angeschlossen haben zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 - X, Y und Z/Vereinigtes Königreich. Ähnl. die abweichende Meinung des Richters *Foigbel*, Rn. 6 f. und des Richters *Thór Vilhjálmsson*.

²³⁷⁰ Abweichende Meinung des Richters *Foigbel*, Rn. 4,7 zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 - X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁷¹ Abweichende Meinung des Richters *Gotchev* zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 22.04.1997 - 21830/93 - X, Y und Z/Vereinigtes Königreich.

²³⁷² Es könnte ebenso Teil des Familienlebens sein, da der EGMR ein Familienleben zwischen Eltern und Kind i.S.d. Art. 8 EMRK ab dem Zeitpunkt der Geburt annimmt, unabhängig vom Status zwischen den Eltern zu diesem Zeitpunkt. Vgl. *EGMR*, Urt. v. 26.05.1994 - 16969/90, Rn. 44 - *Keegan/Irland*. Unter Heranziehung dieses Ansatzes wurden die Rechte nichtehelicher Väter gestärkt.

²³⁷³ Nach Ansicht des EGMR stehen diesem Recht auf Kenntnis nicht nur das schützenswerte Interesse der Mutter gegenüber, auch bei der Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe bei der Geburt anonym zu bleiben, sondern auch die Rechte der Adoptiveltern und der leiblichen Verwandten sowie die Interessen der Allgemeinheit, Abtreibungen und Aussetzungen zu verhindern. *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.02.2003 - 42326/98, Rn. 44 f., 49 - *Odièvre/Frankreich*. Vgl. auch die Abwägung in *EGMR*, Urt. v. 07.02.2002 - 53176/99, Rn. 64 - *Mukulic/Kroatien*; *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.07.2006 - 58757/00, Rn. 37 ff. - *Jäggi/Schweiz* (Verweigerung des Rechts auf Kenntnis der eigenen Abstammung des rechtlich vaterlosen, erwachsenen Kindes verletzt Art. 8 EMRK).

²³⁷⁴ *EGMR (GK)*, Urt. v. 13.02.2003 - 42326/98, Rn. 49, 56 - *Odièvre/Frankreich*. Besprechung durch Wittinger, *Anonyme Geburt - endlich Klarheit?*, NJW 2003, S. 2138-2140.

Möglichkeit später die Geheimhaltung der Identität der Mutter aufzuheben, sofern diese zustimmt und einzelne Informationen über die Herkunft zu erhalten, die nicht auf die Identität der Mutter schließen lassen. Eine Regelung wie in Italien, nach der das Kind nicht einmal allgemeine Informationen über seine Herkunft erlangen kann, ist hingegen nicht mit der Konvention vereinbar, da sie gar keinen Raum für eine Abwägung der Interessen eröffnet.²³⁷⁵ Diesen beiden Urteilen lässt sich entnehmen, dass die *margin of appreciation* in Abstammungsfragen sehr weit geht. Das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung wird zwar als sehr wichtiges Menschenrecht eingestuft, gleichzeitig wird dem Recht und der korrespondierenden staatlichen Pflicht ausreichend entsprochen, wenn allgemeine Informationen über die Herkunft in Erfahrung gebracht werden können, die es nicht erlauben aus ihnen auf die Identität der Eltern zu schließen. Bei einer Entscheidung über die Existenz einer staatlichen Pflicht transsexuelle Eltern entsprechend ihrer Geschlechtsidentität in die Geburtenregistereinträge ihrer Kinder einzutragen, wäre diese Bewertung der Interessen der Kinder zu berücksichtigen.

(3) Ausblick

Sollte ein vergleichbarer Fall erneut vom EGMR zu entscheiden sein, ist das Ergebnis offen. Im Bereich der künstlichen Befruchtung besteht weiterhin kein klarer Konsens, allerdings entwickelt sich ein Trend dahingehend die Keimzellenspende zu erlauben.²³⁷⁶ Entwicklungen in diesem Bereich könnten zu einem anderen Ergebnis beitragen, weil die *margin of appreciation* anders zu beurteilen sein könnte. Für eine Änderung der Rechtsprechung spricht, dass inzwischen eine staatliche Pflicht zur Änderung des rechtlichen Geschlechts festgestellt wurde und dass aus dieser Änderung grundsätzlich auch eine Anpassung der Rechte und Pflichten zu folgen hat. Ferner vermerkte der Gerichtshof in *P.V.*, dass die Geschlechtsidentität einer Person an sich kein Grund sein darf, um das rechtliche Verwandtschaftsverhältnis, das Sorgerecht oder Besuchsrechte zu ändern.²³⁷⁷ Dies würde eine unzulässige Diskriminierung darstellen. Ausschlaggebend war für den Gerichtshof das Kindeswohl. Das Kindeswohl liegt dem Recht auf Familiengründung als leitendes Prinzip zu Grunde und dürfte deswegen auch bei weiteren Entscheidungen im Vordergrund stehen.²³⁷⁸ Gegen eine Änderung spricht, dass das Personenstandsrecht ein stark national geprägter Rechtsbereich ist und zur Frage der Elternschaft von Transsexuellen kein Konsens festgestellt werden kann.

²³⁷⁵ EGMR, Urt. v. 25.9.2012 – 33783/09, Rn. 57 f. – Godelli/Italien.

²³⁷⁶ Zur künstlichen Befruchtung vgl. EGMR (GK), Urt. v. 03.11.2011 – 57813/00, Rn. 94 – S.H. u.a./Österreich.

²³⁷⁷ EGMR, Urt. v. 30.11.2010 – 35159/09 – P.V./Spanien. Zur sexuellen Orientierung bereits EGMR, Urt. v. 01.12.1999 – 33290/96 – Mouta/Portugal.

²³⁷⁸ Vgl. auch *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 6.2.5; Yogyakarta-Prinzip Nr. 24 C.

c. EU

In einem Verfahren vor dem EuGH könnten sowohl das Recht auf Familiengründung in Art. 9 GR-Charta, als auch das Recht auf Achtung der Familie in Art. 7 GR-Charta von Bedeutung sein. Mit der Auslegung des Familienbegriffes hat sich der EuGH bisher zurückgehalten. Indem der EuGH den Begriff des Familienlebens und nicht nur den der Familie verwendet, deutet sich jedoch an, dass auch er nicht primär auf die Rechtsform abstellt, in der das Familienleben stattfindet, sondern den Schutzbereich über das tatsächliche Vorliegen eines Familienlebens bestimmt.²³⁷⁹ Ob es positive Auswirkungen für unverheiratete Paare haben wird, dass Art. 9 GR-Charta anders als Art. 7 GR-Charta die Familie selbstständig neben der Ehe führt, ist noch nicht ganz klar.²³⁸⁰ Auf Seiten des Kindes dürfte zusätzlich auf Art. 24 GR-Charta Bezug genommen werden, welcher die Rechte des Kindes schützen soll und insbesondere das Wohlergehen des Kindes (Abs. 1 S. 1) und das Kindeswohl (Abs. 2) betont.

Eine Beschäftigung des EuGH mit Abstammungsfragen und deren Dunstkreis könnten sich im Arbeitnehmerkontext ergeben. Die Richtlinie 92/85/EWG²³⁸¹ z.B. legt einheitliche Mindeststandards für den Gesundheitsschutz und die Verbesserung der Sicherheit von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen fest. Ferner betrifft sie den Mutterschaftsurlaub und Diskriminierung am Arbeitsplatz. Bereits die Übersetzungen der Richtlinien sind hier unterschiedlich.²³⁸² Der Titel der englischen Version der Richtlinie 92/85/EWG bezieht sich neutral auf *pregnant workers*. Die finnische Version verwendet eine ähnlich neutrale Sprache, da die finnische Sprache keine geschlechtsspezifischen Konjugationen kennt. Allerdings beziehen sich verwandte Bestimmungen, z. B. zum Mutterschaftsurlaub, ausdrücklich auf Frauen. Die deutsche, französische und niederländische Fassung hingegen verwendet die weibliche Form (Arbeitnehmerinnen, *travailleuses*, *werkneemsters*).

Die Richtlinie 2006/54/EG²³⁸³ schützt schwangere Arbeitnehmerinnen außerdem vor diskriminierenden Behandlungen, wie der Verweigerung jemanden einzustellen oder einen Vertrag zu verlängern. Art. 2 (2) (c) der Richtlinie verbietet „any

²³⁷⁹ *Marauhn*, in: Nowak/Heselhaus, Handbuch der Europäischen Grundrechte, 1. Aufl. 2006, § 19 Rn. 19; *Augsberg*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, GRCh Art. 7 Rn. 6.

²³⁸⁰ *Jarass*, Charta der GR der EU, 2. Aufl. 2013, Art. 9 Rn. 7.

²³⁸¹ Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG), ABl. Nr. L 348 v. 28.11.1992 S. 1–8.

²³⁸² Erkenntnis von *van den Brink/Dunne*, Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, in: European Commission (Hrsg.), 2018, S. 100.

²³⁸³ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. L 204 v. 26.7.2006, S. 23–36.

less favourable treatment of a woman related to pregnancy and maternity“.²³⁸⁴ Die Rechtsprechung des EuGH zur Schwangerschaftsdiskriminierung ging bisher davon aus, dass diese eine Form der direkten Diskriminierung von Frauen darstellt, da nur Frauen schwanger werden können.²³⁸⁵

Weiterhin ist fraglich, ob die einschlägigen nationalen Vorschriften einen Geschlechtsbezug aufweisen und ob sie auch für schwangere Frau-zu-Mann-Transsexuelle gelten, weil eine Auslegung orientiert am Merkmal des Schutzes der Schwangerschaft dies ermöglicht.

Im Rahmen der Resolution 2022/C 117/01²³⁸⁶ des Europäischen Parlaments wird außerdem die Problematik aufgeworfen, dass transgeschlechtliche Eltern, deren Ausweispapiere nach einem Grenzübertritt nicht anerkannt werden bzw. denen die Anerkennung ihres gesetzlichen Geschlechts verweigert wird, nicht als Eltern ihrer eigenen Kinder anerkannt werden.

d. Kinder und Elternschaft: Fazit

Fraglich ist was das Recht auf Kenntnis der Abstammung konkret garantiert: die Kenntnis der rechtlichen Zuordnung (die kaum einen Unterschied macht) oder die Kenntnis der tatsächlichen Zuordnung? Geht es nur um die Information der genetischen Abstammung, oder auch die Information, von wem das Kind ausgetragen und geboren wurde. Letzteres gibt jedoch nicht vor, dass ausschließlich das „alte“ Geschlecht und der alte Vorname sowie die Rolle als Mutter, Vater entsprechend der Fortpflanzungsfunktion übernommen werden müssen. Das Kindes muss viel mehr nur in die Lage versetzt werden, diese Information zu erhalten. Auch muss hinterfragt werden, ob für die persönliche Entwicklung des Kindes, welche hinter dem Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung steht, die Kenntnis der genetischen Abstammung oder des Zeugungsbeitrages ausschlaggebend ist.

Dem Recht auf Kenntnis der Abstammung kann man durch das ausschließliche Verwenden des „alten“ Geschlechts nicht gerecht werden, da dieses letztlich nicht der Realität entspricht. Eine Eintragung nur mit den alten Informationen würde viel mehr das zugunsten des Kindes geltende Offenbarungsverbot verletzen. Das deutsche Personenstandsregister soll ausschließlich die rechtliche Elternschaft wiedergeben, dass diese unabhängig vom biologische Beitrag bestehen kann, beweisen die Adoption, die nichtleibliche Vaterschaft des Ehemannes und die gleichgeschlechtliche Elternschaft.

Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde zum BGH Urteil vom September 2017 ohne Begründung (vgl. § 93d I 3 BVerfGG) nicht zur Entscheidung angenom-

²³⁸⁴ Hervorhebung durch Verfasserin.

²³⁸⁵ Vgl. *EuGH*, Urt. v. 08.11.1990, Rs. C-177/88, NJW 1991, S. 628 Rn. 12.

²³⁸⁶ *European Parliament*, Resolution of 14 September 2021 on LGBTIQ Rights in the EU (2021/2679(RSP)), Official Journal of the European Union C 117/2, 11.03.2022.

men.²³⁸⁷ Inzwischen sind beide BGH-Verfahren beim EGMR anhängig.²³⁸⁸ Aufgrund des allgemeinen Reformationsbedarfes des Abstammungsrechtes ist es sinnvoll, dass die Gesetzgeber sich der Sache annehmen und ein kohärentes System schaffen, das neben Transsexuellen, auch Menschen ohne Geschlechtseintrag oder mit einem anderen Eintrag als männlich/weiblich und homosexuellen Paaren gerecht wird.

Aus europarechtlicher Ebene kann keine sichere Prognose abgegeben werden, es spricht jedoch einiges für eine zurückhaltende Beurteilung durch die Gerichte.

III. Geschlechtsangleichende Maßnahmen: Zugang und Kostenübernahme

In vielen Ländern sind die juristische und medizinische Geschlechtsangleichung versagt oder noch an nicht unerhebliche Voraussetzungen geknüpft. Dazu können zwingend vorgeschriebene operative Maßnahmen, die Sterilisation oder auch hohe Kosten gehören.²³⁸⁹ In den international anerkannten Klassifizierungssystemen für Krankheiten wird Transsexualität als psychische Gesundheitsstörung bzw. als Geistes- und Verhaltensstörung geführt.²³⁹⁰ Diese medizinischen Diagnosen stellen die Basis für eine Einordnung als Krankheit, welche wiederum Grundlage für die Kostenerstattung durch Krankenversicherungen bildet. Allerdings gibt es bei weitem nicht in allen Ländern einen gesicherten Zugang zu medizinisch überwachten und bezahlbaren Maßnahmen.²³⁹¹ Auch Qualitätsstandards für Operationen bestehen vielfach nicht. Inwiefern ein Anspruch auf Zugang zu den Maßnahmen und auf die Übernahme der Kosten durch Krankenkassen besteht, wird in diesem Abschnitt dargestellt.

²³⁸⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 15.05.2018 - 1 BvR 2831/17.

²³⁸⁸ *EGMR*, kommuniziert 06.02.2019 - 53568/18 und 54741/18 – O.H. und G.H./Deutschland; *EGMR*, kommuniziert 22.06.2020 - 7246/20 – A.H. u.a./Deutschland.

²³⁸⁹ *Mittag/Sauer*, Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität und Menschenrechte im internationalen Kontext, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 55 (58).

²³⁹⁰ Vgl. dazu ausführlich B IV.

²³⁹¹ *Mittag/Sauer*, Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität und Menschenrechte im internationalen Kontext, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 55 (58).

1. Anspruch auf Zugang zu OP

Aus der Garantie auf sexuelle Selbstbestimmung folgt das Recht des Einzelnen ein Leben entsprechend seiner Geschlechtsidentität zu verwirklichen.²³⁹² Ein generelles staatliches Verbot von medizinisch indizierten Geschlechtsumwandlungen wäre sowohl mit dem Grundgesetz, als auch mit der EMRK unvereinbar.²³⁹³ Der EGMR hat in *L. gegen Litauen* anerkannt, dass Transsexuelle einen Anspruch auf Zugang zu geschlechtsanpassenden Operationen haben – zumindest ausdrücklich dann, wenn diese Voraussetzung für eine umfassende Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität sind.²³⁹⁴ Es sei nur eine kurzfristige Lösung die Operationen im Ausland durchführen zu lassen und zur Gänze oder zum Teil vom Staat finanzieren zu lassen.²³⁹⁵ Budgetäre Knappheit in der öffentlichen Gesundheitsversorgung dürfe vom Staat zwar berücksichtigt werden, gleichzeitig müssten aber auch die geringe Zahl der betroffenen Personen und die daher nicht besonders große Belastung des Staates berücksichtigt werden. Nach Ansicht des ehemaligen Kommissars für Menschenrechte hat der EGMR damit allgemein den Staaten die Pflicht auferlegt für die Möglichkeit von operativen Eingriffen zur umfassenden Geschlechtsangleichung zu sorgen.²³⁹⁶ Das Urteil in der Sache *Y.Y.* verschaffte etwas Klarheit.²³⁹⁷ Art. 8 EMRK umfasse auch das Recht über seinen eigenen Körper zu verfügen. Daraus folge kein uneingeschränktes Recht auf Vornahme einer Geschlechtsanpassung, allerdings bestehe auf internationaler Ebene weitgehend Einigkeit, dass bei Transsexualität eine medizinische Behandlung gerechtfertigt sei.

Das Recht auf Zugang zu geschlechtsangleichenden Maßnahmen könnte als Frage der Dienstleistungsfreiheit durch den EuGH zu beurteilen sein, wenn national geschlechtsanpassende Operationen verboten werden aber ein Arzt sie trotzdem anbieten will. Ärztliche Behandlungen werden schon lange als Dienstleistungen im Sinne der Art. 56, 57 AEUV qualifiziert.²³⁹⁸ Sozialversicherte Patienten können außerdem grundsätzlich Gesundheitsleistungen in einem anderen EU-Mitgliedstaat in Anspruch nehmen und den Ersatz der Kosten vom jeweiligen Sozialversicherungsträger in ihrem Heimatland entsprechend der geltenden Tarifbedingungen verlan-

²³⁹² Nach *Walter* könnte das Heilungsinteresse des Transsexuellen im Konflikt mit den Interessen von Ehepartnern und Kindern stehen, vgl. *Walter*, Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263 (266 rechts). Es ist allerdings nicht vorstellbar, dass der Verzicht auf eine Operation wirklich im Interesse der Familie ist, denn Erwartungen und Wünsche der Familie an die Wahrnehmung von geschlechtsspezifischen Funktionen werden von der transsexuellen Person, die dieses Geschlecht ablehnt, im Zweifel auch so nicht erfüllt werden.

²³⁹³ Zum Grundgesetz, vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 76. EGL 2015, Art. 2 GG Rn. 201.

²³⁹⁴ *EGMR*, Ur. v. 11.09.2007 - 27527/03, Rn. 57–59 – L./Litauen.

²³⁹⁵ *Ibid.*, Rn. 59.

²³⁹⁶ *Hammarberg*, Menschenrechte und Geschlechtsidentität, Themenpapier, Europarat/Kommissar für Menschenrechte, 2010, Abschnitt 3.3 S. 17.

²³⁹⁷ *EGMR*, Ur. v. 10.03.2015 - 14793/08, Rn. 65 – Y. Y./Türkei. Vgl. dazu D II 3 b bb (2).

²³⁹⁸ *EuGH*, Ur. v. 31.01.1984, Rs. 286/82, 26/83 – Luisi und Carbone/Ministero dello Tesoro, Slg. 1984, 377, 403, Rn. 16.

gen.²³⁹⁹ Eine Beschränkung solcher Leistungen könnte jedoch bei einer erheblichen Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts gerechtfertigt sein.²⁴⁰⁰

2. Kostenübernahme

Eine andere Frage ist, ob für die anfallenden Kosten eine Übernahmepflicht der Krankenkassen besteht. Der mögliche Maßnahmenkatalog geht dabei über die geschlechtsangleichende Operation der Geschlechtsteile hinaus und umfasst neben der Hormontherapie²⁴⁰¹ beispielsweise auch Kehlkopf- und Stimmbandoperationen, die dauerhafte Haarentfernung und Brustvergrößerungen (Mammaaugmentationsplastik).

a. Deutschland

In den 1970er Jahren wurden die wenigen Kostenübernahmeanträge, die es in Deutschland gab noch meist positiv beschieden.²⁴⁰² Erst mit dem Grundsatzurteil der BVerfG 1978 und gleichzeitig steigenden Sparzwängen änderten die Versicherungsträger dies. Hauptargument war nicht die Sittenwidrigkeit der Maßnahmen, die Ablehnung erfolgte, weil es sich um kosmetische Eingriffe handele. Eine Klärung erfolgte durch die Rechtsprechung der Sozialgerichtsbarkeit. Für die gesetzlichen Krankenversicherungen ergibt sich eine etwaige Kostentragungspflicht aus § 27 SGB V. Dieser setzt zuallererst voraus, dass eine Krankheit vorliegt.

aa. Krankheitsbegriff

Mangels gesetzlicher Definition des Vorliegens einer Krankheit, war das BSG aufgefordert eine Definition zu entwickeln. Seit Jahrzehnten wird Krankheit definiert als ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder – zugleich oder ausschließlich – Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.²⁴⁰³ Regelwidrig ist der Zustand dann, wenn der Gesundheitszustand des Versicherten vom Leitbild eines gesunden Menschen abweicht.²⁴⁰⁴ Der Zustand bedarf einer Heilbehandlung, wenn durch sie der regelwidrige körperliche und geistige Zustand besei-

²³⁹⁹ Müller-Terpitz, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, GRC Art. 35 Gesundheitsschutz, Rn. 76.

²⁴⁰⁰ *EuGH*, Urt. v. 12.07.2001, Rs. C-157/99 – Smits/Stichting Ziekenfonds VGZ, Slg. I-5473, 5533, Rn. 72 ff.

²⁴⁰¹ Die Behandlung mit gegengeschlechtlichen Hormonen ist in Deutschland inzwischen Teil der Standardbehandlung und ihre Kostenübernahme bei Vorliegen der Diagnose, der psychotherapeutischen Behandlung und dem Alltagstest gesichert, *Pichlo*, *Transsexualismus – leistungsrechtliche und gutachterliche Kriterien für geschlechtsangleichende somatische Maßnahmen aus Sicht des MDK Nordrhein*, in: Groß/Neuschaefer-Rube/Steinmetzer (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, 2008, S. 119–129 (125 f.).

²⁴⁰² *Pjäfölin*, *Geschlechtsumwandlung*, in: Roxin/Schroth (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl. 2010, S. 646 (665 ff.).

²⁴⁰³ St. Rspr., vgl. nur *BSG*, Urt. V. 20.10.1972 – Az. 3 RK 93/71, BSGE 35, 10 (12).

²⁴⁰⁴ *BSG*, Urt. v. 28.04.1967 – Az. 3 RK 12/63, BSGE 26, 240 (242).

tigt oder verbessert, Verschlechterungen verhindert oder Beschwerden gemindert werden können.²⁴⁰⁵ Die Leistungspflicht der Krankenkasse umfasst dagegen grundsätzlich nicht die Kosten für operative Eingriffe in einen regelrechten Körperzustand, um auf diesem Wege eine psychische Störung zu beheben oder zu lindern.²⁴⁰⁶ Das Verhältnis zwischen seelischem und körperlichem Zustand gehört nach Ansicht des LSG Stuttgart dennoch dazu, so dass Transsexualität eine Krankheit in diesem Sinne darstelle.²⁴⁰⁷ Bei Transsexualität bestehe eine Diskrepanz zwischen dem subjektiven Geschlechtsempfinden und dem objektiven Erscheinungsbild, so dass der psychische vom biologisch, körperlichen Zustand regelwidrig abweiche. Zwar ist Transsexualität nicht heilbar aber das spreche nicht gegen eine Leistungspflicht für Hormonbehandlungen und operative Geschlechtsanpassungen, da durch sie so weit wie möglich dem Leiden Abhilfe verschafft werden könne.²⁴⁰⁸ Diese Überlegung ist auch der Argumentation entgegenzustellen, die gegen die Übernahme einwendet, dass keine umfassende Annahme des anderen Geschlechts möglich sei. Mittlerweile ist auch für die privaten Krankenkassen eine Übernahmepflicht gerichtlich festgestellt worden.²⁴⁰⁹ Transsexualität stellt allerdings nur dann eine behandlungsbedürftige Krankheit im Sinne des Krankenversicherungsrechts dar, wenn psychiatrische und psychotherapeutische Mittel das Spannungsverhältnis nicht zu lindern oder zu beseitigen vermögen.²⁴¹⁰ Folgerichtig wurde die Kostenerstattungspflicht für eine Mann-zu-Frau-Transsexuelle abgelehnt, die sich vorher keiner psychiatrischen oder psychotherapeutischen Behandlung unterzogen hatte.²⁴¹¹ Teilweise wird dies als Zwangstherapie kritisiert.

Das BSG wich in seinem Urteil vom 06.08.1987 von der bisherigen Herangehensweise des LSG Stuttgart ab.²⁴¹² Das Gericht vermerkte richtigerweise, dass es auch nicht behandlungsbedürftige Transsexuelle gibt, die nicht als krank betrachtet werden können.²⁴¹³ Nicht alle wünschen eine körperliche Angleichung und nicht alle benötigen eine therapeutische Begleitung beim *passing*. Die Regelwidrigkeit ergibt sich daher nach Ansicht des BSG stets individuell aus dem mit der Transsexualität verbundenen Leidensdruck. Vorausgesetzt wird vom BSG teilweise eine

²⁴⁰⁵ Vgl. BSG, Urte. v. 20.10.1972 – Az. 3 RK 93/71, BSGE 35, 10 (12).

²⁴⁰⁶ Vgl. BSG, Urte. v. 10.02.1993 – Az. 1 RK 14/92, BSGE 72, 96.

²⁴⁰⁷ Grundlegend dazu: LSG Stuttgart, Urte. v. 27.11.1981 – L 4 Kr 483/80, NJW 1982, 718–719. Zuvor bereits bejaht von Spengler, Transsexualität – eine Krankheit im Sinn der RVO, NJW 1978, 1192–1193.

²⁴⁰⁸ LSG Stuttgart, Urte. v. 27.11.1981 – Az. L 4 Kr 483/80, NJW 1982, 718 (719).

²⁴⁰⁹ OLG Köln, 11.04.1994 – Az. 5 U 80/93, VersR 1995, 447.

²⁴¹⁰ LSG Stuttgart, Urte. v. 27.11.1981 – L 4 Kr 483/80, NJW 1982, 718–719

²⁴¹¹ BSG, Beschl. v. 20.06.2005 – Az. B 1 KR 28/04 B, juris Rn. 5.

²⁴¹² Der Österreichische OGH berief sich 1995 auf diese Rechtsprechung, Zur Kostentragung in Österreich, vgl. Greif, Doing Trans/Gender, 2005, S. 186–188.

²⁴¹³ BSG, Urte. v. 06.08.1987 – Az. 3 RK 15/86, BSGE 62, 83 (83 f.).

„tief greifende Störung mit sowohl seelischen als auch körperlichen Beeinträchtigungen“ und „massive [...] Krankheitserscheinungen“.²⁴¹⁴

Zur Frage der Beweiswürdigung für den Nachweis die Notwendigkeit von operativen Eingriffen durch den Antragssteller dürften die Anforderungen nach dem Urteil des EGMR in *van Kück gegen Deutschland* nicht mehr allzu hoch sein (vgl. dazu den Abschnitt zur EMRK).²⁴¹⁵ Nach Ansicht des Gerichtshofs ist die Feststellung der medizinischen Notwendigkeit geschlechtsangleichender Maßnahmen wegen ihrer Heilwirkungen bei Transsexuellen keine Rechtsfrage.²⁴¹⁶ Dies betrifft zum einen Ausführungen von Sachverständigen.²⁴¹⁷ Zum anderen müsse keine Heilung der Transsexualität erreicht werden; eine je nach Einzelfall zu erwartende Verbesserung der sozialen Lage und damit einhergehende Minderung des Leidensdrucks reiche aus.²⁴¹⁸

bb. Leistungsumfang

Die Begründung des Krankheitswertes für Transsexuelle erfolgt bewusst in Abweichung zur sonstigen Ablehnung der Übernahme von Kosten für Eingriffe in gesunde Körper, die sonst wie psychisch motiviert sind.²⁴¹⁹ Eine Form des gesteigerten Perfektionismus mit immer weitergehenden Operationswünschen kommt bei einzelnen Personen vor.²⁴²⁰ Es stellt sich die Frage nach dem Umfang der Kostenerstattungspflicht. Die zu gewährenden Maßnahmen werden dann abgelehnt, wenn es nach Ansicht der Rechtsprechung um die Verwirklichung von Schönheitsidealen geht.²⁴²¹ Die Rechtsprechung betrifft insbesondere das Anliegen eine Brustvergrößerung vornehmen zu lassen. Die Gerichte lehnten diese unter anderem dann ab, wenn bereits eine deutliche Annäherung an das weibliche Geschlecht erreicht wurde.²⁴²² Sie betonten, dass auch in der durchschnittlichen Cis-Bevölkerung ein A-

²⁴¹⁴ Vgl. BSG, Urt. v. 19.10.2004 – Az. B 1 KR 3/03 R, BSGE 93, 252 (256 f.); BSG, Urt. v. 28.09.2010 – Az. B 1 KR 5/10 R, NJW 2011, 1899 (1899). Milder das LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.01.2012 – Az. L 5 KR 375/10, NZS 2012, 621, BecksRS 2012, 67462.

²⁴¹⁵ Das BVerfG hatte zuvor die Verfassungsbeschwerde nicht angenommen: BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 25.10.1996; zuvor KG Berlin, Urt. v. 27.01.1995 – Az. 6 U 6696/93, r+s 1995, 393. Es handelte sich um eine private Krankenversicherung.

²⁴¹⁶ EGMR (GK), Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 54, 81 – Van Kück/Deutschland.

²⁴¹⁷ Dazu Ulsenheimer, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl. 2010, § 128 Rn. 9.

²⁴¹⁸ EGMR (GK), Urt. v. 13.06.2003 - 35968/97, Rn. 55 – Van Kück/Deutschland.

²⁴¹⁹ Kritisch zum Vergleich und der unterschiedlichen Behandlung gegenüber cissexuellen Menschen „mit anderen psychischen Störungen“, Wielpütz, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 286.

²⁴²⁰ Vor allem bei Mann-zu-Frau-Transsexuellen, vgl. Hirschauer, Die soziale Konstruktion der Transsexualität, 1993, S. 241. Siehe auch Vetter, Sexualität, 2007, S. 281.

²⁴²¹ Zustimmend aufgrund des Gleichbehandlungsgebotes gegenüber nichttranssexuellen Versicherten, Spickhoff, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 8 TSG Rn. 8.

²⁴²² LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.01.2012 – Az. L 5 KR 375/10, BecksRS 2012, 67462; BSG, Urt. v. 11.09.2012 – Az. B 1 KR 11/12 R, BeckRS 2012,75767; BSG, Urt. v. 11.09.2012 – Az. B 1 KR 9/12 R, BeckRS 2012,75488. Für den Fall einer Intersexuellen vgl. BSG, Urt. v. 04.03.2014 – Az.

Körbchen vorkomme²⁴²³ oder ein Birnentyp nicht nur bei Frauen, sondern ebenfalls bei 20-30% der adipösen Männer vorkomme²⁴²⁴.

Der Leistungsanspruch ist ebenfalls beschränkt, was die Wahl des Leistungserbringers angeht. So muss nicht die Versorgung in einer aus Sicht des Versicherten am besten qualifizierten (Privat-)Klinik gewährt werden, sondern nur die Behandlung in einem nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhaus, welches den Regeln der ärztlichen Kunst, den anerkannten Qualitätsstandards und dem Wirtschaftlichkeitsgebot genügt (vgl. §§ 2 I, 12 I, 28 I 1, 137 c SGB V).²⁴²⁵ Da die privaten Kliniken in diesem Bereich teilweise jedoch wesentlich weiter entwickelte Techniken haben, die Eingriffe häufig zu weniger Komplikationen führen und weniger Operationen notwendig sind ist dies fragwürdig.²⁴²⁶

cc. Verfassungsrechtlicher Kontext

Den verfassungsrechtlichen Kontext für den Leistungsanspruch bilden das Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG), das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG) und die allgemeine Handlungsfreiheit. Daneben bestehen Bezüge zum Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 I 1 GG).

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit gewährt primär ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit und ist gerade nicht Grundlage für Leistungsansprüche gegen den Staat und gewährt kein umfassendes Recht auf Gesundheit oder auf Heil- und Krankenfürsorge.²⁴²⁷ Die Schutzpflichtdimension verpflichtet den Gesetzgeber zwar dazu nicht gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich Vorkehrungen zum Schutz der Grundrechte zu treffen, jedoch nicht konkrete Leistungen zu gewähren.²⁴²⁸ Die beschränkten finanziellen Mittel der Krankenkassen und ihre Aufgabe für alle Versicherten einen einheitlichen Versorgungsstandard zu gewährleisten führen zu einem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bezüglich des Leistungsumfanges der Krankenkassen.

Dieser Gestaltungsspielraum wird durch das Recht auf Achtung der Geschlechtsidentität begrenzt. In besonders gelagerten Fällen können die Grundrechte die Gerichte zu einer grundrechtsorientierten Auslegung der maßgeblichen Vor-

B 1 KR 69/12 R, BeckRS 2014, 68491. Vgl. auch die Abgrenzung im Falle der Brustvergrößerung einer Cissexuellen, BfG, Urt. v. 19.10.2004 – Az. B 1 KR 3/03 R, BSGE 93, 252, BeckRS 2005, 40761; sowie bei einer Beinverlängerung, OVG Münster, Urt. v. 24.01.2011 – Az. 1 A 527/08, BeckRS 2011, 47172.

²⁴²³ BfG, Urt. v. 11.09.2012 – Az. B 1 KR 11/12 R, BeckRS 2012, 75767; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 25.01.2012 – Az. L 5 KR 375/10, BeckRS 2012, 67462.

²⁴²⁴ LSG Hamburg, Urt. v. 31.01.2013 – Az. L 1 KR 39/11, BeckRS 2013, 67209.

²⁴²⁵ BfG, Urt. v. 30.10.2003 – Az. B 1 KR 1/04 B, BeckRS 9999, 07691; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 29.08.2012 – Az. L 9 KR 244/11, BeckRS 2013, 73521.

²⁴²⁶ Angstein, Zur Kostenübernahmepflicht der Krankenkasse, in: Stalla (Hrsg.), Therapieleitfaden Transsexualität, 2006, S. 51–57 (53).

²⁴²⁷ Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 76. EGL 2015, Art. 2 II GG Rn. 51, 57.

²⁴²⁸ *Ibid.*, Art. 2 II GG Rn. 94.

schriften des Krankenversicherungsrechts verpflichten.²⁴²⁹ Transsexuellen Menschen muss es daher grundsätzlich ermöglicht werden entsprechend ihrer Geschlechtsidentität zu leben.

Weiterhin stellt die gesetzliche Krankenversicherung als öffentlich-rechtliche Pflichtversicherung einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit dar. Die Mitglieder der Krankenkassen sind zur Leistung ihrer Beiträge verpflichtet, so dass ein Grundrechtseingriff vorliegt, wenn einzelne Leistungen vorenthalten oder wesentlich gemindert werden.²⁴³⁰ Derartige Eingriffe können jedoch gerechtfertigt sein. Die einfachgesetzlichen Ausformungen des SGB V (wie §§ 27 I, 39 I 2, 12 I I) sind Teil der verfassungsmäßigen Ordnung (Art. 2 I GG) und begrenzen den Leistungsanspruch auf solche Maßnahmen, die erforderlich und wirtschaftlich sind. Die Berücksichtigung von wirtschaftlichen Erwägungen ist ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel, um die Aufgaben einer allgemeinen Gesundheitsfürsorge zu sichern.²⁴³¹ Dabei sollte in der Praxis berücksichtigt werden, dass langjährige psychotherapeutische Behandlungen ebenfalls ein nicht unerheblicher Kostenfaktor sind.

Das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 I, 28 I 1 GG) wiederum ist eine Staatszielbestimmung, die dem Staat eine Aufgabe erteilt aber ihm gleichzeitig für die Verwirklichung dieser Aufgabe einen weiten Gestaltungsraum zugesteht.²⁴³² Der Aufgabe, jedermann unabhängig von Alter und Einkommen den Zugang zu notwendiger medizinischer Versorgung zu gewähren, ist der Staat vor allem durch die gesetzliche Krankenversicherung nachgekommen.²⁴³³ Konkrete subjektive Rechte des einzelnen Bürgers gegenüber dem Staat (wie etwa Leistungsansprüche), können aus der Sozialstaatlichkeit hingegen grundsätzlich nicht abgeleitet werden.²⁴³⁴

dd. Ergebnis

Der Staat muss ermöglichen, dass Transsexuelle ihrer Geschlechtsidentität entsprechend leben können. Dies umfasst den prinzipiellen Zugang zu geschlechtsangleichenden Operationen und sofern notwendig auch die Kostenübernahme für einzelne Maßnahmen durch die Krankenkassen, da es dem Einzelnen finanziell nicht zumutbar ist alle Kosten selbst zu tragen. Gleichzeitig besteht für den Staat bei der Ausgestaltung seiner Pflichten ein Ermessensspielraum, aufgrund dessen kein Anspruch auf die Kostenübernahme für alle denkbaren Maßnahmen besteht, insbesondere nicht für solche, die einem Idealbild entsprechen. Eine, wie bisher in der Rechtsprechung herangezogene, anspruchsbegrenzende Umschreibung als „weit-

²⁴²⁹ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, NJW 2006, 891–894 (892 Rn. 55 f.). Insbesondere in Fällen der Behandlung einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung.

²⁴³⁰ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, NJW 2006, 891–894 (892 Rn. 83).

²⁴³¹ Vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 06.12.2005 – 1 BvR 347/98, NJW 2006, 891–894 (893 Rn. 57).

²⁴³² Vgl. mit umfassenden Nachweisen aus der Rechtsprechung, *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 76. EGL 2015, Art. 20 GG Rn. 19.

²⁴³³ *Steiner*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, Art. 20 GG Rn. 5.

²⁴³⁴ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 76. EGL 2015, Art. 20 GG Rn. 19.

gehende Angleichung an das Gegengeschlecht“ ist grundrechtskonform. Bedenklich ist allerdings, ob hierbei nicht berücksichtigt werden müsste, dass für ein gutes *passing* von Transsexuellen eine gewisse Eindeutigkeit notwendig ist. Anders als bei Menschen, die von Geburt an körperlich ihrem Geschlecht entsprechen, gibt es bei Transsexuellen fast immer noch einzelne körperliche Merkmale, die auf ihr Geburtsgeschlecht hindeuten und ihr Auftreten im Geschlecht in Frage stellen können. Auch haben die Körper von Mann-zu-Frau-Transsexuellen häufig einen größeren Brustkorb, so dass kleine Brüste proportional anders wirken. Insofern macht es einen großen Unterschied, ob eine Cis-Frau ein A-Körbchen hat oder eine Trans-Frau. Verhältnismäßig wenig invasive und weniger kostenintensive, kosmetische Behandlungen, wie die dauerhafte Entfernung der Barthaare, haben teilweise weitreichendere Auswirkungen auf ein erfolgreiches soziales *passing*, als Angleichungen der Genitalien.²⁴³⁵ Die Rechtsprechung geht hier teilweise fehl und setzt Transsexuelle so gezielt Diskriminierungen aus, wenn sie nicht auf ein erfolgreiches *passing* abstellt. In seiner Entscheidung vom 11.01.2011 erklärte das BVerfG den unbedingten und ausnahmslosen Zwang zur geschlechtsanpassenden Operation in § 8 I Nr. 4 TSG für verfassungswidrig.²⁴³⁶ Ob sich aus dieser Entscheidung Folgen für den Umfang der Kostenübernahmeverpflichtung der Krankenkassen ergeben ist noch unklar.²⁴³⁷ Die folgende Rechtsprechung lässt dies bisher nicht vermuten, da das BSG 2012 erneut von einer grundsätzlichen Kostentragungspflicht ausging.²⁴³⁸ Dieser Befürchtung könnte dennoch entgegengewirkt werden durch die gesetzliche Normierung einer Leistungspflicht der Krankenkassen, für solche Leistungen, die für die Minderung des Leidensdruckes von transsexuellen Menschen medizinisch notwendig sind. Da auch die Leistungspflicht für künstliche Befruchtung ausdrückliche normiert wurde (§ 27 a SGB V) wäre dies dem Sozialrecht auch nicht völlig fremd und nicht systemwidrig. Nicht empfehlenswert wäre es konkrete Maßnahmen aufzuzählen, da die Bedürfnisse und Möglichkeiten individuell unterschiedlich sind und die medizinischen Methoden sich immer weiterentwickeln.

²⁴³⁵ Deswegen sollten auch die Kosten für die Behandlung bei einer Kosmetikerin und nicht nur durch einen Arzt übernommen werden, vgl. *LSG Baden-Württemberg*, Urt. v. 27.01.2009 – Az. I 11 KR 3126/08; *Augstein*, Zur Kostenübernahmepflicht der Krankenkasse, in: Stalla (Hrsg.), Therapieleitfaden Transsexualität, 2006, S. 51–57 (54).

²⁴³⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, BVerfGE 128, 109.

²⁴³⁷ *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 128. Vgl. dazu *LSG Baden-Württemberg*, Urt. v. 25.01.2012 – Az. L 5 KR 375/10, BecksRS 2012, 67462.

²⁴³⁸ *BSG*, Urt. v. 11.09.2012 – Az. B 1 KR 11/12 R; B 1 KR 9/12 R; B 1 KR 3/12 R.

b. EMRK

In seinen ersten Urteilen wies der EGMR nur darauf hin, dass geschlechtsanpassende Operation und weitere Behandlung im Vereinigten Königreich über den nationalen Gesundheitsdienst finanziert werden konnten.²⁴³⁹ Außerdem waren sie zu diesem Zeitpunkt (1986) ohne rechtliche Formalitäten möglich. In einem großen Teil der Mitgliedstaaten sieht das heute anders aus. Weder der Zugang noch die (umfassende) Finanzierung von Operationen oder der Hormonbehandlung sind gesichert.²⁴⁴⁰ Zwischen den Ländern, in denen umfassende oder teilweise geschlechtsangleichende Maßnahmen möglich sind, bestehen signifikante Unterschiede.²⁴⁴¹ Wenn in den Mitgliedstaaten geschlechtsangleichende Therapien möglich sind, dann meist ab dem 18. Lebensjahr. Wenige Länder ermöglichen auch pubertätsverzögernde und psychotherapeutische Behandlungen für Jugendliche unter 18 Jahren.²⁴⁴²

aa. Schlumpf gegen die Schweiz

Zur Frage, ob die Konvention ein Recht auf Rückerstattung der mit einer operativen Geschlechtsumwandlung einhergehenden Kosten garantiert, wurde vom EGMR 2009 in der Sache *Schlumpf* am Rande Bezug genommen. Dabei war dies gar nicht die entscheidende Frage.

Die Rechtsprechung des Schweizer Eidgenössischen Versicherungsgerichts sah vor, dass eine Kostenübernahmepflicht nur besteht, wenn „echte Transsexualität“ vorliegt, was durch einen zweijährigen Beobachtungszeitraum unter Begleitung einer Hormon- bzw. Psychotherapie zu beweisen sei. Die Beschwerdeführerin war u.a. aufgrund ihres Alters (Geburtsjahr 1937) nicht gewillt diese Wartezeit einzuhalten. Die von ihr benannten Sachverständigen, die ihre „echte Transsexualität“ bestätigten, wurden von den Gerichten nicht berücksichtigt. Teilweise wurde ihre Transsexualität durch das Gericht selbst gar nicht in Frage gestellt, eine Kostenübernahme jedoch letztlich abgelehnt. Bereits in *Van Kück* war festgestellt worden, dass die Gerichte verpflichtet sind die Gutachten von Sachverständigen einzuholen. Indem das Schweizer Gericht sich ausschließlich auf eine abstrakte Regel bezog, die ihren Ursprung in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1988 hatte und es der Beschwerdeführerin nicht gestattete, einen derartigen Beweis zu führen, stellte es seine eigenen Ansichten über jene von Mediziner*innen und Psychiater*innen dar. Dies stellt eine Verletzung von Art. 6 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren) dar.

²⁴³⁹ EGMR, Urt. v. 17.10.1986 - 9532/81, Rn. 16 – Rees/Vereinigtes Königreich.

²⁴⁴⁰ Hammarberg, Menschenrechte und Geschlechtsidentität, Themenpapier, Europarat/Kommissar für Menschenrechte, 2010, Abschnitt 3.3 S. 18.

²⁴⁴¹ Council of Europe: Parliamentary Assembly, Report Doc. 13742 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 02.04.2015, Rn. 54.

²⁴⁴² Für einen groben Überblick vgl. Hammarberg (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Report: Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, September 2011, S. 109 ff.

In seinen Ausführungen zur Opfereigenschaft i.S.v. Art. 34 EMRK unter Art. 8 EMRK merkte der EGMR dann nebenbei an, dass es zutreffe, dass die Konvention kein Recht auf Rückerstattung der mit einer operativen Geschlechtsumwandlung einhergehenden Kosten garantiere.²⁴⁴³ Ebenso sei es richtig, dass die Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich daran gehindert worden war, sich dem medizinischen Eingriff zu unterziehen. Dennoch sei die Anwendung der Zwei-Jahres-Frist, in Missachtung klarer Anhaltspunkte, die sich aus den Ansichten ausgewiesener Experten ergaben, geeignet gewesen, die Beschwerdeführerin (nicht zuletzt mit Rücksicht auf ihr fortgeschrittenes Alter) bei ihrer Entscheidung, sich einer Operation zu unterziehen, zu beeinflussen. Ihr kam daher die Opfereigenschaft zu. Keine Aussage traf der EGMR dazu, ob die Frist den aktuellen Gegebenheiten und den Lehrmeinungen, was die Notwendigkeit einer Geschlechtsumwandlung angeht, entsprach. Allerdings verlange der Respekt für das Privatleben der Beschwerdeführerin die von den Experten beurteilte Faktenlage zu berücksichtigen. Einbezogen wurde vom EGMR neben der besonderen Situation der Beschwerdeführerin auch der enge Ermessensspielraum, den Staaten in Fragen höchstintimer Aspekte des Privatlebens genießen. Da zwischen den Interessen der Krankenversicherung und jenen der Beschwerdeführerin kein gerechter Ausgleich gefunden wurde, lag eine Verletzung von Art. 8 EMRK vor.²⁴⁴⁴

bb. Dokumente des Europarates

Teilweise wird aus diesem Urteil geschlossen, dass die Konvention die Kostenübernahme nicht generell garantiert.²⁴⁴⁵ In seinem Themenpapier äußert sich *Hammarberg* anders. Seiner Ansicht nach verlange der EGMR von den Staaten nicht nur die Pflicht, dass geschlechtsangleichende Maßnahmen ermöglicht werden, sondern auch dass die Krankenversicherungen generell „medizinisch notwendige“ Behandlungen abdecken müssen, zu welchen auch geschlechtsangleichende Operationen zählten.²⁴⁴⁶ Die Behandlungskosten seien gemäß den nationalen Vorschriften des Gesundheitssystems zu erstatten. Dafür beruft er sich auf die Urteile *Van Kück*²⁴⁴⁷ und *L*²⁴⁴⁸. Es hätten sich bereits transsexuelle Menschen erfolgreich auf diese Entscheidungen berufen und die Leistungen ihrer Krankenkassen erweitert. Das Recht auf Zugang zu geschlechtsangleichenden Operationen solle auch eine vernünftige Auswahl an verfügbaren Behandlungszentren umfassen.

²⁴⁴³ EGMR, Urt. v. 08.01.2009 - 29002/06, Rn. 77 – Schlumpf/Schweiz.

²⁴⁴⁴ Zur Reaktion auf dieses Urteil in der Schweiz, vgl. *Will*, Europarat und Transsexuelle, in: Bröhmer (Hrsg.), *The Protection of Human Rights*, 2012, S. 179 (209).

²⁴⁴⁵ So *Pätzold*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, Art. 8 Rn. 13. Neutral: *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 98.

²⁴⁴⁶ *Hammarberg*, Menschenrechte und Geschlechtsidentität, Themenpapier, Europarat/Kommissar für Menschenrechte, 2010, Abschnitt 3.3 S. 17.

²⁴⁴⁷ Vgl. dazu D I 1 b bb (7) (a).

²⁴⁴⁸ Vgl. dazu D I 1 b bb (7) (b).

Die Empfehlungen des Ministerkomitees sehen neben dem bestmöglichen Zugang zu geschlechtsangleichenden Maßnahmen auch vor, dass die Staaten sicherstellen sollten, dass Entscheidungen, die die Kostenübernahme einschränken rechtmäßig, objektiv und verhältnismäßig sind.²⁴⁴⁹ Auch die Parlamentarische Versammlung forderte die Mitgliedstaaten auf geschlechtsangleichende Maßnahmen zu ermöglichen und die Übernahme der Kosten unter diesen Maßstäben sicherzustellen.²⁴⁵⁰ Es wird durchweg betont, dass keine allumfassende Kostenübernahme zu erfolgen habe aber dass die Behandlung von Transsexuellen genauso zu erfolgen habe, wie jede andere medizinisch notwendige Behandlung. Inzwischen ist die Forderung gefolgt Zugang und Kostenübernahme ohne die Klassifizierung als psychische Krankheit zu ermöglichen.²⁴⁵¹

cc. Kontext

In der am 15.11.2013 kommunizierten Sache *D.Ç./Türkei* ging es um die Weigerung der Behörden die Kosten für die operative Geschlechtsumwandlung und Laserbehandlung der Geschlechtsinsassin *D.Ç.* zu tragen, obwohl diese als medizinisch notwendig und dringend eingestuft wurden.²⁴⁵² Die Beschwerdeführerin berief sich auf eine positive Verpflichtung aus Art. 8 EMRK. Aufgrund des Gefängnisaufenthalts handelte es sich bei diesem Fall um einen besonderen Kontext.²⁴⁵³ Es besteht eine andere Verantwortung des Staates, da Gefangene sich direkt in staatlicher Obhut bzw. einem Abhängigkeitsverhältnis befinden und besonders gefährdet sind.²⁴⁵⁴ Der EGMR forderte die türkische Regierung zunächst dazu auf, sich zur Vereinbarkeit mit Art. 3 und Art. 8 EMRK, unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsprechung des EGMR, sowie der Empfehlung des Ministerkomitee von 2006 zu den Rechten Gefangener zu äußern. Letztlich wurde die Beschwerde als unzulässig verworfen, jedoch nicht wegen offensichtlicher Unbegründetheit, sondern wegen Nichtausschöpfens der innerstaatlichen Rechtsmittel.

Die Frage ob bzw. wie weit die Mitgliedstaaten verpflichtet sind medizinisch notwendige Maßnahmen zu finanzieren ist nicht eindeutig geklärt. Die Rechts-

²⁴⁴⁹ *Council of Europe: Committee of Minister*, Recommendation CM/Rec(2010)5: On measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity, 31.03.2010, Rn. 35, 36. Noch deutlicher ist das dazugehörige *Explanatory Memorandum*.

²⁴⁵⁰ *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 1728 (2010): Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity, 29.04.2010, Rn. 16.11.3; *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 6.3.1.

²⁴⁵¹ *Hammarberg* (Council of Europe/Commissioner for Human Rights), Report: Discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity in Europe, September 2011, S. 14, 109 ff.

²⁴⁵² *EGMR*, kommuniziert am 15.11.2013 - 10684/13 - *D.Ç./Türkei*.

²⁴⁵³ In Deutschland sind die Vollzugsbehörden nach §§ 56 ff. StrafvollzG verpflichtet allen Gefangenen eine umfassende Heilfürsorge zu gewähren. Vgl. dazu *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 30.11.2000 - Az. 3 Ws 173/99, NJW 2001, 3422-3425. Ausführlich zu dem Themenbereich Haft, *Schammler*, Transsexualität und Strafvollzug, 2008.

²⁴⁵⁴ Vgl. *EGMR*, Urt. v. 12.03.2013 - 15351/03, Rn. 102 - Zarzycki/Polen.

prechung des EGMR zu Gesundheitsfragen und insbesondere zur Kostenerstattung ist sehr zurückhaltend. Das Recht auf Gesundheit ist ein klassisches sozio-ökonomisches Grundrecht und nicht explizit in der EMRK verankert. Es handelt sich um einen Bereich der in besonderem Maße den Staaten überlassen wird. Dennoch wurde sich vor dem EGMR auf Fragen der Gesundheitsversorgung berufen, primär unter Art. 2²⁴⁵⁵ und 8 EMRK²⁴⁵⁶. Die im Verhältnis umfangreichere Rechtsprechung zu Gesundheitsfragen von Häftlingen erfolgt unter Art. 3 EMRK.²⁴⁵⁷ So stellt die Ablehnung der Kostenübernahme für eine Dental-Prothese, wenn der Gefängnisinsasse keine Möglichkeit hat selbst dafür aufzukommen, eine Verletzung von Art. 3 EMRK dar.²⁴⁵⁸

Art. 8 EMRK wurde in der Vergangenheit bei Beschwerden berücksichtigt, auch wenn die Konvention kein Recht auf kostenlose medizinische Versorgung oder eine bestimmtes Maß medizinischer Versorgung gewährt,²⁴⁵⁹ z.B. dann wenn es um die Lebensqualität von Behinderten geht.²⁴⁶⁰ Bei positiven Verpflichtungen und Kostenfragen gewährt der EMRK den Staaten jedoch eine weite *margin of appreciation* wenn es um den fairen Ausgleich der Interessen geht.²⁴⁶¹ Für die Beurteilung der Anforderungen mit denen sich die nationalen Gesundheitssysteme konfrontiert sehen und der zur Verfügung stehenden nationalen finanziellen Ressourcen seien die nationalen Gerichte besser geeignet als ein internationales Gericht.²⁴⁶² Der EGMR möchte bewusst keine Präzedenzfälle schaffen.²⁴⁶³

dd. Fazit

Bei der Kostenerstattung von geschlechtsangleichenden Maßnahmen stehen sich die knappen Kassen und die intimen Aspekte der Privatsphäre der Transsexuellen gegenüber. Wie der EGMR diesen Konfliktfall auflösen wird bleibt abzuwarten. Denkbar ist es, dass der Gerichtshof in seinen engen Grenzen bleibt und dennoch ein Recht auf Kostenübernahme anerkennt – allerdings begrenzt durch die nationalen Vorschriften. Wenn die nationalen Versicherungsträger eine Kostenübernahme für notwendige Maßnahmen vorsehen, dann müssen sie die geltenden Maßstäbe auch auf Transsexuelle anwenden. Dies gilt zumindest eindeutig so lange Transsexualität international als Krankheit anerkannt ist. Teil des staatlichen Beurteilungsspielraumes wäre es dann eine Abgrenzung zwischen kosmetisch-ästhetischen und medizinisch notwendigen Eingriffen vorzunehmen.

²⁴⁵⁵ Vgl. EGMR, Entsch. v. 21.03.2002 - 65653/01 – Nitecki/Polen.

²⁴⁵⁶ Vgl. EGMR, Ur. v. 04.01.2003 - 14462/03 – Pentiacova und 48 andere/Moldawien.

²⁴⁵⁷ Vgl. EGMR, Ur. v. 12.03.2013 - 15351/03, Rn. 101 ff. m.w.N. – Zarzycki/Polen.

²⁴⁵⁸ EGMR, Ur. v. 16.02.2010 - 7078/02 – V.D./Rumänien.

²⁴⁵⁹ Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 4. Aufl. 2017, Art. 8 Rn. 13.

²⁴⁶⁰ Vgl. EGMR, Entsch. v. 08.07.2003 - 27677/02 – Sentges/Niederlande.

²⁴⁶¹ Vgl. EGMR, Entsch. v. 08.07.2003 - 27677/02 – Sentges/Niederlande, m.w.N.

²⁴⁶² EGMR, Ur. v. 04.01.2003 - 14462/03 – Pentiacova und 48 andere/Moldawien.

²⁴⁶³ EGMR, Entsch. v. 08.07.2003 - 27677/02 – Sentges/Niederlande.

c. EU

Bei etwaigen Verfahren vor dem EuGH wäre neben Art. 3 GR-Charta vor allem Art. 35 GR-Charta zu berücksichtigen. Auch die Unionsgrundrechte können als Schutzpflichten zugunsten der Grundrechtsberechtigten interpretiert werden.²⁴⁶⁴ Nach Art. 35 GR-Charta hat jeder Unionsbürger das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Die Verantwortung für die Organisation des Gesundheitsschutzes liegt gem. Art. 168 VII AEUV aber primär bei den Mitgliedstaaten. Damit ist Art. 35 GR-Charta für die Mitgliedstaaten ein Diskriminierungsverbot, das die allgemeinen Diskriminierungsverbote aufgrund der Staatsangehörigkeit aus Art. 18 I AEUV und Art. 21 II GR-Charta verstärkt.²⁴⁶⁵ Gleichzeitig dürfte das Zugangsrecht zur Realisierung etwaiger Schutzpflichten aus Art. 2, 3 GR-Charta beitragen.²⁴⁶⁶

²⁴⁶⁴ Müller-Terpitz, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2014, GR-Charta Art. 35 Gesundheitsschutz Rn. 49.

²⁴⁶⁵ *Ibid.*, Rn. 66.

²⁴⁶⁶ Vgl. Jarass, *Charta der GR der EU*, 2. Aufl. 2013, Art. 35 Rn. 5.

E. Ausblick und Fazit

Transidentität ist ein vielschichtiges Gebilde, das lange Zeit vor allem unter medizinischen Gesichtspunkten betrachtet wurde. Es handelt sich jedoch um eine weit- aus komplexere Thematik, die neben den psychischen und physischen Aspekten vor allem auch durch soziale und kulturelle Aspekte geprägt ist.²⁴⁶⁷ Eine rein medizinische Betrachtung ist mittlerweile überholt und ein Umdenken hat begonnen. Die Kritik an der Behandlung von Transsexualität im Recht und in der Medizin betrifft vor allem die Pathologisierung und Fremdbestimmung. Dieser Kritik sollte durch eine größere Autonomie, wenn nicht gar durch die völlige Selbstbestimmung über Körper und Geschlecht, abgeholfen werden. Das Empfinden des Geschlechts ist eine höchstpersönliche Angelegenheit. Ein gewisses Bedürfnis zur Einordnung in bestimmte Kategorien mag aus ordnungspolitischen Gründen nachvollziehbar sein. Dennoch ist inzwischen deutlich geworden, dass es sich bei der Geschlechtsbestimmung im Zeitpunkt der Geburt immer um eine Fremdbestimmung handelt. Unabhängig davon, ob diese Beurteilung gut begründet und „vermutlich“ zutreffend ist, ist sie immer nur eine vorläufige, welche durch den Einzelnen bestätigt oder widerlegt werden kann. Daher sind Verfahren zur Anpassung des Geschlechtseintrages zu fordern, die auf der Selbstbestimmung des Einzelnen basieren und nur die Selbsterklärung verlangen. Die staatlichen Verfahren müssen

²⁴⁶⁷ Vgl. *Steinmetzer/Groß/Duncker*, Ethische Fragen im Umgang mit transidenten Personen, Ethik in der Medizin, 2007, S. 39–54 (45 ff.).

transparent und einfach zugänglich sein, sie dürfen nicht viel Zeit in Anspruch nehmen und keine großen Kosten verursachen. Erfüllt wird dies in Europa²⁴⁶⁸ bisher nur von Belgien, Dänemark, Malta, Irland und Norwegen. Reformbestrebungen sind in einigen Ländern vorhanden (bspw. im Vereinigten-Königreich); Frankreich ging mit der Abschaffung des Sterilitätserfordernisses einen ersten Schritt in die richtige Richtung, blieb aber hinter den Erwartungen zurück, da es sich nicht für ein Verfahren allein basierend auf der Selbstbestimmung durchringen konnte. Insgesamt spricht die bisherige internationale Rechtsentwicklung für eine weitere Stärkung der Rechte von Transsexuellen. Allen Kritikern zu trotz, ist es in den Ländern, die eine einfache Erklärung ausreichen lassen, im Übrigen nicht zu massenhaften Geschlechtswechseln oder anderen Problemen gekommen.

Fraglich ist, ob und in welchem Umfang die Gerichte auf die weitere Rechtsentwicklung Einfluss nehmen werden. Sie haben bewiesen, dass sie in der Lage sind einen großen Beitrag zur Verbesserung der rechtlichen Situation und damit der Lebenssituation zu leisten. Das BVerfG macht dem Gesetzgeber zwar nicht immer, aber doch regelmäßig Vorschläge zur verfassungsgemäßen Änderung der Rechtslage. Im Gegensatz dazu nimmt der EGMR sich zurück und sieht seine Aufgabe nicht nur nicht darin aufzuzeigen welches das geeignetste Mittel ist, sondern weist auch nur ganz allgemein auf die Existenz verschiedener Möglichkeiten hin.²⁴⁶⁹ Gleichzeitig stellte das BVerfG im Vergleich zum EGMR Rechte und Verletzungen deutlicher fest, was sicherlich zum großen Teil der Zusammensetzung des EGMR sowie der Herausforderung geschuldet ist, einem großen und vor allem diversen Rechtskreis gerecht zu werden. Da der EGMR auf völkerrechtlicher Basis entscheidet, geht es in seinen Entscheidungen auch um die Abgrenzung von staatlicher und internationaler Jurisdiktion.²⁴⁷⁰ Häufiger Ausgangs- und Ansatzpunkt für die Zurückhaltung war die *margin of appreciation*.

I. Europäischer Kontext

Der EGMR hat deutlich gemacht, dass die Staaten einer Pflicht unterliegen, die Änderung des Geschlechtseintrages zu ermöglichen. Nicht alle Länder kommen dieser Verpflichtung nach. Die Länder, die ihrer Verpflichtung nachkommen, weisen teils große Unterschiede bei der Umsetzung auf. Es fängt bei der Art der Regelung an. Während einige Länder das Anerkennungsverfahren gesetzlich festgeschrieben haben, gibt es in anderen Ländern Rechtsverordnungen oder das Verfahren basiert allein auf Rechtsprechung oder Verwaltungspraxis. Letztere Verfahren bergen die Gefahr von regionalen Unterschieden (so war es z.B. der Fall in

²⁴⁶⁸ Auf internationaler Ebene kommen noch dazu: Argentinien (2012), Kolumbien (2015), Brasilien (2018), Chile (2018).

²⁴⁶⁹ Vgl. bspw. EGMR, Urt. v. 25.03.1992 - 13343/87, Rn. 63 – B/Frankreich.

²⁴⁷⁰ *Saksófsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (680).

Frankreich) und nicht nachvollziehbaren Einzelfallentscheidungen. Die Unterschiede bestehen des Weiteren bei der Zuständigkeit für das Verfahren. Nur selten genügt ein Antrag bei den Verwaltungsbehörden, teilweise müssen vor Gerichten oder speziellen Gremien diverse Anträge gestellt werden. Zuletzt unterscheiden sich die Verfahren bezüglich der verlangten Voraussetzungen für die Geschlechtsanpassung. Mal werden neben der körperlichen/operativen Geschlechtsanpassung ein oder mehrere psychiatrische Gutachten gefordert, andere Male sind die Gutachten Voraussetzung für die Operation selbst und so nur implizit für die rechtliche Anerkennung. Ähnliches gilt für das Sterilitätsanfordernis.

1. EGMR

Der EGMR hat eine wichtige Rolle bei der Evolution des Transsexuellenrechts gespielt. Dabei haben die Urteile selbst und die abweichenden Meinungen teilweise frühzeitig eine Wende der Rechtsprechung angedeutet. Vermehrt finden sich in den Urteilen des EGMR und in den abweichenden Meinungen Bezugnahmen zur Rechtsprechung und Argumentation der nationalen Gerichte. Die nationalen Gerichte wiederum beziehen sich vereinzelt auf die Rechtsprechung des EGMR oder Rechte aus der EMRK. Ausgangspunkt der rechtlichen Anerkennung von Transsexualität war die Medizin, welche die ersten Jahrzehnte prägen sollte.²⁴⁷¹ Es folgt eine zweite Phase der Verrechtlichung des Anspruchs auf Anerkennung, die in eine dritte Phase überging. Diese ist geprägt durch nationale und europäische Rechtsprechung sowie Gesetzesänderungen und betrachtet die rechtlichen Voraussetzungen aus einem Blickwinkel der Menschenrechte.

Neben der mangelnden Möglichkeit zur Durchsetzung der EGMR Urteile in den Vertragsstaaten, ist die Rechtsprechung vor allem durch die Anwendung der *margin of appreciation* beschränkt. Die Funktion des EGMR als Begründer eines gemeinsamen Mindeststandards oder als Antreiber neuer weitergehender Rechte wird nicht einheitlich beurteilt. Geht man so weit die Konvention als Beginn einer europäischen Verfassung zu sehen, folgt daraus eine Pflicht des Gerichtshofs gemeinsame europäische Grundrechtsstandards festzulegen, allerdings dann nicht mehr nur einen *minimum standard*. Die Menschenrechtsordnung muss folglich umfassend gewahrt und fortentwickelt werden. Wenn nun der Gerichtshof seine Kontrolle bei Eingriffen beispielsweise zum Schutz der Moral zurücknimmt, kann diese Funktion nur schwer erfüllt werden. Die Konvention garantiert alle Rechte gleichermaßen auf allen Bereichen und in allen Gebieten, deren Regierungen der EMKR beigetreten sind. Folglich ist die Doktrin der *margin of appreciation* mit dieser Ansicht schwer vereinbar.

Rechtfertigung und Begründung der *margin of appreciation* sind vor allem pragmatischer Natur. Ein einheitlicher Menschenrechtsstandard kann nur durch eine

²⁴⁷¹ Phasen entsprechend *Scherpe/Dunne*, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, 2015, S. 613–663 (618–624).

graduelle Anhebung und Angleichung erfolgen, insbesondere weil das gesamte Rechtssystem von der Zustimmung der Mitgliedstaaten abhängt.²⁴⁷² Es ist wichtig, die fundamentalen Rechte auf eine Weise zu garantieren, die kulturelle Abweichungen erlaubt und vereinbar ist mit den Unterschieden innerhalb der nationalen Traditionen und Vorstellungen. Gleichzeitig muss der EGMR sicherstellen, dass die fundamentalen Rechte tatsächlich auf angemessene Weise garantiert werden und er die ihm übertragene Aufgabe erfüllt.

Als externer Körper, frei von politischen Zwängen und nicht abhängig von der Mehrheit (als Ausgangspunkt), hat der EGMR jedoch auch die Möglichkeit Minderheiten schützen. Ein Kritikpunkt an der *margin of appreciation* ist, dass sie häufig in Situationen angewendet wird, in denen eine Minderheit einer Mehrheit gegenübersteht. Also Situationen, in welchen einem internationalen Gericht die Aufgabe zukommen sollte, universelle Rechte zu schützen und sich nicht gegenüber staatlichen Mehrheitspräferenzen zurückzuziehen. Sobald Minderheiten bestehen, neigt das Konzept der Demokratie dazu, deren Interessen zu untergraben. Sofern die nationalen gerichtlichen Wege den Minderheitenschutz nicht gewährleisten können, sind internationale Gerichts- und Überwachungsorgane der letzte Ausweg.

Da es sich auch in der Vergangenheit bewährt hat, trotz ablehnender Entscheidungen des Gerichtshofes eine weitere Beschwerde beim EGMR zu erheben, erscheint es nicht aussichtslos dies nach Erschöpfung des innerstaatlichen Rechtsweges weiterhin zu tun, um auch in den Bereichen des Familien- bzw. Partnerschaftsrecht, sowie im Abstammungsrecht und zur Voraussetzung der geschlechtsangleichenden Operation eine Rechtsprechungsänderung zu erreichen. Dass nunmehr sieben europäische Länder eine Geschlechtsanpassung allein basierend auf der Selbstbestimmung eingeführt haben, lässt hoffen, dass weitere Länder und der EGMR folgen werden. In den abweichenden Meinungen der Richter des EGMR wurden häufig bereits vor der tatsächlichen Rechtsprechungsänderung deutliche Worte gewählt und die geltende Rechtslage für menschenrechtswidrig gehalten. Derartige Feststellungen können auch dazu beitragen, dass Mitgliedstaaten bereits vor der tatsächlichen Änderung der europäischen Rechtsprechung ihre nationale Rechtslage ändern. Dadurch tragen sie wiederum dazu bei, dass das Kriterium des Konsenses innerhalb der Vertragsstaaten durch den EGMR zu bejahen ist und in Folge dessen aufgrund einer engen *margin of appreciation* den Staaten nicht länger ein großer Gestaltungsspielraum zugestanden wird. Warum sollte nicht auch für die weiteren Fragen ausschlaggebend sein, dass es einen klaren und anhaltenden internationalen Trend zur sozialen Akzeptanz von Transsexuellen gibt?²⁴⁷³ Die Frage der Ehe nimmt insofern aufgrund des Zusammenhangs zur im europäischen

²⁴⁷² MacDonal, The Margin of Appreciation, in: ders./Matscher/Petzold (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, S. 83–124 (123); ebenfalls die Abhängigkeit betonend Yourow, The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the Strasbourg Jurisprudence and the Construction of Europe, ZEUS 1998, S. 233 (237).

²⁴⁷³ EGMR (GK), Urt. v. 11.07.2002 - 28957/95, Rn. 85 – Christine Goodwin/Vereinigtes Königreich.

Rechtskreis heftig umstrittenen Problematik der gleichgeschlechtlichen Ehe eine Sonderstellung ein.

Andererseits hat der EGMR in *Nicot, Garçon und A.P.* einen eher zurückhaltenden Ansatz in Bezug auf die Diagnoseanforderungen gewählt.²⁴⁷⁴ Der Gerichtshof stellte fest, dass von den 40 Vertragsstaaten, die das bevorzugte Geschlecht anerkannten, alle außer vier eine Diagnose forderten. Es gäbe eine „Quasi-Einstimmigkeit“ bezüglich der Notwendigkeit dieser Bedingung, und die staatlichen Akteure hätten folglich einen weiten Ermessensspielraum. Der EGMR akzeptierte die Argumente, die Diagnose schütze Antragsteller davor unberaten die gesetzliche Änderung zu beantragen und fördere die Verlässlichkeit des Personenstandes. Diese Bemerkungen sprechen dafür, dass der EGMR noch nicht bereit ist, ein Recht auf ein selbstbestimmtes Geschlecht anzuerkennen, wie es in den Yogyakarta-Grundsätzen befürwortet wird.²⁴⁷⁵ Auch wenn die Vollversammlung des Europarates die Mitgliedstaaten bereits 2015 aufgefordert hat Selbstbestimmung zur Grundlage der Änderung von Vornamen und Geschlechtseintrag zu machen.²⁴⁷⁶

2. EU

Der EuGH hat sich fortschrittlich gezeigt und früh das Merkmal „Geschlecht“ weit ausgelegt und damit eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Anerkennung und Nichtdiskriminierung von Transsexuellen geschaffen. Dabei hat der Gerichtshof jedoch gleichzeitig darauf verwiesen, dass die Beschwerdeführenden sich einer geschlechtsangleichenden Operation unterzogen haben. Daher ist unklar, ob Transsexuelle ohne geschlechtsangleichende Operationen vor dem EuGH die gleichen Rechte und Schutz vor Diskriminierungen erfahren. Urteile zu Intersexuellen oder nicht-binäre Personen sind bisher vom EuGH nicht ergangen. Bedeutung und Reichweite des EuGH, sind durch den Anwendungsbereich der Rechtsvorschriften ohnehin stark begrenzt.

Das Primärrecht der EU enthält keine ausdrücklichen Bezüge zur Geschlechtsidentität, die Charta nennt zumindest die sexuelle Orientierung in der Liste der verbotenen Diskriminierungsgründe (Art. 21 I GR-Charta). Dem EuGH ist es möglich die Bestimmung entweder weit auszulegen oder die nicht abschließend formulierte Liste zu erweitern. Im Sekundärrecht finden sich ausdrückliche Bezugnahmen. Im dritten Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/54/EG (Gleichstellungsrichtlinien) ist festgelegt, dass die Richtlinie auch für Diskriminierungen aufgrund einer Geschlechts-

²⁴⁷⁴ EGMR, Urte. v. 06.04.2017 - 79885/12; 52471/13; 52596/13, Rn. 139–141 – A.P.; Garçon; Nicot/Frankreich.

²⁴⁷⁵ Vgl. auch EGMR, Urte. v. 11.10.2018 - 73235/12, Rn. 69 – S.V./Italien.

²⁴⁷⁶ Council of Europe: Parliamentary Assembly, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 6.2.1.

umwandlung gilt.²⁴⁷⁷ Die Datenschutz-Grundverordnung von 2016 andererseits nennt die Geschlechtsidentität nicht, wenngleich sie unter die „besondere Kategorie personenbezogener Daten“ Informationen über Sexuelleben und sexuelle Orientierung fasst (Art. 9 I). Informationen über die Geschlechtsidentität könnten durch eine weite Auslegung von genetischen oder biometrischen Daten oder von Gesundheitsdaten dennoch mit einbezogen werden.²⁴⁷⁸ Eine weite Auslegung des Begriffs „Geschlecht“ ist nicht möglich, da dieser nicht genannt wird. Ob das EU-Gleichstellungsrecht Geschlecht jenseits der binären Ordnung beinhaltet und schützt, ist noch offen.

II. Deutschland

„Die dem Transsexuellengesetz zugrunde liegenden Annahmen über die Transsexualität haben sich inzwischen in wesentlichen Punkten als wissenschaftlich nicht mehr haltbar erwiesen.“²⁴⁷⁹

1. *de lege lata*

Das BVerfG wies bereits 2005 darauf hin, dass die wissenschaftlichen Kenntnisse, auf denen das Gesetz beruht, schon seit längerem nicht mehr aktuell sind und mit dem Forschungsstand hinsichtlich des Phänomens Transsexualität nicht mehr übereinstimmen. Zunächst wurde das Erfordernis der Heterosexualität aufgegeben,²⁴⁸⁰ dann fiel die Diagnosevoraussetzung, dass jeder Transsexuelle unter jeder Bedingung die möglichst weitgehende und vollständige operative Angleichung seines Körpers wünscht. Die Vorstellung von „echter“ Transsexualität entwickelte sich von der Fixierung auf eine rein schematisch gedachte, somatische Angleichung des Körpers hin zu einer stärkeren Individualisierung der möglichen Lösungs- und Behandlungsansätze.²⁴⁸¹ Bereits 2005 wurde dies vom BVerfG im Rahmen des Beschlusses zu § 7 I Nr. 3 TSG²⁴⁸² festgestellt und angedeutet, dass eine Überdenkung der „zwei Stufenlösung“ möglich erscheint.²⁴⁸³ Bis zum Frühling 2022 ist der

²⁴⁷⁷ Dies ist eine Kodifizierung der Rechtsprechung des EuGHs. Abgesehen von den Gleichstellungsrichtlinien berücksichtigen die Richtlinie 2011/95/EU über die Anerkennung von Drittstaatsangehörigen in Artikel 10 Absatz 1 Buchstabe d) und die Richtlinie 2012/29/EU über die Rechte von Opfern in ihren Erwägungsgründen 9, 17 und 56 Geschlechtsidentität und andere geschlechtsbezogene Aspekte.

²⁴⁷⁸ *van den Brink/Dunne*, Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, in: European Commission (Hrsg.), 2018, S. 24.

²⁴⁷⁹ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 63, BVerfGE 115, 1 (20).

²⁴⁸⁰ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 67, BVerfGE 115, 1 (22); im Gegensatz zu BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978, BVerfGE 49, 286 (287, 300).

²⁴⁸¹ So festgestellt von *Wielpütz*, NVwZ 2011, 474 (474).

²⁴⁸² Danach hatte eine nach Vornamensänderung erfolgte Heirat den Verlust des neuen Vornamens zur Folge.

²⁴⁸³ BVerfG, Beschl. v. 06.12.2005, Rn. 66,72, BVerfGE 115, 1 (22, 25).

Gesetzgeber diesen Schritt jedoch nicht gegangen. An einer innovativen oder fortschrittlichen Herangehensweise fehlt es, seitdem Deutschland 1980 als eines der ersten Länder überhaupt eine gesetzliche Regelung für Transsexuelle verabschiedete. Stattdessen werden seitdem nur die einzelnen Vorgaben des BVerfG umgesetzt – teilweise nicht mal mehr das. So wurde der VIII. Beschluss nicht umfassend umgesetzt. Zwar kann es begrüßt werden, dass nicht weitere Voraussetzungen aufgestellt wurden und den Betroffenen keine weiteren großen Bürden entgegenstehen. § 8 I Nr. 3 und Nr. 4 TSG sind seit der Entscheidung unanwendbar, sie wurden jedoch nicht aufgehoben. Dass den Betroffenen auf den ersten und zweiten Blick die gesetzlichen Anforderungen klar sein sollten, scheint jedoch ein Anspruch zu sein, den jeder Gesetzgeber – in Anbetracht der Normenadressaten – an sich stellen sollte.²⁴⁸⁴ Insbesondere bei Bereichen, in denen die Grundrechte so stark betroffen sind wie in diesem. Dass ein Tätigwerden des Gesetzgebers notwendig ist, zeigt auch die neuere Rechtsprechung des BVerwG, welches die Frage, ob ein wichtiger Grund zur Änderung des Vornamens vorliegt, wenn sich jemand sowohl dem männlichen als auch dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlt und seinem männlichen Vornamen einen weiblichen hinzufügen möchte, verneinte.²⁴⁸⁵ Dabei berief sich das BVerwG u.a. darauf, dass dies vom Gesetzgeber zu regeln sei, anstatt selbst eine entsprechende Auslegung und Wertung der geltenden Normen vorzunehmen.

Der Mangel an Initiative des Gesetzgebers wirkte sich andererseits zumindest in einem Fall positiv aus, und zwar hinsichtlich § 8 I Nr. 1 TSG. Von den drei vom BVerfG zur Neugestaltung aufgezählten Möglichkeiten wählte der Gesetzgeber gar keine. Sodass gleichgeschlechtliche Ehen zwar damals nicht als solche von vornherein eingegangen werden konnten – durch nachträgliche Änderung des Geschlechtseintrags aber entstehen konnten.

Mit der VIII. Entscheidung des BVerfG zur Transsexualität – bzw. zum Transsexuellengesetz – kann für die „große Lösung“ und damit die Personenstandsänderung nicht mehr gefordert werden als für die „kleine Lösung“. In den letzten Zeilen des Urteils findet sich ein Hinweis an den Gesetzgeber auf die Möglichkeit eine Gesamtüberarbeitung des Transsexuellenrechts vorzunehmen.²⁴⁸⁶ Diesbezüglich finden sich Andeutung auch in den älteren Urteilen.

²⁴⁸⁴ Zu den Schutz- und Handlungspflichten des Gesetzgebers *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 109–128. Kritik am „Normenwirrwarr“ bringt auch *Will*, Das Gespenst im Zivilgesetzbuch, in: Mansel/Pfeiffer (Hrsg.), Festschrift für Jayme, 2004, S. 1625 (1625 f.).

²⁴⁸⁵ *BVerwG*, Beschl. v. 19.05.2016 – Az. 6 B 38/15, NJW 2016, 2761 (2762).

²⁴⁸⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 74, BVerfGE 128, 109 (137).

2. *de lege ferenda*

Eine Neuregelung im Personenstandsgesetz oder in einem neuen Transsexuellengesetz sollte neben den Vorgaben des BVerfG folgendes berücksichtigen: eine Verfahrensvereinfachung für die Veränderung des Namens- und Geschlechtseintrags, die formale Anerkennung von transsexuellen Männern als Väter und transsexuellen Frauen als Mütter auch in Geburtsurkunden ihrer Kinder und die Abschaffung der Gutachterpflicht^{2487, 2488} Weiterhin sollte durch den Gesetzgeber eine Aufnahme der Kategorie „sexuelle Identität“ in Art. 3 III GG erneut geprüft werden.²⁴⁸⁹ Als letzte Rudimente des TSG selbst verbleiben das Verfahren vor den Amtsgerichten und die Begutachtungspflicht, ob diese verfassungsgemäß und sinnvoll sind ist fraglich (dazu gleich Abschnitte a. und b.). Mittlerweile hat der Gesetzgeber außerdem das BVerfG Urteil zu Intersexualität umgesetzt und einen dritten positiven Geschlechtseintrag geschaffen – auch dies könnte Auswirkungen auf das bisherige Verfahren haben (dazu gleich Abschnitt c.).

a. *Verfahren vor den Standesämtern*

Für Deutschland bietet es sich aus mehreren Gründen an, das Verfahren zur rechtlichen Geschlechtsänderung bei den Standesämtern anzusiedeln. Neben diversen Gutachten forderte 2017 auch der Bundesrat ein Verwaltungsverfahren.²⁴⁹⁰ Die dafür notwendige konkurrierende Gesetzgebungskompetenz steht dem Bund nach Art. 74 I Nr. 2, 72 I GG zu. Für die Zuständigkeit der Standesämter *de lege ferenda* spricht, dass mit Streichung der Begutachtungspflicht und dem Abstellen auf eine Selbsterklärung keine umfassende Prüfung und Bewertung mehr zu erfolgen hat. Es sind die Standesämter, die die Änderungen vornehmen und entsprechende Geburtsurkunden ausstellen. Außerdem könnten die Standesbeamten gleichzeitig eine Zuständigkeit erhalten sich mit dem Fortbestand bereits bestehender Partnerschaften zu beschäftigen. Sofern Ehepaare oder Lebenspartner, nach erfolgter rechtlicher Geschlechtsänderung, die zuvor eingegangene und damals rechtlich passende Partnerschaftsform, nicht für sich passend erachten, könnte die Möglichkeit geschaffen werden die Partnerschaft von einer Form in die andere mit *ex nunc* Wirkung zu überführen.²⁴⁹¹ Dieser Möglichkeit bedurfte es vor allem bis zur Schaffung der gleichgeschlechtlichen Ehe, da seitdem aus der Partnerschaftsform kein Rückschluss auf das Geschlecht der Partner möglich ist.

²⁴⁸⁷ Das BVerfG hält diese für verfassungsgemäß: *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.2017 – Az. 1 BvR 747/17; Bestätigung von *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 63 ff., *BVerfGE* 128, 109 (130).

²⁴⁸⁸ Für einen Überblick der Reformansätze von Interessengruppen, Politischen Parteien, der Bundesregierung, sowie sachverständigen Experten aus Medizin und Rechtswissenschaft vgl. *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 332 ff.

²⁴⁸⁹ Vgl. dazu D II 1 a aa (2) (b).

²⁴⁹⁰ Vgl. BR-Drs. 362/17 vom 02.06.2017, S. 2.

²⁴⁹¹ Vgl. *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 335 f.; *Winkel*, Transsexualität als Bewährungsprobe, *JR* 2006, S. 265 (268).

b. *Die transsexuelle Prägung und der Nachweis über ihre Stabilität und Irreversibilität*

Die Änderung des Vornamens und des Geschlechtseintrags kann zum heutigen Zeitpunkt nur eine Person erreichen, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben. Außerdem muss bei dieser Person mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird, §§ 1 I Nr. 1 und 2, 8 I TSG. Das Gericht darf einem solchen Antrag nur stattgeben, nachdem es die Gutachten von zwei Sachverständigen eingeholt hat, die auf Grund ihrer Ausbildung und ihrer beruflichen Erfahrung mit den besonderen Problemen des Transsexualismus ausreichend vertraut sind. Die beiden Sachverständigen müssen unabhängig voneinander tätig werden und haben in ihren Gutachten auch dazu Stellung zu nehmen, ob sich nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft das Zugehörigkeitsempfinden des Antragstellers mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändern wird, § 4 III TSG.

Kritik an der Definition von Transsexualität und dem Nachweis durch zwei Gutachten betrifft neben der Psychopathologisierung zum einen, dass der damit verfolgte Zweck nicht (mehr) legitim sei und zum anderen, dass es an der Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit fehle.²⁴⁹² Es bestände keinerlei formalisiertes Verfahren²⁴⁹³, so dass die Begutachtung einzig dem Wissens- und Meinungsstand des jeweiligen Begutachtenden geschuldet sei, die Ergebnisse mithin willkürlich und zufällig seien. Außerdem werde häufig Bezug genommen auf Informationen, die für die Fragestellung des TSG ohne Relevanz seien (z.B. zur Kindheit und sexuellen Vergangenheit).

Dieses letzte Fragment des TSG von 1981 bleibt auch nach dem jüngsten Urteil des BVerfG (noch) bestehen. Geblieben ist damit nach 38 Jahren eine Definition von Transsexualität, die auf wissenschaftlichen Erkenntnissen der Medizin und Psychiatrie Ende der 1970er Jahre basiert.²⁴⁹⁴ Damals ging man davon aus, bei Transsexualität handele es sich um eine psychische Störung oder gar Krankheit, die eindeutig diagnostiziert werden könne. Im neuen ICD-11 wird Transsexualität nicht mehr unter „Störung“ gefasst werden, sondern als „*Gender incongruence*“, diese wird definiert als ausgeprägte und beständige Nichtübereinstimmung zwischen dem erlebten und dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht. Auch die Behandlungsstandards in Deutschland werden überarbeitet. Dass Homosexualität, nicht wie anfangs angenommen, ein Ausschlusskriterium für Transsexualität ist und ebenso

²⁴⁹² Dazu m.w.N. *AG Münster*, Vorlagebeschl. v. 14.04.2021 – Az. 22 III 34/20, juris Rn. 352, 457 ff.; *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 10 f.

²⁴⁹³ Zu den Kernbestandteilen einer gutachterlichen Untersuchung i. S. d. § 4 III TSG vgl. *Jäschke*, Überlegungen zur Abschaffung des Transsexuellengesetzes (TSG), NZFam 2019, S. 895 (896).

²⁴⁹⁴ Dazu ausführlich *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 92 f.

wenig alle Transsexuellen eine umfassende körperliche Angleichung wünschen, hatte das BVerfG in seiner Rechtsprechung festgestellt. Zuletzt führte es auch aus, seine Rechtsprechung beruhe nicht auf der Annahme Transsexualität sei ein krankhafter Zustand und auch nicht, dass ein allgemeines Bedürfnis zur Therapie bestünde.²⁴⁹⁵

Dennoch halten das BVerfG und der Gesetzgeber an den Gutachten zur Feststellung einer transsexuellen Prägung und zum Nachweis ihrer Stabilität und Irreversibilität fest. Die Annahme einer entsprechenden Verfassungsbeschwerde lehnte das BVerfG 2017 ab. Die zwei Gutachten seien das prozessrechtliche Mittel zum objektiven Nachweis der rechtlichen Voraussetzungen des Geschlechtswechsels schreibt das BVerfG.²⁴⁹⁶ Es handele sich bei § 4 III TSG um eine verfahrensrechtliche Spezialregelung, die bestimme mit welchen Mitteln das Gericht den nach § 1 I TSG relevanten Sachverhalt aufzuklären habe. § 1 I TSG lege die inhaltlichen Voraussetzungen für den Geschlechtswechsel fest und setze damit auch der inhaltliche Ausrichtung der Begutachtung in der konkreten Anwendung Grenzen.²⁴⁹⁷ Wenn in der Praxis also Bezug genommen werde auf Informationen, die nach den heute geltenden diagnostischen Kriterien zur Feststellung der Tatbestandsmerkmale des § 1 I TSG nicht relevant seien, sei dies von § 4 III TSG nicht mehr gedeckt.²⁴⁹⁸ Intime Fragen, bspw. zur Kindheit und sexuellen Erfahrungen, würden eine Grundrechtsbeeinträchtigung darstellen. Die Gerichte müssten hierauf bei der Beauftragung und Verwertung der Gutachten achten. Insoweit bestehe aber kein Rechtsschutzbedürfnis für eine Verfassungsbeschwerde, da die grundrechtsverletzende Anwendung in der Praxis nicht ohne Weiteres die Regelung selbst in Frage stelle und da die beschwerdeführende Person sich der Begutachtung nicht unterzogen habe, könne sie nicht durch eine unzulässige Ausgestaltung der Begutachtung in ihren Grundrechten verletzt sein.²⁴⁹⁹ Mit diesen letzten Worten lehnte das BVerfG die Annahme der Verfassungsbeschwerde ab.

Im Jahr 2011 hatte das BVerfG entschieden, der Gesetzgeber könne „um beliebige Personenstandswechsel auszuschließen, einen auf objektivierte Kriterien gestützten Nachweis verlangen, dass die selbstempfundene Geschlechtszugehörigkeit, die dem festgestellten Geschlecht zuwiderläuft, tatsächlich von Dauer und ihre Anerkennung für den Betroffenen von existentieller Bedeutung ist.“²⁵⁰⁰ Doch wie soll etwas selbstempfundenes, also etwas subjektives und im Falle der Geschlechtsidentität höchstpersönliches und intimes, objektiv und durch Dritte festgestellt werden? Für die Bestimmung des Geschlechts soll nach aktuellem Stand nicht mehr nur auf objektive, rein körperliche Merkmale abgestellt werden, weder die angeborenen,

²⁴⁹⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.2017, NJW 2018, S. 222 f. Rn. 7, 9.

²⁴⁹⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.2017, NJW 2018, S. 222 f. Rn. 10. Unter Verweis auf *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 66–67, BVerfGE 128, 109 (130).

²⁴⁹⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 17.10.2017, NJW 2018, S. 222 f. Rn. 11 f.

²⁴⁹⁸ *Ibid.*, S. 222 f. Rn. 12.

²⁴⁹⁹ *Ibid.*, S. 222 f. Rn. 13.

²⁵⁰⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 11.01.2011, Rn. 66, BVerfGE 128, 109 (130).

noch solche die durch geschlechtsangleichende Operationen entstehen. Ausschlaggebend soll die subjektive, selbstempfundene Geschlechtsidentität sein – aber nur sofern sie objektiv überprüft werden kann? Ob die Geschlechtsidentität Gegenstand einer Fremdbegutachtung sein kann, wird auch in der psychiatrischen Fachwelt bezweifelt.²⁵⁰¹ Dagegen spricht auch, dass laut einer Studie von drei Gutachtern für Verfahren nach dem TSG in 99% ihrer Fälle die Gutachten mit dem Selbstempfinden ohnehin übereinstimmten.²⁵⁰² Die Amtsgerichte in Niedersachsen gaben auf Nachfrage an, dass in allen Verfahren das Gericht den Empfehlungen der Gutachter entsprach.²⁵⁰³ Kann unter diesen Umständen wirklich eine Geeignetheit der Gutachten bejaht werden und müsste in Anbetracht der Grundrechtsverletzungen nicht zumindest die Erforderlichkeit und Angemessenheit hinterfragt werden?

Ob es darum geht beliebige Personenstandswechsel auszuschließen oder welches andere Ziel genau mit den Gutachten verfolgt wird, gibt das BVerfG in der Entscheidung von 2017 nicht genauer an, es gehe bei den Gutachten um die Aufklärung des nach § 1 I TSG relevanten Sachverhalts. Teilweise wird das BVerfG so interpretiert, dass es um den Nachweis der Dauerhaftigkeit der empfundenen Geschlechtsidentität geht.²⁵⁰⁴ Zwangsläufig müsste sich im Anschluss die Frage stellen, welcher Zweck hinter dem für relevant gehaltenen Sachverhalt und den Voraussetzungen für den Namens- und Personenstandswechsel steht. Wie oben bereits bemerkt sind dies veraltete Annahmen über Transsexualität. Mit der Anerkennung, dass es sich bei Transsexualität nicht um eine psychiatrische Krankheit handelt, die einer psychiatrischen Behandlung bedarf, erscheint es schwer nachvollziehbar, warum es noch immer auf psychiatrische Diagnosekriterien ankommen soll.²⁵⁰⁵ Das BVerfG umgeht diese Frage jedoch, indem er sie nicht behandelt: „Diese inhaltlichen Voraussetzungen des Namens- und Personenstandswechsels sind mit der vorliegenden Verfassungsbeschwerde nicht angegriffen.“ Handelt es sich dabei um einen versteckten Hinweis, dass ein solcher Angriff Erfolg haben könnte?

Auf die Kritik an der Geeignetheit der Gutachten geht das BVerfG ebenfalls nicht näher ein. Um spontane Wechsel, Rückwechsel und Missbrauchsfälle zu reduzieren, könnte man auch eine Karenzregelung einführen, die es erforderlich macht einen gestellten Antrag nach einer Wartezeit von sechs Monaten zu

²⁵⁰¹ Vgl. *AG Münster*, Vorlagebeschl. v. 14.04.2021 – Az. 22 III 34/20, Rn. 458 m.w.N.; *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 105 unter Verweis auf *Güldenring*, Zur „Psychodiagnostik von Geschlechtsidentität“ im Rahmen des Transsexuellengesetzes, ZfS 2013 (26), S. 160–174 (170 f.).

²⁵⁰² *Meyenburg/Renter-Schmidt/Schmidt*, Begutachtung nach dem Transsexuellengesetz, ZfS 2015 (28), S. 107–120.

²⁵⁰³ <https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/menschen/transsexualitaet-der-kampf-um-identitaet-14006013-p3.html> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).

²⁵⁰⁴ *Mangold/Markwald/Röhmer*, Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, 02.12.2019, S. 8. Ebenso *Jäschke*, Überlegungen zur Abschaffung des Transsexuellengesetzes (TSG), NZFam 2019, S. 895 (896).

²⁵⁰⁵ Vgl. *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 36, 95.

bestätigen, wie es z.B. in Dänemark und Taiwan der Fall ist²⁵⁰⁶. Denkbar wäre es auch anstatt der bisherigen Gutachten durch Vorlage einer ärztlichen oder psychiatrischen Bescheinigung nachzuweisen, dass die antragsstellende Person die für die Entscheidung über die Durchführung des Verfahrens notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit besitzt.²⁵⁰⁷ Beides wären genauso geeignete aber mildere Maßnahmen, die gegen die Erforderlichkeit der Gutachten sprechen. Ebenso stellt sich die Frage, warum die Dauerhaftigkeit des Geschlechtszugehörigkeitsempfindens bei Transsexuellen anders zu beurteilen sein soll als bei Intersexuellen (vgl. dazu den nächsten Abschnitt).

c. *Abschaffung des rechtlichen Geschlechts oder Anerkennung eines dritten Geschlechts*

„Die Aufteilung der Menschen in ausschließlich zwei (juristische) Geschlechter beruht nicht auf naturwissenschaftlichen Tatsachen, sondern auf Tradition, auf sozialer Übereinkunft.“²⁵⁰⁸

Mit dem Argument Transsexuelle würden die binäre Ordnung nicht hinterfragen oder abschaffen wollen, sondern sich nur innerhalb dieser umorientieren wollen, konnte man in der Vergangenheit die „Gefahr“ durch Transsexualität abschwächen, das alte System als nicht gefährdet darstellen und so eine Hinterfragung dessen Legitimität vermeiden.²⁵⁰⁹ Kritiker konnten überzeugt werden, indem man ihnen glauben macht Transsexualität bestätige das System. Ob das binäre Geschlechtersystem noch zeit- oder verfassungsgemäß ist, ist jedoch fraglich. Die Behauptung Transsexuelle würden an dem System nicht rütteln, geht an der Realität vorbei bzw. bezieht sich nur auf einen Teil der Trans* community. Die Nähe zur Inter* community ist insofern von großer Bedeutung. Inter* so wie Trans* Menschen fühlen sich teilweise durch die zwei Geschlechter nicht ausreichend beschrieben, andere fühlen sich beiden Geschlechtern oder keinem der beiden zugehörig. Menschen, die beide oder keine Geschlechter ausleben möchten, stellen den Staat vor neue Herausforderungen.

Mit § 22 III PStG wurde es 2013 in Deutschland möglich den Geschlechtseintrag offen zulassen, nicht zulässig war es aber eine andere Umschreibung zu wählen, wie beispielsweise „intersexuell“, „inter“, „ungeklärt“ oder „divers“.²⁵¹⁰ Der oberste Gerichtshof Australiens ließ 2014 zum einen die Eintragung als „*non-specific*“ zu und zum anderen ermöglichte er diese Option nicht nur intersexuellen Menschen, sondern allen Menschen, die sich nicht in der Lage sehen sich auf eines der Geschlech-

²⁵⁰⁶ Scherpe/Dunne, Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe (Hrsg.), The legal status of transsexual and transgender persons, 2015, S. 613–663 (651, 654).

²⁵⁰⁷ Vgl. Jäschke, Überlegungen zur Abschaffung des Transsexuellengesetzes (TSG), NZFam 2019, S. 895 (899 f.).

²⁵⁰⁸ Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 111.

²⁵⁰⁹ Vgl. Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 158.

²⁵¹⁰ BGH, Beschl. v. 22.06.2016 – Az. XII ZB 52/15, NJW 2016, 2885.

ter festzulegen.²⁵¹¹ Auch die Vollversammlung des Europarates forderte ein weiteres Jahr später dessen Mitgliedstaaten auf, zumindest in Betracht zu ziehen (*consider*) eine dritte Geschlechtsoption für Identitätspapiere vorzusehen.²⁵¹²

In seiner umfassenden Rechtsprechung zu Transsexualität hatte das BVerfG einen umfassenden Schutz der Geschlechtsidentität aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG herausgearbeitet. Er stellte klar, dass das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität geschützt werden. Dass sich diese geschlechtliche Identität nur in zwei Kategorien messen lassen sollte, war ab der ersten Entscheidung des Gerichts nicht mehr überzeugend. Im Gegenteil, das BVerfG sprach von der eigenen, individuellen höchstpersönlichen Geschlechtsidentität: Diese lässt sich in keiner Weise vorgeben. Dem Menschen kann weder vorgegeben werden er sei männlich, wenn er eigentlich weiblich ist; noch kann der Staat vorgeben man sei männlich oder weiblich, wenn man eigentlich männlich und weiblich ist, oder den einen Tag männlich und den nächsten weiblich. Eine Eintragung als „geschlechtslos“ wird dem nicht gerecht. Auch würde so vom Konstrukt eines vermeintlichen „Normalzustandes“ abgewichen.

aa. Gesetz zur Änderung der in das Geburtsregister einzutragenden Angaben

Zu diesem Schluss kam 2017 auch das BVerfG, als es klarstellte, dass die Geschlechterbinarität des Personenstandsrechts verfassungswidrig ist und der Gesetzgeber bis Ende 2018 entweder den Geschlechtseintrag vollständig aufzuheben habe oder (neben dem offenen Geschlechtseintrag) einen dritten Eintrag bzw. eine vierte Option einführen müsse. Die Abschaffung des rechtlichen Geschlechts an sich wird im Zusammenhang mit der Geschlechtsfreiheit schon länger diskutiert.²⁵¹³ Andere vertreten die Ansicht, aufgrund der Tatsache, dass sich die Mehrheit der Menschen in die Kategorien „Mann“ und „Frau“ einordnen können, sei eine Geschlechtsflexibilität (zwei Geschlechter aber ein Wechsel flexibler und ohne irreversible Eingriffe in Körper und Psyche) gegenüber einer Geschlechtsfreiheit zu befürworten.²⁵¹⁴

²⁵¹¹ Von mindestens fünf Staaten ist bekannt, dass sie ein drittes Geschlecht anerkennen beziehungsweise in Reisepässen als Geschlechtseintrag ein „X“ vorsehen (Indien, Pakistan, Nepal, Australien, Neuseeland); *Mittag/Sauer*, Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität und Menschenrechte im internationalen Kontext, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 55 (57).

²⁵¹² *Council of Europe: Parliamentary Assembly*, Resolution Doc. 2048 (2015): Discrimination against transgender people in Europe, 22.04.2015, Rn. 6.2.4.

²⁵¹³ Dazu: *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht, *Freiburger Frauenstudien, Queering Gender* 2005, S. 115–140 (125 ff. zum Recht auf Geschlechtsidentität als Geschlechtsfreiheit; 131 zur Frage, ob das Recht die Kategorie Geschlecht braucht); *Bräcklein*, Eine Ehe ist eine Ehe ist eine Ehe?, *StAZ* 2008, S. 297 (298); *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 179–182; *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 174 ff.; *Sacksosky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle, in: Hohmann-Dennhardt/Masuch/Villinger (Hrsg.), *Grundrechte und Solidarität*, FS für Renate Jaeger, 2011, S. 675–701 (701); *Theile*, Transsexualität im Familienrecht, 2013, S. 109, 333.

²⁵¹⁴ *Coester-Waljen*, Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?, *JZ* 2010, S. 852 (856); *Wielpütz*, Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetzes, 2012, S. 339 f.

Auch wenn das Urteil des BVerfG sich auf Intersexualität bezieht, kann es sich auf Fragen der Transsexualität auswirken. So stellte sich anschließend die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Eintragung des dritten Geschlechts möglich sein soll und ob dieses auch Transsexuellen offen stehen sollte. Der Gesetzgeber entschied sich gegen eine Abschaffung des Geschlechts im Personenstand und gegen eine ausdrückliche Öffnung für Transsexuelle.

Das neue Gesetz²⁵¹⁵ sieht eine Ergänzung des § 22 III PStG um die Option „divers“²⁵¹⁶ vor, wenn das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung sollen selbst gegenüber dem Standesamt erklären können, dass die Personenstandseintragung entsprechend einer der vier Optionen geändert werden soll (§ 45 b PStG n.F.). Dabei ist die Variante der Geschlechtsentwicklung durch eine ärztliche Bescheinigung nachzuweisen (§ 45 b III 1 PStG n.F.). Personen, die über keine ärztliche Bescheinigung einer erfolgten Behandlung verfügen und bei denen das Vorliegen der Variante der Geschlechtsentwicklung wegen der Behandlung nicht mehr oder nur durch unzumutbare Untersuchungen nachgewiesen werden kann, können statt der ärztlichen Bescheinigung dies an Eides statt versichern (§ 45 b III 2 PStG n.F.).

Am neuen Gesetz werden im Wesentlichen zwei Punkte kritisiert. Zunächst das Attest-Erfordernis an sich. Es gebe mehr Varianten als bisher bekannt seien. Die Atteste stellten eine Pathologisierung und Fremdbestimmung dar, Menschen, die kein Attest vorlegen können, müssten im Zweifel darum kämpfen und gerieten in eine Begründungspflicht. Menschen, die keine genauen Kenntnisse über die zu klärenden Tatsachen hätten, würden ebenfalls ausgeschlossen. Vor allem aber geht es um die eigene, höchstpersönliche Geschlechtsidentität, diese kann durch ärztliche Untersuchungen nicht festgestellt werden. Hintergrund dieses Erfordernisses dürfte es sein, die Zahl der Antragssteller gering zu halten. Eine Erläuterung erfolgte im Gesetzesentwurf des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat nicht. Das Gesetz orientiert sich weiterhin an biologischen Merkmalen, um das Geschlecht zu bestimmen, dabei hatte das BVerfG bereits 1978 festgestellt, dass der Personenstand eines Menschen entsprechend seiner psychischen und physischen Konstitution zuzuordnen sei²⁵¹⁷. Der neue Eintrag steht damit nur Menschen offen, deren körperliche Merkmale nicht eindeutig zuzuordnen sind. Dabei gibt es auch Transsexuelle, die nicht-binär sind.

²⁵¹⁵ Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, v. 18.12.2018 (BGBl. I S. 2635).

²⁵¹⁶ Die ersten beiden Vorschläge des Ministeriums waren „anderes Geschlecht“ und „weiteres“.

²⁵¹⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 11.10.1978, *BVerfGE* 49, 286 (298).

bb. Diskriminierung von Transsexuellen

Durch das neue Gesetz könnten Transsexuelle diskriminiert werden. Unter den Begriff „Geschlecht“ und damit den Schutz des Art. 3 III GG dürften sowohl Intersexualität, als auch Transsexualität und das psychische Geschlecht fallen.²⁵¹⁸ Das BVerfG Urteil zum dritten Geschlechtseintrag spricht zumindest nicht dagegen:

„Art. 3 III 1 GG schützt nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts.“²⁵¹⁹

Das BVerfG spricht von Menschen, die sich diesen beiden Kategorien nicht zuordnen, also „sich selbst“ nicht zuordnen. Es stellt nicht darauf ab, dass die Menschen den Kategorien weiblich/männlich nicht durch andere nicht zugeordnet werden können. Auch wird allgemein von „Menschen“ anstatt von Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung oder „Intersexuellen“ gesprochen und auf die geschlechtlich Identität abgestellt.

Intersexuelle und Transsexuelle haben gemeinsam, dass sie in ihrer Geschlechtsidentität betroffen sind. Eine Ungleichbehandlung von Trans- und Intersexuellen ergibt sich zum einen daraus, dass es nach dem Wortlaut von § 45 d PStG („Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung“²⁵²⁰) nur intersexuellen Menschen und nicht transsexuellen Menschen möglich ist den Eintrag „divers“ zu erhalten. Die Frage, ob § 45 d PStG nur Menschen offen steht, bei denen die angeborenen körperlichen Merkmale nicht eindeutig männlich oder weiblich sind, ist umstritten.²⁵²¹ Wie mittlerweile der BGH nachvollziehbar ausgeführt hat, entspricht diese Auslegung dem objektivierten Willen des Gesetzgebers.²⁵²² Um Transsexuellen dennoch den Eintrag „divers“ zu ermöglichen, soll nach Ansicht des BGH § 8 TSG, der ursprünglich von einem rein binären Geschlechtsverständnis ausgeht, entsprechend angewendet werden.²⁵²³ Für eine Analogie, muss eine planwidrige Regelungslücke vorliegen, nimmt man eine solche an, da weder § 45 b PStG noch das

²⁵¹⁸ Langenfeld, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, 84. EGL 2018, Art. 3 II GG Rn. 24. Dazu ausführlich Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011. In Hinblick auf das EU-Recht so auch der EuGH.

²⁵¹⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 58. Hervorhebung durch die Verfasserin.

²⁵²⁰ Vgl. zum Begriff B II 2 a.

²⁵²¹ Vgl. Gössl/Dannecker/Schulz, Was sollte nach der Einführung des „dritten Geschlechts“ weiter geregelt werden?, NZFam 2020, 145–150 (146 f.); Bruns, Das Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, StAZ 2019, 97–101 (100); Jäschke, Überlegungen zur Abschaffung des TSG, NZFam 2019, 895–900 (898); OLG Nürnberg, Beschl. v. 03.09.2019 – Az. 11 W 1880/19 – FamRZ 2019, 1948, 1950; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.06.2019 – Az. I-25 Wx 76/17 –, Rn. 12.

²⁵²² BGH, Beschl. v. 22.04.2020 – Az. XII ZB 383/19 –, BGHZ 225, 166–184, Rn. 12–27.

²⁵²³ BGH, Beschl. v. 22.04.2020 – Az. XII ZB 383/19 –, BGHZ 225, 166–184, Rn. 33–40.

TSG den Fall der nicht-binären Geschlechtsidentität eines Transsexuellen erfassen, der Wechsel aber möglich sein muss, hätte der BGH auch § 45 b PStG entsprechend anwenden können.²⁵²⁴

Folgt man dem BGH, steht Transsexuellen zwar die dritte Option zur Verfügung, allerdings unter den Voraussetzungen des TSG und es stellt sich die Frage, ob dieser vom Gesetzgeber bei Einführung des § 45b PStG getroffene enge, allein auf intersexuelle Personen bezogene Anwendungsbereich der Vorschrift verfassungswidrig ist. Das TSG-Verfahren zur Änderung des Geschlechts ist mit zwei Sachverständigengutachten ein persönlich, zeitlich und finanziell aufwändigeres²⁵²⁵, gerichtliches Verfahren und stellt damit einen intensiveren Grundrechteingriff dar. Transsexuelle Personen, deren empfundene Geschlechtszuordnung nicht der im Geburtenregister eingetragenen Angabe nach § 22 Abs. 3 PStG entspricht, könnten daher in ihren Rechten aus Art. 2 I GG i.V.m. Art. 1 I GG sowie Art. 3 I und III 1 GG verletzt sein. Der BGH verneint dies. Mit Blick auf Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die Voraussetzungen des Personenstandswechsels (§ 8 I TSG) durch zwei Gutachten im Sinne des § 4 III TSG nachgewiesen werden müssen.²⁵²⁶ Hierin liege keine unzumutbare Erschwerung der Zuordnung zum nachhaltig empfundenen Geschlecht. Zur Begründung bezieht sich der BGH auf die bisherige Rechtsprechung des BVerfG.

Daraus, dass Personen mit „lediglich empfundener Intersexualität“ für den personenstandsrechtlichen Wechsel den verfahrensrechtlich aufwändigeren Weg nach dem Transsexuellengesetz beschreiten müssen, während Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung eine Änderung der Eintragung durch die Erklärung nach § 45b PStG bewirken könnten, folge auch keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung im Sinne von Art. 3 I²⁵²⁷ oder III²⁵²⁸ GG. Der BGH geht dabei davon aus, dass § 45b PStG und § 8 TSG an „gänzlich unterschiedliche Ausgangssituationen“ anknüpfen.²⁵²⁹ Damit meint der BGH (und nimmt dies als Begründung für die Ungleichbehandlung), dass bei Intersexuellen die biologischen Merkmale abweichen bzw. uneindeutig sind, wohingegen bei Transsexuellen die körperlichen Merkmale eindeutig einem Geschlecht entsprechen. Eine Ungleichbehandlung kann im Hinblick auf das ungleiche Element des körperlichen Geschlechts jedoch nicht (länger) gerechtfertigt werden.

Zum einen handelt es sich gerade nicht um „gänzlich“ unterschiedliche Ausgangssituationen. Denn in beiden Fällen stimmt das rechtliche Geschlecht nicht mit

²⁵²⁴ So *Güssel*, Rechtliche Behandlung einer lediglich „empfundene“ Intersexualität, LMK 2021, 437149.

²⁵²⁵ Eine einfache Bescheinigung liegt bei 10–15 €, ein TSG-Verfahren kostet durchschnittlich 1.868 €, Erhebung in *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016, S. 12.

²⁵²⁶ *BGH*, Beschl. v. 22.04.2020 – Az. XII ZB 383/19 –, BGHZ 225, 166–184, Rn. 42–44.

²⁵²⁷ *BGH*, Beschl. v. 22.04.2020 – Az. XII ZB 383/19 –, BGHZ 225, 166–184, Rn. 46–50.

²⁵²⁸ *BGH*, Beschl. v. 22.04.2020 – Az. XII ZB 383/19 –, BGHZ 225, 166–184, Rn. 51–54.

²⁵²⁹ *BGH*, Beschl. v. 22.04.2020 – Az. XII ZB 383/19 –, BGHZ 225, 166–184, Rn. 48.

der Geschlechtsidentität der Betroffenen überein. Zusätzlich gibt es bei einer Gruppe (den Intersexuellen) keine eindeutigen physischen Merkmale in Hinblick auf das Geschlecht. Das Verständnis des BGH würde aber bedeuten, dass die psychisch konstituierte Geschlechtsidentität weniger grundrechtlichen Schutz genießt als eine körperlich manifestierte Geschlechtsidentität. Zwar ist die rechtliche Kategorie „Geschlecht“ nicht an das Verständnis in den (Human-)Wissenschaften gebunden. Das BVerfG hat jedoch entschieden: die individuelle Geschlechtsidentität ist genauso bedeutsam wie das körperliche Geschlecht. Das Geschlecht ist physisch, sozial und psychisch. Entscheidend ist welcher Aspekt ausschlaggebend ist und unter Berücksichtigung der Rechtsprechung ist letztlich für alle Menschen die individuelle Geschlechtsidentität der ausschlaggebende Aspekt für die korrekte rechtliche Geschlechtseintragung. Dies gilt sowohl für transsexuelle, als auch intersexuelle und cissexuelle Menschen. Der eigentliche Unterschied zwischen diesen drei Gruppen liegt darin, dass bei cissexuellen Menschen das körperliche Geschlecht mit ihrer Geschlechtsidentität übereinstimmt und der durch den Gesetzgeber vorgegebene Rückschluss vom körperlichen Geschlecht auf das rechtliche Geschlecht (und die Geschlechtsidentität) keiner Korrektur bedarf. Die Ausgangssituation von trans- und intersexuellen Menschen ist mithin nicht gänzlich unterschiedlich, sondern weitestgehend gleich, bei ihnen stimmt der Rückschluss vom körperlichen Geschlecht auf das rechtliche Geschlecht (und die Geschlechtsidentität) nicht und bedarf daher einer Korrektur. Warum konkret im Falle von nicht-eindeutigen körperlichen Geschlechtsmerkmalen einer intersexuellen Person geringere Voraussetzungen an die Geschlechtsänderung gestellt werden dürfen, begründet der BGH in seiner Entscheidung gerade nicht. Dies mit der körperlicher Uneindeutigkeit zu begründen fällt auch schwer, da zum einen durch (operative) Veränderungen auch bei Transsexuellen möglicherweise keine eindeutigen Merkmale mehr vorliegen und zum anderen die nicht-eindeutigen geschlechtlichen Merkmale intersexueller Menschen teilweise gar nicht von außen erkennbar sind. Dass sich aus ordnungspolitischen Interessen die Ungleichbehandlung rechtfertigen lässt, kann nach dem BVerfG Urteil zum dritten Geschlecht ernsthaft angezweifelt werden.²⁵³⁰ Zum anderen ist die Prämisse des BGH deshalb problematisch, weil er das Differenzierungsmerkmal (körperlicher Zustand bezogen auf das Geschlecht im Zeitpunkt der Geburt) gleichzeitig zum Vergleichskriterium macht. Wenn aber das Differenzierungsmerkmal bereits zur Eingrenzung des Schutzbereichs herangezogen wird, kann es nie eine Vergleichbarkeit der Gruppen geben.

²⁵³⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 53–55.

III. Fazit

Individualität und Identität des Einzelnen sind von der Gemeinschaft, dem Recht und dem Staat zu schützen. Staat und Recht existieren nicht für sich selbst und auch nicht aus sich selbst heraus, sondern für und aus der Gemeinschaft, die sie repräsentieren (sollen). Und eben diese besteht aus Individuen – aus Identitäten, die für sich selbst existieren dürfen. Und nur soweit die eine Identität die andere verletzt, dürfen Staat und Recht sich mit ihr befassen.

„The applicant’s change in gender identity being a *fait accompli*, it is difficult to comprehend why the legal recognition of her acquired gender will have any significant (additional) impact on public morals. Furthermore, we refer to the recent judgment of the Indian Supreme Court, which noted that society ill-treats transgender individuals while ‚forgetting the fact that the moral failure lies in the society’s unwillingness to contain or embrace different gender identities and expressions, a mind-set which we have to change‘. As one author has put it, society’s problematic ‚yuk factor‘ concerning transgender individuals is not a normative idea that should be supported by the law.“²⁵³¹

²⁵³¹ Gemeinsame abweichende Meinung der Richter *Sajó/Keller/Lemmens* zu *EGMR (GK)*, Urt. v. 16.07.2014 - 37359/09 – *Hämäläinen/Finnland* – Rn. 13. Der letzte Satz bezieht sich auf *Sharpe*, *Transgender Marriage and the Legal Obligation to Disclose Gender History*, *The Modern Law Review* 75 (2012), S. 33–53 (39).

Literaturverzeichnis

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

Dies.: Transgender ante portas? Anmerkung zur fünften Entscheidung des BVerfG zur Transsexualität, Kritische Justiz 2006, S. 368–381.

Dies.: Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität im deutschen Recht, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 15–21.

Adamietz, Laura/Bager, Katharina: Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, in: Das Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend (Hrsg.), Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 7, Berlin 2016.
(zit.: Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, BMFSFJ (Hrsg.), 2016)

- Althoff, Nina/Schabram, Greta Follmar-Otto, Petra: Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt, in: Das Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend (Hrsg.), Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 8, Berlin 2017.
(zit.: Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht, BMFSFJ (Hrsg.), 2017)
- Altwicker, Tillmann: Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Heidelberg 2011.
- American Psychiatric Association: Diagnostisches und Statistisches Manual Psychischer Störungen, DSM-IV, dt. Bearbeitung und Einführung von Saß, Henning/Wittchen, Hans-Ulrich/Zaudig, Michael, 2. Aufl., Göttingen u.a. 1998.
(zit.: DSM-IV dt. Übersetzung, 2. Aufl. 1998)
- Dies.: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 5. Aufl., Washington DC 2013.
(zit.: DSM-V, 2013)
- Dies.: Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders, 4. Aufl., Washington DC 1994.
(zit.: DSM-IV, 1994)
- Amnesty International: The State Decides Who I Am: Lack of legal gender recognition for transgender people in Europe, London, 2014, <https://www.amnesty.org/download/Documents/8000/eur010012014en.pdf> (zuletzt aufgerufen 14.06.2022).
- Ankermann, Heide: Das Phänomen Transsexualität: Eine kritische Reflexion des zeitgenössischen medizinischen und juristischen Umgangs mit dem Geschlechtswechsel als Krankheitskategorie, Halle 2010.
(zit.: Ankermann, Das Phänomen Transsexualität, 2010)
- Arai-Takahashi, Yutaka: The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR, Oxford u.a. 2002.
(zit.: Margin of Appreciation and Principle of Proportionality, 2002)
- Augstein, Maria-Sabine: Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 10 ff.
- Dies.: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16.03.1982 – 1 BvR 938/81, StAZ 1982, S. 173–174.
- Dies.: Berichtigung des Vornamens in Fällen einer Unrichtigkeit des Geschlechtseintrages im Geburtenbuch durch die Zivilgerichte im Verfahren nach §§ 47 ff PStG?, StAZ 1980, S. 52–53.
- Dies.: Transsexuellengesetz, Baden-Baden 2012.

- Dies.: Zur Kostenübernahmepflicht der Krankenkasse, in: Stalla, Günter (Hrsg.), *Therapieleitfaden Transsexualität*, 1. Aufl., Bremen 2006, S. 51–57.
- Dies.: Entscheidungen zur Transsexualität und Intersexualität bis zum 31.12.1980, *StAZ* 1982, S. 240–241.
- Dies.: Berichtigung des Vornamens in Fällen einer Unrichtigkeit des Geschlechtseintrages im Geburtenbuch durch die Zivilgerichte im Verfahren nach §§ 47 ff PStG?, *StAZ* 1980, S. 52–53.
- Dies.: Transsexuelle sind Frauen und Männer, *Zeitschrift für Sexualforschung*, 1992 (5), S. 255–260.
- Badenhop, Johannes: *Normtheoretische Grundlagen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Baden-Baden 2010.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert: *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, 39. Edition, Stand: 01.05.2016, München.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth (Hrsg.), *Beck'scher Online Kommentar BGB*)
- Basedow, Jürgen/Scherpe, Jens: *Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht*, Tübingen 2004.
- Becker, Sophinette: Abschied vom „echten“ Transsexuellen – Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 06. Dezember 2005, *Zeitschrift für Sexualforschung* 2006 (19), S. 154–158.
- Dies.: Transsexualität – Geschlechtsidentitätsstörung, in: Kockott, Götz/Fahrner, Eva-Maria (Hrsg.), *Sexualstörungen*, Stuttgart 2004, S. 153–201.
- Becker, Sophinette/Berner, Wolfgang/Dannecker, Martin/Richert-Appelt, Hertha: Stellungnahme zur Anfrage des Bundesministeriums des Inneren vom 11. Dezember 2000 zur Revision des Transsexuellengesetzes, *Zeitschrift für Sexualforschung* 2001 (14), S. 258–268.
- Becker, Sophinette/Bosinski, Hartmut A. G./Clement, Ulrich/Eicher, Wolf/Goerlich, Thomas M./Hartmann, Uwe/Kockott, Götz/Langer, Dieter/Preuss, Wilhelm F./Schmidt, Gunter/Springer, Alfred/Will, Reinhard: Standards der Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung, der Akademie für Sexualmedizin und der Gesellschaft für Sexualwissenschaften, *Zeitschrift für Sexualforschung* (10), 1997, S. 147–156.
- Becker, Walter: Das Transsexuellengesetz, *Zeitschrift für Familienforschung* 1981, S. 1–4.

- Beger, Nico J./Franzen, Jannik/Genschel, Corinna: *Differente Bewegungen. Ein Gespräch über politische Aspekte von Transgender und andere Bewegungen*, in: Polymorph (Hrsg.), *(K)ein Geschlecht oder viele? Transgender in politischer Perspektive*, Berlin 2002, S. 205–240.
- Beger, Nico J./Franzen, Jannik: „Zwischen die Stühle gefallen“. Ein Gespräch über queere Kritik und gelebte Geschlechterentwürfe, in: Polymorph (Hrsg.), *(K)ein Geschlecht oder viele? Transgender in politischer Perspektive*, Berlin 2002, S. 53–68.
- Benvenisti, Eyal: *Margin of Appreciation, Consensus and Universal Standards*, *New York University Journal of Law and Politics* 31:843 (1999), S. 843–854.
- Bergmann, Alexander/Ferid, Murat/Heinrich, Dieter (Hrsg.): *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*, Loseblattsammlung, Frankfurt am Main Stand: 201. Lieferung.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Bergmann/Ferid/Heinrich, *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht*)
- Bergmann, Jan: *Handlexikon der Europäischen Union*, 5. Aufl., Baden-Baden, 2015.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Bergmann (Hrsg.), *Handlexikon der Europäischen Union*)
- Bernhardt, Rudolf: *Internationaler Menschenrechtsschutz und nationaler Gestaltungsspielraum in: Völkerrecht als Rechtsordnung Internationale Gerichtsbarkeit Menschenrecht Festschrift für Hermann Mosler, Bernhardt et. al. (Hrsg.)*, Berlin 1983.
- Brachthäuser, Franziska/Remus, Juana: *Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 22.06.2016 – XII ZB 52/15, NJW 2016, S. 2887–2887*.
- Bräcklein, Susanne: *Eine Ehe ist eine Ehe ist eine Ehe? Zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.05.2008, StAZ 2008, S. 297–307*.
- Bradley, D. C.: *Transsexualism – Ideology, Legal Policy and Political Culture*, in: *Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law*, Straßburg 1995, S. 59–74.
- Brähler, Elmar: *Elternschaft, Rolle der Frau und Beratung*, in: *Das Bundesministerium der Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland*, 2001, S. 96–98.
- Braun, Johann: *Gerechtigkeit – was ist das?*, Jura 2014, S. 865–871.
- Breemhaar, Willem: *Das belgische Transsexuellengesetz*, StAZ 2008, S. 268–273.

- Ders.: Das niederländische Transsexuellengesetz, StAZ 1986, S. 204–206.
- Brems, Eva: The Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Court of Human Rights, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1996 (56), S. 240–314.
- Britz, Gabriele: Bedeutung der EMRK für nationale Verwaltungsgerichte und Behörden. Erweiterte Bindungswirkung nach EuGH, Slg. 2002, I-EUGH-SLG Jahr 2002 I Seite 6279 – Carpenter?, NVwZ 2004, S. 173–77.
- Brosius-Gersdorf, Frauke: Die Ehe für alle durch Änderung des BGB – Zur Verfassungsmäßigkeit der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare, NJW 2015, S. 3557–3561.
- Bruns, Manfred/Kemper, Rainer: Lebenspartnerschaftsgesetz Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2005.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Bruns/Kemper (Hrsg.), Hk- LPartG)
- Bruns, Manfred: Folgerungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Reform des Transsexuellengesetzes, Zeitschrift für Sexualforschung 2007, S. 42–51.
- Büchler, Andrea/Cottier, Michelle: Intersexualität, Transsexualität und das Recht, Freiburger Frauenstudien, Queering Gender 2005, S. 115–140.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: EUV/AEUV: das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München 2011.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV)
- Carsten, Gebhard: Ein Gesetz der Geschlechtszugehörigkeit, StAZ 1972, S. 332.
- Coester-Waltjen, Dagmar: Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?, JZ 2010, S. 852–856.
- Cohen-Kettenis, P.T./Gooren, L.J.G: Transsexualism: A review of etiology, diagnosis and treatment, Journal of Psychosomatic Research, Vol. 46, No. 4, 1999, S. 315–333.
- Cornils, Matthias: Entscheidungsanmerkung zu BVerfGE 121, 175–205 und BVerfGE 120, 224–273: Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen, ZJS 2009, S. 85–89.
- Correll, Cathrin: Im falschen Körper – Ein Beitrag zur rechtlichen und tatsächlichen Problematik der Transsexualität, NJW 1999, S. 3372–3377.
- Cottier, Michelle: Anmerkungen zu Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Ersten Senats vom 06.12.2005, 1 BvL 3/03, Die Praxis des Familienrechts (FamPra.ch) 2006, S. 405–407.

- Cowan, Sharon: Gender is no substitute for sex: A comparative human rights analysis of the legal regulation of sexual identity, *Feminist Legal Studies*, Vol. 13 No. 1 2005, S. 67–96.
- Damm, Sven Mirko: Menschenwürde, Freiheit, komplexe Gleichheit: Dimensionen grundrechtlichen Gleichheitsschutzes, Berlin 2006.
- Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz: Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.), Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht – Empfehlungen für eine Reform des Abstammungsrechts, Berlin 2017.
- de la Rassilla del Moral, Ignacio: The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine, *German Law Journal* Vol. 07 No. 6 (2006), S. 611–623.
- De Silva, Adrian: Transsexualität im Spannungsfeld juristischer und medizinischer Diskurse, *Zeitschrift für Sexualforschung* 2005, S. 258–271.
- Dederer, Hans-Georg: Die Architektur des europäischen Grundrechtsraums, *ZaöRV* 2006, S. 575–624.
- Degenhart, Christoph: Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG, *JuS* 1992, S. 361–368.
- Dernburg, Heinrich: Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Band 1, 2. Aufl., Halle 1879.
- Dethloff, Nina: Familiengründung gleichgeschlechtlicher Paare in Europa, in: Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes (Hrsg.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa Festschrift für Wulf-Henning Roth*, München 2015, S. 51–63.
- Dies.: Die Eingetragene Lebenspartnerschaft – Ein neues familienrechtliches Institut, *NJW* 2001, S. 2598–2604.
- Dies.: Familienrecht, 32. Aufl., München 2018.
- Dies.: Adoption und Sorgerecht – Problembereiche für die eingetragenen Lebenspartner?, *FPR* 2010, S. 208–210.
- Dies.: Changing Family Forms: Challenges for German Law, in: *Victoria University of Wellington Law Review*, Vol. 46, No. 3, October 2015, Issue in Honour of Professor Bill Atkin, hrsg. von Angelo/McLay/Marten, Wellington 2015, S. 671–682.
(zit. Dethloff, Changing Family Forms: Challenges for German Law, *VUWLR* 2015)
- Dies.: Familienrecht in Europa – Quo vadis?, *NJW* 2018, S. 23–28.

- Di Fabio, Udo: Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, Tübingen 2001.
- Dömming, Klaus Berto/Füsslein, Rudolf Werner/Matz, Werner: Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes: im Auftrage der Abwicklungsstelle des Parlamentarischen Rates und des Bundesministers des Innern auf Grund der Verhandlungen des Parlamentarischen Rates, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, NF 1951, Tübingen.
(zit.: Dömming/Füsslein/Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR NF 1951)
- Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo: EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 2. Aufl., Tübingen 2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG)
- Dreier, Horst: Grundgesetz Kommentar, Bd. 1: Präambel, Artikel 1-19, 2. Aufl., Tübingen 2004.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl. 2004)
Grundgesetz Kommentar, Bd. 1: Präambel, Artikel 1-19, 3. Aufl., Tübingen 2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Dreier (Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2013)
- Dröge, Cordula: Positive Verpflichtungen in der Europäischen Menschenrechtskonvention, Berlin 2003.
- Dunne, Peter: „Recognizing Identities, Denying Families“: Conditions for the Legal Recognition of Gender Identity in Europe, in: Casonato, Carlo/Schuster, Alexander (Hrsg.), Rights On The Move – Rainbow Families in Europe, Proceedings of the Conference, Trento, 16–17 October 2014, Trento, 2014, S. 295–309.
(zit.: Dunne, „Recognizing Identities, Denying Families“, in: Casonato/Schuster (Hrsg.), Rights On The Move – Rainbow Families in Europe, 2014)
- Eberle, Arnulf: Transsexualität im Spannungsfeld von Medizin und Recht, Medizinische Klinik 1974, S. 304.
- Ders.: Ausfüllung einer Gesetzeslücke bei Transsexualismus durch progressive Rechtsfindung oder gesetzliche Fiktion, NJW 1971, S. 220–224.
- Ders.: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 21.09.1971 – Az. IV ZB 61/70, NJW 1972, S. 333.
- Eicher, Wolf: Transsexualismus: Möglichkeiten und Grenzen der Geschlechtsumwandlung, Stuttgart 1984.

- Elsuni, Sarah: Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte: Eine geschlechtertheoretische Untersuchung der Konzepte Geschlecht, Gleichheit und Diskriminierung im Menschenrechtssystem der Vereinten Nationen, Baden-Baden 2011.
- Everts, Arne: Eingetragene Lebenspartnerschaft zwischen Personen verschiedenen Geschlechts – de lege de lata, Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2004, S. 597–599.
- Ferrer i Riba, Josep: Neueste Entwicklungen im spanischen Personen- und Familienrecht in den Jahren 2006–2007, FamRZ 2007, S. 1513–1517.
- Förster, Peter: Transsexualität und ihre Auswirkungen auf die Ehefähigkeit – Eine kanonistische Untersuchung, München 2013.
(zit.: Förster, Transsexualität und Ehefähigkeit, 2013)
- Frie, Birgit: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017 – Az. 1 BvR 2019/16, NZFam 2017, S. 1149–1152.
- Frowein, Jochen/Peukert, Wolfgang: Europäische Menschenrechtskonvention: EMRK-Kommentar, 3. Aufl., Kehl 2009.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar)
- Frowein, Jochen/Villiger, Mark: Constitutional Jurisdiction in the Context of State Powers: Report of the European Commission of Human Rights, HRLJ 1988, S. 23.
- Gerards, Janneke: Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation, European Law Journal Vol. 17 (2011), S. 80–120.
- Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar: Familienrecht, 6. Auflage, München 2010.
- Gonzalez Salzberg, Damian A.: Confirming (the Illusion of) Heterosexual Marriage: Hämäläinen v. Finland, Journal of International and Comparative Law 2015, Vol. 2, No.1, S. 173–186.
- Gössl, Susanne Lilian: Abstammung und Geschlecht, ZRP 2018, S. 174–177.
- Dies.: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – XII ZB 660/14, LMK 2017, 398618.
- Grabenwarter, Christoph/Pabel, Katharina: Europäische Menschenrechtskonvention, 7. Aufl., München 2021.
- Grabenwarter, Christoph: Grundrechtsvielfalt und Grundrechtskonflikte im europäischen Mehrebenensystem – Wirkung von EGMR-Urteilen und der Beurteilungsspielraum der Mitgliedstaaten, Europäische Grundrechte Zeitschrift (2011), S. 229–232.

- Green, Richard: Transsexuals' Children, *The International Journal of Transgenderism*, 1998 (2), S. 1–7.
- Greif, Elisabeth: *Doing Trans/Gender: Rechtliche Dimensionen*, Linz, 2005.
- Grewe, Constanze: Vergleich zwischen den Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, *ZaöRV* 2001, S. 459–473.
(zit.: Grewe, *Interpretationsmethoden europäischer Verfassungsgerichte und des EGMR*, *ZaöRV* 2001)
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin: *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl., Baden-Baden 2015.
(zit.: *Bearbeiter*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*)
- Groß, Dominik: Grünberger, Die Reform des Transsexuellengesetzes: Großer Wurf oder kleine Schritte?, in: Groß, Dominik/Neuschaefer-Rube, Christiane/Steinmetzer, Jan (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, Berlin 2008, S. 81–110.
- Grünberger, Michael: Plädoyer für ein zeitgemäßes TSG, *StAZ* 2007, S. 357–368.
- Ders.: Anmerkung zu einer Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 11.01.2011 – Zur Verfassungswidrigkeit des Transsexuellengesetzes, *JZ* 2011, S. 368–371.
- Ders.: Anmerkung zu BVerfG Beschluss vom 06.12.2005, *JZ* 2006, S. 513–519.
- Ders.: Von Bernhard Markus Antoinette zu Anderson Bernd Peter, *Archiv für zivilistische Praxis* 207 2007, S. 314–339.
- Güldenring, Anette-Kathrin: Zur „Psychodiagnostik von Geschlechtsidentität“ im Rahmen des Transsexuellengesetzes, *Zeitschrift für Sexualforschung*, 2013 (26), S. 160–174.
- Häberle, Peter: Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, *EuGRZ* 1991, 261–274.
- Hammarberg, Thomas: *Human Rights and Gender Identity*, Europarat, Issue Paper, Council of Europe Commissioner for Human Rights, Strasbourg 2009.
- Ders.: *Menschenrechte und Geschlechtsidentität*, Themenpapier von Thomas Hammarberg, Europarat, Kommissar für Menschenrechte.
(zit.: Hammarberg, *Menschenrechte und Geschlechtsidentität*, Themenpapier, Europarat/Kommissar für Menschenrechte, 2010)

- Haupt, Horst-Jörg: Die Pathologisierung transsexueller Menschen beenden!
Ein Statement des Sozialpsychiatrischen Dienstes Kanton Uri zum Vortrag
von Frau Helena Nygren-Krug, online veröffentlicht [http://trans-evi-
dence.com/wp-content/uploads/bsk-files-manager/40_Die__Pathologi-
sierung_transsexueller_Menschen_beenden.pdf](http://trans-evi-
dence.com/wp-content/uploads/bsk-files-manager/40_Die__Pathologi-
sierung_transsexueller_Menschen_beenden.pdf).
- Heiderhoff, Bettina: Ehevoraussetzungen in Europa, StAZ 2017, S. 193–201.
- Helms, Tobias: Abstammungsrecht und Kindeswohl, StAZ 2014, S. 225–232.
- Ders.: Abstammungsrecht und Kindeswohl, in: Röthel, Anne/Heiderhoff,
Bettina (Hrsg.), Regelungsaufgabe Vaterstellung, Frankfurt am Main 2014,
S. 19–36.
- Hill, Andreas: Soziale Umwelt und sexuelle Identitätsbildung, in: Duttge,
Gunnar/Engel, Wolfgang/Zoll, Barbara (Hrsg.), Sexuelle Identität und ge-
sellschaftliche Norm, Göttingen 2010, S. 37–52.
- Hillgruber, Christian: Anmerkung zu BVerfG Beschl. v. 07.07.2009 – Az. 1
BvR 1164/07, JZ 2010, S. 41–44.
- Hirschauer, Stefan: Die soziale Konstruktion der Transsexualität: Über die Me-
dizin und den Geschlechtswechsel, Frankfurt am Main 1993.
- Hirschfeld, Magnus: Die intersexuelle Konstitution, in: Jahrbuch für sexuelle
Zwischenstufen 23 (1923), S. 3–27.
- Ders.: Die Transvestiten. Ein Untersuchung über den erotischen Verkleidungs-
trieb, 2. Aufl., Leipzig 1925.
- Holzleithner, Elisabeth: Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs, in: Rudolf,
Beate (Hrsg.), Geschlecht im Recht. Eine fortbestehende Herausforderung,
Göttingen 2009, S. 37–62.
- Dies.: Recht Macht Geschlecht – legal-gender-studies: eine Einführung, Wien
2002.
- Huber, Peter M.: Auslegung und Anwendung der Charta der Grundrechte,
NJW 2011, S. 2385–2390.
- Hufen, Friedhelm: Menschenwürde, in: Hanschel, Dirk/Kielmansegg, Sebas-
tian/Kischel, Uwe u.a. (Hrsg.), Mensch und Recht: Festschrift für Eibe
Riedel zum 70. Geburtstag, Berlin 2013, S. 461–471.
- Ders.: Schutz der bestehenden Ehe eines Transsexuellen (BVerfG, Beschluss
vom 27. 5. 2008 – 1 BvL 10/05), JuS 2009, S. 259–260.
- Ders.: Staatsrecht II, 3. Aufl., München 2011.

- Hutchinson, Michael R.: The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights, *International and Comparative Law Quarterly* 48 (1999), S. 638–650.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band 7: Freiheitsrechte, 3. Aufl., Heidelberg 2009.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbdStR, Bd. 7)
- Jacobs, Francis Geoffrey/White, Robin C.A./Ovey Clare: The European Convention on Human Rights, 6. Aufl., Oxford 2014.
- Jäschke, Moritz: Überlegungen zur Abschaffung des Transsexuellengesetzes (TSG), *NZ Fam* 2019, S. 895–900.
- Jarass Hans/Pieroth, Bodo: Grundgesetzkommentar für die Bundesrepublik Deutschland, 13. Aufl., München 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Jarass/Pieroth)
- Jarass, Hans: Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl., München 2016.
- Jauernig, Othmar: Kommentar zum BGB, 15. Aufl., München 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Jauernig BGB Kommentar)
- Karl, Wolfram/Schmahl, Stefanie/Pabel, Katharina: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Köln, 13. EGL, 2010.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Karl/Pabel/Schmahl, Int. Kommentar EMRK)
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz. C.: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten: Kommentar, 2. Aufl., München 2015.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK)
- Katzorke, Thomas: Keimzellspende – medizinische, soziale und juristische Aspekte aus ärztlicher Sicht, in: Das Bundesministerium der Gesundheit (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, 2001, S. 122–133.
- Kemper, Rainer: Voraussetzungen für die Eingehung einer Lebenspartnerschaft durch Transsexuelle, *Der Familienrechtsberater*, 2011, S. 179–180.
- Ders.: Die Lebenspartnerschaft in der Entwicklung – Perspektiven für die Weiterentwicklung des Lebenspartnerschaftsrechts nach dem Urteil des BVerfG vom 17.07.2002, *FPR* 2003, S. 1–5.
- Killerby, Margaret: Speech, in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, Straßburg 1995, S. 13–16.
- Kingreen, Thorsten: Grundrechtsverbund oder Grundrechtsunion?: Zur Entwicklung der subjektiv-öffentlichen Rechte im europäischen Unionsrecht, *EuR* 2010, S. 338–364.

- Kirchhoff, Ferdinand: Grundrechtsschutz durch europäische und nationale Gerichte, NJW 2011, S. 3681–3686.
- Ders.: Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte: Die Wiederkehr der Frage eines Anwendungsvorrangs unter anderer Perspektive, NVwZ 2014, S. 1537–1541.
- Ders.: Kooperation zwischen nationalen und europäischen Gerichten, EuR 2014, S. 267–277.
- Kischel, Uwe: Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz, AöR 124 1999, S. 174 – 211.
- Klatt, Matthias: Positive Obligations under the European Convention of Human Rights, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 71 (2011), S. 691–718.
- Kleffmann, Norbert/Motzer, Stefan/Doering-Striening, Gudrun/Praxishandbuch Familienrecht, 30. EGL, München 2016.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Kleffmann/Motzer/Doering-Striening (Hrsg.), Praxishandbuch Familienrecht)
- Klocke, Daniel Matthias: Die dynamische Auslegung der EMRK im Lichte der Dokumente des Europarats, EuR 2015, S. 148–169.
- Koch, Georg: Transsexualismus und Intersexualität: Rechtliche Aspekte, MedR 1986, S. 172–176.
- Koch-Rein, Anne: Mehr Geschlecht als Recht? Transgender als Herausforderung an Antidiskriminierungsrecht, STREIT (1) 2006, S. 9–16.
- Kolbe, Angelika: Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, Baden-Baden 2010.
- Koppernock, Martin: Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung: zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Baden-Baden 1997.
- Krege, Susanne: Störungen der sexuellen Entwicklung und Sexualität im Kindesalter, Der Urologe 2011, S. 1449–1463.
- Kreß, Hartmut: Uterustransplantation und In-vitro-Fertilisation mit nachfolgender Schwangerschaft, MedR 2016, S. 242–247
- Krömer, Karl: Vaterschaftsanerkennung eines Transsexuellen, Fachausschuss-Nr. 3599, StAZ 2002, S. 50.
- Kropholler, Jan: Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Verfahrensrechts, 6. Aufl., Tübingen 2006.
- Krüger, Matthias: Intersexualität im Recht, StAZ 2006, S. 260–263.

- Kubiciel, Michael: Grund und Grenzen des Verbots der Präimplantationsdiagnostik, NStZ 2013, S. 382–386.
- Kühne, Hans-Heiner: Die Entscheidung des EuGHMR in Sachen Öcalan, JZ 2003, S. 670–674.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian: Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., München 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Lackner/Kühl (Hrsg.), StGB)
- Ladiges, Manuel: Der Geschlechtsbegriff im Strafrecht: Zum neuen Tatbestand „Verstümmelung weiblicher Genitalien“ in § 226 a StGB, in: Recht und Politik 2014, S. 15–18.
- Landén, M./Wälinder, J./Hambert, G./Lundström, B.: Factors predictive of regret in sex reassignment, Acta Psychiatrica Scandinavica, Volume 97, Issue 4, April 1998, S. 284–289.
- Lang, Claudia: Intersexualität: Menschen zwischen den Geschlechtern, Frankfurt am Main 2006.
- Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Handbuch des Arztrechts, 4. Aufl., München 2010.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts)
- Lenaerts, Köhn: Die EU-Grundrechtecharta: Anwendbarkeit und Auslegung, EuR 2012, S. 3–18.
- Letsas, George: A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights, Oxford 2007.
- Limbach, Jutta: Das Bundesverfassungsgericht und der Grundrechtsschutz in Europa, NJW 2001, S. 2913–2919.
- Lipp, Volker: Rechtsprobleme bei der Begründung einer Lebenspartnerschaft, StAZ 2002, S. 354–361.
- Löhnig, Martin: Anmerkung zu BGH Beschluss vom 29.11.2017 – Az. XII ZB 459/16, NZFam 2018, S. 82–83.
- Löhnig, Martin: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 29.11.2017 – Az. XII ZB 345/17, NZFam 2018, S. 139.
- MacDonald, R.St.: The Margin of Appreciation, in: ders./Matscher, Franz/Petzold, Herbert (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, Dordrecht 1993, S. 83–124.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian: Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1 Präambel, Art. 1-19, 6. Aufl., München 2010.
(zit.: *Bearbeiter*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum GG)

- Mason, J. Kenyon: United Kingdom v Europe: Current Attitudes to Transsexualism, *Edinburgh Law Review* 1998, S. 107–119.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter: Grundgesetz-Kommentar, München 71.–76., 84 EGL 2014-2018.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, EGL Jahr)
- Mayer, Claudia: Verfahrensrechtliche Anerkennung einer ausländischen Abstammungsentscheidung zugunsten eingetragener Lebenspartner im Falle einer Leihmutterchaft, *StAZ* 2015, S. 33–40.
- Metzger, Nicole: Influencing factors on the decision process of the transition objective of transmen. An exploratory study of transmen in Germany and Switzerland, Zürich 2014.
- Meyenburg, Bernd/Renter-Schmidt, Karin/Schmidt, Gunter: Begutachtung nach dem Transsexuellengesetz, *Zeitschrift für Sexualforschung* 28/2015, S. 107–120.
- Meyer, Jürgen: Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union)
- Meyer-Ladewig, Jens: Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017.
- Meyerowitz, Joanne: How Sex changed: a history of transsexuality in the United States, Cambridge 2002.
- Mittag, Jana/Sauer, Arn: Thema Geschlechtsidentität – Geschlechtsidentität und Menschenrechte im internationalen Kontext, *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 55–62.
- Mottet, Lisa: Modernizing State Vital Statistics Statutes and Policies to Ensure Accurate Gender Markers on Birth Certificates: A Good Government Approach to Recognizing the Lives of Transgender People, *19 Mich. J. Gender & L.* 373 (2013), S. 376–470.
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 15. Aufl., München 2015.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar*, 15. Aufl. 2015)
- Dies.: Müller-Glöge/Preis/Schmidt, *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 14. Aufl., München 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar*, 14. Aufl. 2014)

- Müller-Götzmann, Christian: *Artifizielle Reproduktion und gleichgeschlechtliche Elternschaft*, Berlin 2009.
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip: *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1: Präambel bis Art. 69, 6. Aufl., München 2012.
(zit.: *Bearbeiter*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar)
- Muscheler, Karlheinz: *Das Recht der Eingetragenen Lebenspartnerschaft: Handbuch für die gerichtliche, anwaltliche und notarielle Praxis*, 2. Aufl., Berlin 2004.
- Mutius, Albert von: *Entwurf eines Transsexuellengesetzes*, Jura 1980, S. 112.
- Nevinny-Stickel, Josef/Hammerstein, Jürgen: *Medizinisch-juristische Aspekte der menschlichen Transsexualität*, NJW 1967, S. 663–666.
- Nowak, Carsten/Heselhaus, Sebastian: *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, 1. Aufl., München 2006.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Nowak/Heselhaus, *Handbuch der Europäischen Grundrechte*)
- Nowak, Manfred: *Article 3*, in: *EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Juni 2006 (Online-Kommentar, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/justice/fundamental-rights/files/networkcommentaryfinal_en.pdf)
- Öhlinger, Theo: *Verfassungsrecht*, 7. Aufl., Wien 2007.
- Osburg, Susanne/Weitze, Cordula: *Betrachtungen über zehn Jahre Transsexuellengesetz*, *Recht & Psychiatrie* 1993, S. 94 ff.
- Pache, Eckhard: *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung*, *EuR* 2004, S. 393–415.
- Papier, Hans-Jürgen: *Umsetzung und Wirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte aus der Perspektive der nationalen deutschen Gerichte*, *EuGRZ* 2006, S. 1–3.
- Pawlowski, Hans-Martin: *Anmerkung zu BVerfGE 116, 243*, *JZ* 2007, S. 413–415.
- Pellonpää, Matti: *Kontrolldichte des Grund- und Menschenrechtsschutzes in mehrpoligen Rechtsverhältnissen – Aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*, *Europäische Grundrechte Zeitschrift* (2006), S. 483–486.
- Peters, Anne/Altwicker, Tilmann: *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2. Aufl., München 2012.

- Peuckert, Rüdiger: Familienformen im sozialen Wandel, Wiesbaden 2008.
- Pfäfflin, Friedemann: Plädoyer für die Abschaffung des Transsexuellengesetzes, *Recht & Psychiatrie* 2011, 29. Jahrgang, 2. Vierteljahr, S. 62–62.
- Ders.: Soziale Probleme, in: Stalla, Günter (Hrsg.), *Therapieleitfaden Transsexualität*, Bremen 2006, S. 65–68.
- Ders.: Fünf Jahre Transsexuellengesetz – Eine Zwischenbilanz, *StAZ* 1986, S. 199–203.
- Ders.: Zu den somatischen Voraussetzungen für Personenstandsänderungen bei Frau-zu-Mann-Transsexuellen, *Recht & Psychiatrie* 1993, S. 108–119.
- Ders.: Geschlechtsumwandlung, in: Roxin, Claus/Schroth, Ulrich (Hrsg.), *Handbuch des Medizinstrafrechts*, 4. Aufl., Stuttgart u.a. 2010, S. 646–668.
- Pfeiffer, Gerd/Strickert, Hans-Georg: *Personenstandsgesetz: Kommentar*, Berlin 1961.
- Pichlo, Hans-Günter: Transsexualismus – leistungsrechtliche und gutachterliche Kriterien für geschlechtsangleichende somatische Maßnahmen aus Sicht des MDK Nordrhein, in: Groß, Dominik/Neuschaefer-Rube, Christiane/Steinmetzer, Jan (Hrsg.), *Transsexualität und Intersexualität*, Berlin 2008, S. 119–129.
- Pimenoff, Veronica/Will, Michael R.: Zum neuen finnischen Transsexuellengesetz, *StAZ* 2003, S. 71–73.
- Plett, Konstanze: Intersexuelle gefangen zwischen Recht und Medizin, in: *Gewalt und Geschlecht: Konstruktionen, Positionen, Praxen*; Koher, Frauke/Pühl, Katharina (Hrsg.), Opladen 2003, S. 21–41.
- Dies.: Begrenzte Toleranz des Rechts gegenüber individueller sexueller Identität, in: Duttge, Gunnar/Engel, Wolfgang/Zoll, Barbara (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Normen*, Göttingen 2010 (*Göttinger Schriften zum Medizinrecht – Bd. 10*), S. 53–67.
- Dies.: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 07.01.2004 – C-117/01, K.B. . / . National Health Service, *ZESAR* 2004, S. 303–308.
- Preuss, Wilhelm: *Behandlung und Begutachtung von Transsexuellen*, Psychotherapeut 1997, S. 256–262.
- Rauchfleisch, Udo: *Transsexualität – Transidentität, Begutachtung, Begleitung, Therapie*, 3. Aufl., Göttingen 2012.

- Regh, Alexander: Transgender in Deutschland zwischen Transsexuellen-Selbsthilfe und Kritik an der Zweigeschlechterordnung. Quo vadis, Trans(was auch immer)?, in: Polymorph (Hrsg.), (K)ein Geschlecht oder viele? Transgender in politischer Perspektive, Berlin 2002, S. 185–205.
- Reid, Russel: Psychiatric and Psychological Aspects of Transsexualism, in: Council of Europe, XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law, Straßburg 1995, S. 25–50.
- Reinert, Deborah: Rechtliche Regelungen bei Transsexualität, Psychotherapie im Dialog, 2009, S. 48–54.
- Reinhard, Frank: Anmerkung zu LG Mannheim, Urt. v. 16.11.1995 – (4) 3 Kls 5/95, NStZ 1997, S. 87–89.
- Reinke, Mathias: Fortpflanzungsfreiheit und das Verbot der Fremdeizellspende, Berlin 2008.
- Ress, Georg: Supranationaler Menschenrechtsschutz und der Wandel der Staatlichkeit, ZaöRV 64 (2004), S. 621–639.
- Rhein, Kai-Uwe: Personenstandsgesetz, 1. Aufl., Baden-Baden 2012.
- Richardson, Geneva: Coercion and human rights: A European perspective, Journal of Mental Health, 2008 Vol. 17 Iss. 3, S. 245–254.
- Richter-Appelt, Hertha: Intersexualität nicht Transsexualität: Abgrenzung, aktuelle Ergebnisse und Reformvorschläge, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2013, Volume 56, Issue 2, S. 240–249.
- Dies.: Intersexualität: Störungen der Geschlechtsentwicklung, Bundesgesundheitsblatt – Gesundheitsforschung – Gesundheitsschutz 2007, Volume 50, Issue 1, S. 52–61.
- Rieck, Jürgen: Ausländisches Familienrecht, 12. EGL, München 2014.
- Rixe, Georg: Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa, FPR 2008, S. 222–230.
- Ders.: Anmerkung zum Beschluss des BVerfG v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05, Forum Familienrecht 11/2008, S. 451.
- Roth, Markus: Anmerkung zum Beschluss des BVerfG vom 18.07.2006, Az.: 1 BvL 12/04 (Verfassungsmäßigkeit des Transsexuellengesetzes), StAZ 2007 Heft 1, S. 17.
- Röthel, Anne: Lebensformen – Status – Personenstand: Rechtsvergleichend und rechtspolitisch betrachtet, StAZ 2006, S. 34–42.

- Rubel, Jörgen: *Entscheidungsfreiräume in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte und des Europäischen Gerichtshofes: Ein Beitrag zur Beantwortung der Kontrollrichtfrage*, Münster 2005.
- Rupp, Marina: *Die Lebenssituation von Kindern aus gleichgeschlechtlichen Partnerschaften*, Köln 2009.
- Rupp-Swienty, Annette: *Die Doktrin der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte*, Jur. Diss., Universität München 1998.
- Sachs, Michael: *GG-Kommentar*, 7. Aufl., München, 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Sachs (Hrsg.), *GG-Kommentar*)
- Ders.: *Ungleichbehandlung ausländischer Transsexueller bei Änderung des Vornamens und Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit*, JuS 2007, S. 672–675.
- Ders.: *Altersgrenze für Vornamensänderung bei Transsexuellen*, JuS 1993, S. 862–863.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 8, 7. Aufl., München 2017.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *MüKo BGB*, Bd. 8, 7. Aufl. 2017)
- Dies.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1, 8. Aufl., München 2018.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *MüKo BGB*, Bd. 1, 8. Aufl. 2018)
- Dies.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 9, 7. Aufl., München 2017.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *MüKo BGB*, Bd. 9, 7. Aufl. 2017)
- Dies.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 5, 6. Aufl., München 2013.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *MüKo BGB*, Bd. 5, 6. Aufl. 2013)
- Dies.: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 11, 7. Aufl., München 2018.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Säcker/Rixecker (Hrsg.), *MüKo BGB*, Bd. 11, 7. Aufl. 2018)

- Sacksofsky, Ute: Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle in Deutschland und Europa, in: Hohmann-Dennhardt, Christine/ Masuch, Peter/ Villingner, Mark (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität: Durchsetzung und Verfahren, Festschrift für Renate Jaeger, Kehl am Rhein 2011, S. 675–701.
- Sauer, Arn: Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge zu Trans- und Intergeschlechtlichkeiten, in: Das Bundesministerium für Familie, Frauen, Senioren und Jugend (Hrsg.), Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- & Transsexualität – Band 1, Berlin 2016.
(zit.: Gutachten: Begrifflichkeiten, Definitionen und disziplinäre Zugänge, BMFSFJ (Hrsg.), 2016)
- Savin-Williams, R. C.: An exploratory study of pubertal maturation timing and self-esteem among gay and bisexual male youths, *Developmental Psychology* 31, S. 56–64.
- Schammler, Anja: Transsexualität und Strafvollzug: Die Störung der geschlechtlichen Identität von Strafgefangenen als strafvollzugsrechtliches Problem, Berlin 2008.
- Scherpe, Jens M.: Die deutsche eingetragene Lebenspartnerschaft im internationalen Vergleich, *FPR* 2010, S. 211–213.
- Ders.: Elternschaft im Vereinigten Königreich nach dem Human Fertilisation and Embryology Act 2008, *FamRZ* 2010, S. 1513–1516.
- Ders.: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 26.06.2018, Rs. C-451/16 – MB/ Secretary of State, *ECLI:EU:C:2018:492*, *FamRZ* 2018, S. 1282–1282.
- Scherpe, Jens M./Dunne, Peter: Conclusion, Comparative Analysis and Recommendations, in: Scherpe, Jens (Hrsg.), *The legal status of transsexual and transgender persons*, Antwerpen 2015, S. 613–663.
- Schmidt, Anja: Geschlecht und Transsexualität, in: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Baden-Baden 2012, S. 174–192.
- Schmidt, Christopher: Stärkung der (Wunsch-)Eltern, Schwächung der Kinder: Anmerkungen zu den Vorschlägen des Arbeitskreises Abstammungsrecht, *NZFam* 2018, S. 1009–1012.
- Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopf, Axel: *GG-Kommentar zum GG*, 13. Aufl., Köln 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopf, *Kommentar zum GG*)
- Schneider, Alfred: Zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem Transsexuellengesetz, *NJW* 1992, S. 2940–2941.

- Ders.: Rechtsprobleme der Transsexualität – unter besonderer Berücksichtigung personenstandsrechtlicher und eherechtlicher Probleme (de lege lata und de lege ferenda), Frankfurt u.a. 1977.
- Ders.: Zu den Voraussetzungen einer Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit, MedR 1984, S. 141–142.
- Schneider, Hans-Peter: 50 Jahre Grundgesetz – Vom westdeutschen Provisorium zur gesamtdeutschen Verfassung, NJW 1999, S. 1497–1504.
- Ders.: Acht an der Macht! Das BVerfG als „Reparaturbetrieb“ des Parlamentarismus?, NJW 1999, S. 1303–1305.
- Schubert, Klaus/Klein, Martina: Das Politiklexikon: Begriffe, Fakten, Zusammenhänge, 5. Aufl., Bonn 2011.
- Schulze, Reiner u.a.: Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Schulze/Dörner/Ebert, BGB Kommentar)
- Schwab, Dieter: Familienrecht, 23. Aufl., München 2015.
- Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Bär-Bouyssière, Bertold: EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Schwarze, EU-Kommentar)
- Seiberts, Helga: Anmerkung zu EGMR, Urt. v. 06.11.1980 - 7654/76, EuGRZ 1981, S. 281.
- Sharpe, Andrew N.: English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett, Feminist Legal Studies (10) 2002, S. 65–89.
- Ders.: Transgender Jurisprudence, London u.a Cavendish, 2002.
- Ders.: Transgender Marriage and the Legal Obligation to Disclose Gender History, The Modern Law Review 75 (2012), S. 33–53.
- Ders.: A Critique of the Gender Recognition Act 2004, Bioethical Inquiry (2007), S. 33–42.
- Sieberichs, Wolf: Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, S. 1180–1184.
- Sieß, Gerhard: Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit – Das Transsexuellengesetz und seine praktische Anwendung in der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 1. Aufl., Konstanz 1996.
- Sigusch, Volkmar: Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, S. 2740–2745.

- Śledzińska-Simon, Anna: Transgender Rights on the Move: Towards Recognition and Gender-Neutral Definition of Parenthood, in: Casonato, Carlo/Schuster, Alexander (Hrsg.), *Rights On The Move – Rainbow Families in Europe*, Proceedings of the Conference, Trento, 16–17 October 2014, Trento, 2014, S. 311–326.
- Spengler, Andreas: *Transsexualität – eine Krankheit im Sinn der RVO*, NJW 1978, S. 1192–1193.
- Spickhoff, Andreas: *Medizinrecht*, 2. Aufl., München 2014.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*)
- Staudinger, Julius von/Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin,
- Buch 1: Allgemeiner Teil, 2013,
- Buch 2: Schuldrecht, 2011,
- Buch 4: Familienrecht, 2011,
- EGBGB/IPR, 2010.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Staudinger)
- Steinmetzer, Jan/Groß, Dominik/Duncker, Tobias Heinrich: *Ethische Fragen im Umgang mit transidenten Personen – Limitierende Faktoren des gegenwärtigen Konzepts von „Transsexualität“*, *Ethik in der Medizin*, 2007, S. 39–54.
- Stern, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band IV/1: Die einzelnen Grundrechte. Der Schutz und die freiheitliche Entfaltung des Individuums, München 2006.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Stern (Hrsg.), *Das Staatsrecht der BRD*)
- Stotzer, Rebecca L./Herman, Jody L./Hasenbush, Amira: *Transgender Parenting: A Review of Existing Research*, The Williams Institute, 2014.
- Stüber, Stefan: Anmerkung zu BVerfG Beschluss vom 27.05.2008 – Az. 1 BvL 10/05, JZ 2009, S. 49–52.
- Süß, Rembert/Ring, Gerhard: *Eherecht in Europa*, 2. Aufl., Bonn 2012.
- Sutcliffe, P.A./Dixon, S./Akehurst, R.L./Wilkinson, A./Shippam, A./White, S./Richards, R./Caddy, C.M.: *Evaluation of surgical procedures for sex reassignment: a systematic review*, *Journal of Plastic, Reconstructive & Aesthetic Surgery*, Volume 62, Issue 3, März 2009, S. 294–308.
- Tettinger, Peter: *Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, NJW 2001, S. 1010–1015.
- Theile, Janett: *Transsexualität im Familienrecht*, Regensburg 2013.

- Theilen, Jens: Der Schutz Transsexueller in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts – Ein Vergleich, ZEuS Heft 3, 2012, S. 363–386.
- Thoma, Ioanna: Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen *ordre public*, Tübingen 2007.
- Tolmein, Oliver: Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 06.09.2017 – XII ZB 660/14, NJW 2017, S. 3383–3384.
- Umbach, Dieter/Clemens, Thomas: Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. 1: Art. 1-37 GG, Heidelberg 2002.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Grundgesetz: Mitarbeiterkommentar und Handbuch)
- van den Brink, Marjolein/Dunne, Peter: Trans and intersex equality rights in Europe – a comparative analysis, in: European Commission (Hrsg.), European network of legal experts in gender equality and non-discrimination, Brüssel 2018.
- Van Dyk, Pieter/Van Hoof, Godefridus: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 3. Aufl., Den Haag 1998.
- Vecchi, Paolo Maria: Der Transsexualismus im deutschen und italienischen Recht: eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des italienischen Gesetzes, Frankfurt am Main 1991.
- Vetter, Brigitte: Transidentität – ein unordentliches Phänomen: Wenn das Geschlecht nicht zum Bewusstsein passt, Bern 2010.
- Dies.: Sexualität: Störungen, Abweichungen, Transsexualität, Stuttgart 2007.
- Voßkuhle, Andreas: Der Rechtsanwalt und das Bundesverfassungsgericht – Aktuelle Herausforderungen der Verfassungsrechtsprechung, NJW 2013, S. 1329–1335.
- Wagner, Stephan: Italienisches Transsexuellengesetz, Staatsangehörigkeit und Internationales Privatrecht, StAZ 2004, S. 294–296.
- Walter, Michael: Zur rechtlichen Problematik der Transsexualität, JZ 1972, S. 263–267.
- Ders.: Rechtliche Aspekte der Transsexualität, StAZ 1975, S. 117–123.
- Wapler, Friederike: Anmerkung zu BGH Beschluss vom 06.09.2017 – Az. XII ZB 660/14, FamRZ 2017, S. 1861–1862.
- Weber, Hermann: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 16.03.1982 – 1 BvR 938/81, JuS 1982, S. 936.
- Wellenhofer, Marina: Familienrecht, 3. Aufl., München 2014.

- Veith, Jürgen/Gräfe, Jürgen/Gebert, Yvonne: *Versicherungsprozess*, 2. Aufl., Baden-Baden 2010.
(zit.: *Bearbeiter*, in: Veith/Gräfe/Gebert, *Versicherungsprozess*, 2. Aufl. 2010)
- Wendt, Heinz Jürgen Herbert Friedrich: *Eingriff in das Recht auf Vornamenswahl*, FPR 2010, S.12–15.
- White, Tonya/Ettner, Randi: *Adaptation and adjustment in children of transsexual parents*, *European Child and Adolescent Psychiatry*, 2007, S. 215–221
- Whittle, Stephen: *Respect and equality: Transsexual and transgender rights*, London 2002.
- Wieacker, Peter: *Geschlechtsdifferenzierung und ihre Abweichungen*, in: Duttge, Gunnar/Engel, Wolfgang/Zoll, Barbara (Hrsg.), *Sexuelle Identität und gesellschaftliche Norm*, Göttingen 2010, S. 1–9.
- Wielpütz, Saskia: *Über das Recht ein anderer zu werden und zu sein: Verfassungsrechtliche Probleme des Transsexuellengesetz*, Baden-Baden 2012.
- Dies.: *Die neue große Lösung ist vor allem eins: klein – Die Reform des TSG durch das BVerfG*, in: *NVwZ* 2011, S. 474–477.
- Wildhaber, Luzius: *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention*, ZSR 1979, S. 229.
- Will, Michael R.: *Europarat und Transsexuelle – eine facettenreiche Wirkungsgeschichte: Teil I*, *Recht & Psychiatrie* 2011, S. 215–229.
- Ders.: *Europarat und Transsexuelle – mühselige europäische Privatrechtsangleichung am Beispiel des Menschenrechts auf Geschlechtsidentität*, in: Bröhmer, Jürgen (Hrsg.), *The Protection of Human Rights at the Beginning of the 21st Century: Colloquium in Honour of Professor Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress on the Occasion of his 75th Birthday*, Baden-Baden 2012, S. 179–235.
- Ders.: *Legal Conditions of Sex Reassignment By Medical Interventions (Situation in Comparative Law)*, in: Council of Europe, *XXIIrd Colloquy on European Law: Transsexualism, medicine and law*, Straßburg 1995, S. 75–101.
- Ders.: *Ein Leiden mit dem Recht. „Zur Namens- und Geschlechtsänderung bei transsexuellen Menschen in Europa*, in: Pfäfflin, Friedemann/Junge, Astrid (Hrsg.), *Geschlechtsumwandlung: Abhandlungen zur Transsexualität*, Stuttgart u.a. 1992, S. 113–149.

- Ders.: Das Gespenst im Zivilgesetzbuch – Zum neuesten türkischen Transsexuellengesetz, in: Mansel, Heinz-Peter/Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Erik Jayme, München 2004, S. 1625–1639.
- Windel, Peter A.: Transsexualität und Recht – Ein Überblick, in: Groß, Dominik/Neuschaefer-Rube, Christiane/Steinmetzer, Jan (Hrsg.), Transsexualität und Intersexualität, Berlin 2008, S. 67–80.
- Ders.: Lebensformen – Status – Personenstand: Grundlagen und Probleme, StAZ 2006, S. 125–133.
- Ders.: Transsexualität als Bewährungsprobe für die Dichotomie von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft, JR 2006, S. 265–269.
- Wittinger, Michaela: Der Europarat: die Entwicklung seines Rechts und der „europäischen Verfassungswerte“, Baden-Baden 2005.
- Wunder, Michael: Thema Geschlechtsidentität – Intersexualität Leben zwischen den Geschlechtern, Aus Politik und Zeitgeschichte, Nr. 20 2012, 14.05.2012, S. 34–40.
- Yourow, Howard Charles: The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the Strasbourg Jurisprudence and the Construction of Europe, Zeitschrift für europarechtliche Studien 2 (1998), S. 233–248.
- Yune, Jinsu: The Role of the Courts in the Protection of Transsexuals' Human Rights: A Comparison of Korea with Germany and the U.K., in: Helms, Tobias/Zeppernick, Jens (Hrsg.), Lebendiges Familienrecht: Festschrift für Rainer Frank, 2008, S. 409–422.
- Ziethen, Jörg: Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 2 BvR 392/07, NStZ 2008, S. 614–618.

Anhang²⁵³²

²⁵³² Die Tabellen wurde von der Verfasserin erstellt.

1. Frau-zu-Mann Transsexueller gebärt ein Kind

Nummer	Familienstand	Eigene genetische Verwandtschaft	Genetische Verwandtschaft mit Partner/in	Geschlechtsidentität der Partnerin/des Partners	Biologische Umstände
1.1	Single	(+)	/	/	
1.2	Ehe ²⁵³³				
1.2.1	Ehe	(+)	(+)	M/MzF	Eigene Eizelle + Spermia des Partners/der Partnerin
1.2.2	Ehe	(-)	(+)	F/FzM	Eizelle der Partnerin + Spermia von Drittem
1.2.3	Ehe	(+)	(-)	F/MzF/M/FzM	Eigene Eizelle + Spermia von Drittem
1.2.4	Ehe	(-)	(-)	F/MzF/M/FzM	Fremde Eizelle + Spermia von Drittem

²⁵³³ Wobei auch eine gleichgeschlechtliche Ehe möglich ist, da die Verschiedengeschlechtlichkeit nur zum Zeitpunkt der Eheeingehung vorliegen muss.

1.3 Eingetragene Lebenspartnerschaft²⁵³⁴						
1.3.1	eLP	(+)	(+)	M/MzF	Eigene Eizelle + Sperma des Partners	
1.3.2	eLP	(-)	(+)	M/MzF	Fremde Eizelle + Sperma des Partners	
1.3.3	eLP	(+)	(-)	M/FzM	Eigene Eizelle + Sperma von Drittem	
1.3.4	eLP	(-)	(-)	M/FzM	Fremde Eizelle + Sperma von Drittem	

²⁵³⁴ Wobei auch eine verschiedengeschlechtliche eLP möglich ist, da die Gleichgeschlechtlichkeit nur zum Zeitpunkt der Eheeingehung vorliegen muss.

1.4	Keine rechtliche Absicherung der Partnerschaft				
1.4.1	Heterosexuell	(+) (+)	(+) (+)	MzF	Eigene Eizelle + Spermien des Partners/der Partnerin
1.4.2	Heterosexuell	(-) (-)	(+) (+)	MzF	Fremde Eizelle + Spermien der Partnerin
1.4.3	Heterosexuell	(+) (+)	(-) (-)	F	Eigene Eizelle + Spermien von Drittem
1.4.4	Heterosexuell	(-) (-)	(+) (+)	F	Eizelle der Partnerin + Spermien von Drittem
1.4.5	Homosexuell	(+) (+)	(+) (+)	M	Eigene Eizelle + Spermien des Partners
1.4.6	Homosexuell	(-) (-)	(+) (+)	M	Fremde Eizelle + Spermien des Partners
1.4.7	Homosexuell	(+) (+)	(-) (-)	M/FzM	Eigene Eizelle + Spermien von Drittem

1.4.8	Homosexuell	(-)	(-)	M/FzM	Fremde Eizelle + Spermium von Drittem
-------	-------------	-----	-----	-------	---------------------------------------

2. Mann-zu-Frau Transsexuelle, Kind wird von der Partnerin/dem Partner geboren

<u>Nummer</u>	<u>Familienstand</u>	<u>Eigene genetische Verwandtschaft</u>	<u>Genetische Verwandtschaft mit Partner/in</u>	<u>Geschlechtsidentität der Partnerin/des Partners</u>	<u>Biologische Umstände</u>
2.1	Single				
2.1.1	Single	(-)	(-)	F/FzM	Spermium von Drittem + Fremde Eizelle
2.1.2	Single	(+)	(+)	F/FzM	Eigenes Spermium + Eizelle der Partnerin/des Partners

2.2	Ehe ²⁵³⁵				
2.2.1	Ehe	(+)	(+)	F/FzM	Eigenes Sperm + Eizelle der Partnerin/des Partners
2.2.2	Ehe	(-)	(+)	F/FzM	Sperm von Drittem + Eizelle der Partnerin/des Partners
2.2.3	Ehe	(+)	(-)	F/FzM	Eigenes Sperm + Fremde Eizelle
2.2.4	Ehe	(-)	(-)	F/FzM	Sperm von Drittem + Fremde Eizelle
2.3	Eingetragene Lebenspartnerschaft ²⁵³⁶				
2.3.1	eLP	(+)	(+)	F/FzM	Eigenes Sperm + Eigene Eizelle

²⁵³⁵ Wobei auch eine gleichgeschlechtliche Ehe möglich ist, da die Verschiedengeschlechtlichkeit nur zum Zeitpunkt der Ehecingung vorliegen muss.

²⁵³⁶ Wobei auch eine verschiedengeschlechtliche eLP möglich ist, da die Gleichgeschlechtlichkeit nur zum Zeitpunkt der Ehecingung der Lebenspartnerschaft vorliegen muss.

2.3.2	eLP	(+)	(-)	F/FzM	Eigenes Sperma + Fremde Eizelle
2.3.3	eLP	(-)	(+)	F/FzM	Sperma von Drit- tem + Eizelle der Partnerin/des Partners
2.3.4	eLP	(-)	(-)	F/FzM	Sperma von Drit- tem + Fremde Ei- zelle
2.4	Keine rechtliche Absicherung der Partnerschaft				
2.4.1	Heterosexuell	(+)	(+)	FzM	Eigenes Sperma + Eizelle der Partne- rin/des Partners
2.4.2	Heterosexuell	(-)	(+)	FzM	Sperma von Drit- tem + Eizelle der Partnerin/des Partners
2.4.3	Heterosexuell	(+)	(-)	FzM	Eigenes Sperma + Fremde Eizelle
2.4.4	Heterosexuell	(-)	(-)	FzM	Sperma von Drit- tem + Fremde Ei- zelle

2.4.5	Homosexuell	(+)	(+)	F	Eigenes Sperma + Eizelle der Partnerin
2.4.6	Homosexuell	(+)	(-)	F	Eigenes Sperma + Fremde Eizelle
2.4.7	Homosexuell	(-)	(+)	F	Sperma von Drittem + Eizelle der Partnerin
2.4.8	Homosexuell	(-)	(-)	F	Sperma von Drittem + Fremde Eizelle

3. Frau-zu-Mann Transsexueller, Kind wird von der Partnerin/dem Partner geboren

<u>Nummer</u>	<u>Familienstand</u>	<u>Eigene genetische Verwandtschaft</u>	<u>Genetische Verwandtschaft mit Partner/in</u>	<u>Geschlechtsidentität der Partnerin/des Partners</u>	<u>Biologische Umstände</u>
3.1	Ehe ²⁵³⁷				
3.1.1	Ehe	(-)	(+)	F/FzM	Eizelle der Partnerin + Sperma von Drittem

²⁵³⁷ Wobei auch eine gleichgeschlechtliche Ehe möglich ist, da die Verschiedengeschlechtlichkeit nur zum Zeitpunkt der Eheschließung vorliegen muss.

3.1.2	Ehe	(+)	(-)	F/FzM	Eigene Eizelle + Spermia von Drittem
3.1.3	Ehe	(-)	(-)	F/FzM	Fremde Eizelle + Spermia von Drittem
3.2	Eingetragene Lebenspartnerschaft^{25,38}				
3.2.1	eLP	(+)	(-)	FzM	Eigene Eizelle + Spermia von Drittem
3.2.2	eLP	(-)	(-)	FzM	Fremde Eizelle + Spermia von Drittem
3.3	Keine rechtliche Absicherung der Partnerschaft				
3.3.1	Heterosexuell	(+)	(-)	F	Eigene Eizelle + Spermia von Drittem
3.3.2	Heterosexuell	(-)	(+)	F	Eizelle der Partnerin + Spermia von Drittem

^{25,38} Wobei auch eine verschiedengeschlechtliche eLP möglich ist, da die Gleichgeschlechtlichkeit nur zum Zeitpunkt der Eheeingehung vorliegen muss.

3.3.3	Homosexuell	(+)	(-)	FzM	Eigene Eizelle + Sperma von Drit- tem
3.3.4	Homosexuell	(-)	(-)	FzM	Fremde Eizelle + Sperma von Drit- tem

Legende

- eLP = eingetragene Lebenspartnerschaft
- F = cissexuelle Frau
- M = cissexueller Mann
- FzM = Frau-zu-Mann-Transsexueller
- MzF = Mann-zu-Frau-Transsexuelle
- (+) Genetische Verwandtschaft ist gegeben
- (-) Genetische Verwandtschaft ist nicht gegeben

Die Dissertation analysiert die deutsche und europäische Rechtslage und die Entwicklung der Rechtsprechung zum Thema Transidentität im System der Grund- und Menschenrechte. Vornehmlich konzentriert sich die Arbeit auf die Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, ferner werden aber auch rechtsvergleichende Aspekte und auch die Grundrechtecharta der Europäischen Union einbezogen. Sowohl Bundesverfassungsgericht als auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte setzten wichtige Impulse für Gesetzesreformen. Zu den in der Arbeit untersuchten zentralen Fragestellungen gehören die Voraussetzungen für die Anpassung des rechtlichen Geschlechts, die Vornamensänderung, die Rechtsfolgen einer Geschlechtsanpassung für den Fortbestand einer Ehe und die Anerkennung von transsexuellen Männern und Frauen als Väter bzw. Mütter sowie die rechtlichen Anforderungen an die Kostenübernahme von geschlechtsangleichenden Operationen.



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT
GÖTTINGEN

ISBN: 978-3-86395-550-2

Universitätsdrucke Göttingen