

Gemeineuropäisches Privatrecht der natürlichen Person

v. Bar

2023

ISBN 978-3-406-80536-3

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei

beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein

umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Jahre. Deshalb beantragte sie eine Vornamensänderung, die ihr mit der Begründung verwehrt wurde, sie sei noch nicht operiert worden. Zweieinhalb Jahre später erlaubte ein Gericht die Vornamensänderung dann doch. Der EGMR sah das Verfahren als konventionswidrig an. Der Antrag der Beschwerdeführerin sei aus rein formalen Gründen ohne Berücksichtigung ihrer konkreten Lage abgelehnt worden. Es hätte kein öffentliches Interesse daran bestanden, die Beschwerdeführerin in einer solchen Übergangssituation zweieinhalb Jahre zu zwingen, ihren männlichen Vornamen beizubehalten.

Vorangegangen war *A.P., Garçon und Nicot vs. Frankreich*⁵⁰², die aus gesamteuropäischer Perspektive vielleicht wichtigste Entscheidung des EGMR zur Transsexualität. Hier- 119 nach verstößt es gegen Art. 8 EMRK, eine Geschlechtsänderung von einer vorherigen operativen Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes der antragstellenden Person und/oder ihrer Sterilisation abhängig zu machen. Nicht konventionswidrig sei es dagegen, einen Nachweis über das Vorliegen von Transsexualität zu verlangen.

Die Mann-zu-Frau transsexuellen französischen Beschwerdeführerinnen A.P., Emile Garçon und Stéphane Nicot begeherten die Änderung ihrer Vornamen und ihres Geschlechtseintrags im Personenstandsregister. A. P. hatte sich zuvor in Thailand einer geschlechtsangleichenden Operation unterzogen, was sie mit mehreren ärztlichen Zertifikaten belegte. Die französischen Gerichte beharrten indes auf kostenpflichtigen weiteren Sachverständigengutachten, wie sie in Frankreich seinerzeit üblich waren. Die Beschwerdeführerin empfand die dafür nötigen Untersuchungen jedoch als erniedrigend und verweigerte sich ihnen. Daraus schlossen die Gerichte, es läge überhaupt keine Transsexualität vor. Garçon und Nicot wurde der Eintrag als „weiblich“ mit der Begründung versagt, dass sie ihr äußeres Erscheinungsbild nicht unumkehrbar geändert hatten. Beide lehnten eine Sterilisation ab. Garçon machte zudem geltend, dass auch der Nachweis der Transsexualität als Voraussetzung für den Geschlechts- und Vornamenswechsel gegen Art. 8 EMRK verstoße, weil diese Voraussetzung impliziere, dass Transsexualität eine Krankheit sei. Zum Zeitpunkt der Entscheidung des EGMR sah das französische Recht die dauerhafte Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes zwar schon nicht mehr vor.⁵⁰³ Der EGMR stellte aber auf die bisherige Rechtslage ab. Eine Regelung, welche die unumkehrbare Veränderung des äußeren Erscheinungsbildes zur Voraussetzung für den Geschlechtswechsel macht, verstoße gegen Art. 8 EMRK (*Garçon und Nicot*). Frankreich sei verpflichtet, ein Verfahren zur Anerkennung der sexuellen Identität zu schaffen, ohne auf der unumkehrbaren Änderung des äußeren Erscheinungsbildes (und mit ihr auf der Sterilisation) zu beharren. Da es um einen besonders wichtigen Aspekt der menschlichen Existenz gehe⁵⁰⁴, sei der Beurteilungsspielraum der Konventionsstaaten

⁵⁰² EGMR 6.4.2017, 79855/12, 52471/13, 52596/13, *A.P., Garçon und Nicot vs. Frankreich*, NJOZ 2018 S. 1672. Die Entscheidung wurde inzwischen mehrfach bestätigt, u. a. in EGMR 19.1.2021, 2145/16 und 20607/16, *X und Y vs. Rumänien* (es verstoße gegen Art. 8 EMRK, dass Rumänien die Anerkennung der männlichen Identität des Antragstellers mit der Begründung verweigere, dass er sich keiner geschlechtsangleichenden Operation unterziehen wolle), in EGMR 27.9.2022, 46509/20, *P.H. vs. Bulgarien* (die Rechtsprechung des bulgar. Kassationsgerichtshofs, wonach eine Geschlechtsänderung nur nach geschlechtsangleichender Operation in Betracht komme, verstoße gegen Art. 8 EMRK) und in EGMR 1.12.2022, 57864/17, 79087/17 and 55353/19, *A. D. vs. Georgien* (Verstoß gegen Art. 8 EMRK durch Festhalten an dem Erfordernis eines chirurgischen Eingriffs und durch einen zu ungenauen Rechtsrahmen).

⁵⁰³ Unter Art. 61-6(3) Code civil (eingefügt durch loi n. 2016-1547 vom 18.11.2016) gilt: „Le fait de ne pas avoir subi des traitements médicaux, une opération chirurgicale ou une stérilisation ne peut motiver le refus de faire droit à la demande“.

⁵⁰⁴ Das hat, wenn auch in ganz anderem Zusammenhang, EGMR 8.11.2011, 18968/07, *V. C. vs. Slowakei*, Rdnrn. 12–16 scharf herausgestrichen. Eine zur Ethnie der Roma gehörige Slowakin war im Alter von 21 Jahren zu ihrer zweiten Geburt, einer Kaiserschnittentbindung, ins Krankenhaus gekommen. Die Patientin wurde nach der Geburt sterilisiert. Sie war vom Arzt gefragt worden, ob sie künftig noch Kinder haben wolle. Er hatte sie darauf aufmerksam gemacht, dass eine weitere Schwangerschaft für sie oder das Kind tödlich enden würde. Sie sagte daraufhin weinend, sie sollten machen, was sie wollen. Sie habe aber das Wort Sterilisation gar nicht verstanden und nur unterschrieben, weil sie Angst um ihr Leben hatte. Infolge der Sterilisation litt die Beschwerdeführerin an Depressionen; ihre Ehe zerbrach. Ihre Klage aus § 11 slowak. ZGB (damals noch das tschechoslowakische ZGB) wurde von den Gerichten unter Hinweis auf ihre Einwilligung abgewiesen; eine Beschwerde vor dem Verfassungsgericht blieb erfolglos. Der EGMR bejahte eine Verletzung von Art. 3 EMRK (Folterverbot). Bei der Sterilisation habe es sich nicht um einen lebensrettenden Eingriff gehandelt. Es habe auch kein Notstand vorgelegen. Deshalb sei es unerlässlich gewesen, die informierte Einwilligung der Patientin einzuholen. Ihre Gesundheit wäre erst durch eine erneute Schwangerschaft gefährdet gewesen. Die Umstände, unter denen man die Einwil-

beschränkt. Die (alte) Regelung führe zu einem „unlösbaren Dilemma“: Entweder werde die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigt, oder die Betroffenen müssten auf die Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität verzichten.⁵⁰⁵ Eine Regel, welche den Nachweis der Transsexualität zur Voraussetzung für den Geschlechtswechsel macht (*Garçon*), verstoße dagegen nicht gegen Art. 8 EMRK. Das Gericht ließ offen, ob Transsexualität eine Krankheit sei. Jedenfalls werde die körperliche Unversehrtheit durch das Nachweiserfordernis nicht unmittelbar beeinträchtigt. Frankreich habe auch nicht deshalb gegen seine Pflicht aus Art. 8 EMRK zur Achtung der Geschlechteridentität verstoßen, weil die Gerichte weitere Sachverständigengutachten verlangt hätten (*A.P.*). Beweiserhebung sei Aufgabe der Gerichte, und da die geschlechtsangleichende Operation im Ausland durchgeführt worden war, sei auch keine Willkür ersichtlich.

b. Nationale Verfassungsrechtsprechung

- 120 Da die EMRK in der nationalen Quellenhierarchie einen sehr unterschiedlichen Rang einnimmt⁵⁰⁶, schwankt natürlich auch die verfassungsrechtliche Bedeutung der Rechtsprechung des EGMR. Sie hat gleichwohl zu zahlreichen gesetzlichen Änderungen geführt, teils in dem Sinne „direkt“, dass sie eine Intervention des jeweiligen nationalen Gesetzgebers initiierte⁵⁰⁷, teils in dem Sinne „indirekt“, dass sie von der nationalen Verfassungsrechtsprechung berücksichtigt und weitergeführt wurde. Dann kam es auf diesem „Umweg“ zu einer Modernisierung der nationalen Regeln, die die Anerkennung des von transsexuellen Menschen empfundenen Geschlechts noch immer unverhältnismäßig behinderten. Der **belgische** Verfassungsgerichtshof hat die Bestimmungen des dortigen Transsexuellengesetzes wegen eines Verstoßes gegen den Gleichheitssatz für nichtig erklärt, unter denen die Registrierung des neuen Geschlechts und des neuen Namens unwiderruflich waren und also nur einmal zugelassen werden sollten.⁵⁰⁸ Es sei „sachlich ungerechtfertigt, dass Personen mit einer fließenden Geschlechtsidentität im Gegensatz zu Personen mit einer nicht-fließenden binären Geschlechtsidentität verpflichtet werden, eine Registrierung hinzunehmen, die nicht mit ihrer Geschlechtsidentität übereinstimmt, und einem besonderen Verfahren vor dem Familiengericht unterworfen werden, wenn sie die Registrierung des Geschlechts in ihrer Geburtsurkunde mehr als einmal ändern wollen“. Das **italienische** Verfassungsgericht setzte unter dem Eindruck der *Garçon*-Rechtsprechung und unter Hinweis auf die Artt. 2, 3 und 32 der it. Verfassung durch, dass das Geschlecht auch ohne einen

ligung der Patientin eingeholt habe, seien mit der Würde und der Entscheidungsfreiheit der Patientin unvereinbar gewesen. Die Sterilisation habe grob in die körperliche Integrität der Beschwerdeführerin eingegriffen. Außerdem sah der EGMR Art. 8 EMRK als verletzt an. Der Staat habe seine Pflicht verletzt, Mechanismen zum Schutz der Roma Frauen einzuführen. Der Beschwerdeführerin wurde Ersatz ihres immateriellen Schadens in Höhe von € 31.000 zuerkannt.

⁵⁰⁵ Ganz ähnlich BVerfG 11.1.2011, NJW 2011 S. 909. Die Erfordernisse der Sterilisation und des operativen Eingriffs (§ 8(1) Nrn. 3 und 4 dt. TSG a.F.) seien verfassungswidrig. Man dürfe Transsexuelle nicht vor die Alternative stellen, entweder einen schweren Eingriff in die körperliche Unversehrtheit oder eine Nichtanerkennung ihrer Geschlechtsidentität zu akzeptieren.

⁵⁰⁶ Oben Rdnrn. 47–49.

⁵⁰⁷ So verhielt es sich z. B. in England (vorher Rdnr. 117), in Frankreich (vorher Fn. 503), in Griechenland (das sich mit dem Gesetz 4491/2017 [FEK 152/A/13.10.2017] ein modernes, sich weitgehend an die Rechtsprechung des EGMR anlehnendes Recht des Geschlechtswechsels gegeben hat; siehe noch unten § 7) und in Malta (vorher Fn. 474). In Spanien ist die Entwicklung etwas anders verlaufen. TS 17.9.2007, 929/2007, ECLI:ES:TS:2007:5818 hatte noch darauf hingewiesen, dass das Erfordernis eines operativen Eingriffs als Voraussetzung für die Namensänderung und die Umschreibung des Geschlechts im Zivilstandsregister mit *Goodwin* (EGMR 11.7.2002, oben Fn. 487) in Einklang stünde. Der spanische Gesetzgeber hatte inzwischen allerdings von sich aus reagiert und das Erfordernis mit Art. 4(2) des Gesetzes 3/2007 vom 15.3.2007 (Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, oben Fn. 463) abgeschafft. Es kommt seither nur darauf an, dass bei der interessierten Person eine Geschlechtsdysphorie (*disforia de género*) diagnostiziert und eine medizinische Behandlung mit einer Mindestdauer von zwei Jahren zur Anpassung der physischen Merkmale zu dem jeweiligen anderen Geschlecht attestiert wurden (Art. 4(1) a. a. O.). In Übereinstimmung mit dieser erst während des Verfahrens neu geschaffenen Rechtslage gab der TS dem Rechtsmittel des Transsexuellen statt.

⁵⁰⁸ Belg. Verfassungsgerichtshof 19.6.2019 a. a. O. (oben Fn. 473; dort auch Angaben zu dem Gesetz).

chirurgischen Eingriff gewechselt werden kann. Es ginge darum, die Gesundheit und die Lebensbedingungen der betroffenen Person zu verbessern. Grundlegend bleibe freilich eine „strenge Bewertung der Ernsthaftigkeit und der Eindeutigkeit des Willens sowie der objektiven Geschlechtsveränderung, die sich auf dem Lebensweg der betreffenden Person gezeigt hat“.⁵⁰⁹ Im Verständnis des it. Verfassungsgerichts kommt es für eine Geschlechtsänderung also nicht entscheidend auf das äußere Erscheinungsbild der Person, sondern auf das empfundene Geschlecht an. Das betrifft auch die Änderung des Vornamens einer transsexuellen Person.⁵¹⁰ Der **österreichische** Verfassungsgerichtshof hat die gegenseitige Ausschließlichkeit von verschiedengeschlechtlicher Ehe und gleichgeschlechtlicher Partnerschaft beanstandet.⁵¹¹ Der **portugiesische** Tribunal Constitucional⁵¹² hat unter Rekurs auf *Goodwin vs. Vereinigtes Königreich*⁵¹³ Art. 1577 port. CC, wonach das Rechtsinstitut der Ehe nur verschiedengeschlechtlichen Partnern offenstand, für verfassungskonform gehalten⁵¹⁴, aber ein Jahr später auch die Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare passieren lassen.⁵¹⁵ Portugal setzt inzwischen darauf, dass Transsexuelle die rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität mit entsprechender Berichtigung des Namens und des Geschlechtseintrags durch Antrag bei der Zivilregisterbehörde herbeiführen können (Art. 8 des Gesetzes 38/2018 vom 7.8.2018). Bei Minderjährigen zwischen 16 und 18 Jahren wird ein ärztliches oder psychologisches Gutachten über die Entscheidungsfähigkeit (*capacidade de decisão*) verlangt (Art. 7(2) a. a. O.). Im Übrigen aber ist es gesetzlich ausdrücklich untersagt, von der antragstellenden Person medizinische Beweise über Geschlechtsumwandlungschirurgie, Sterilisierung, Hormontherapie oder psychologische oder psychiatrische Behandlungen zu verlangen (Art. 9(2) a. a. O.). Das **slowenische** Verfassungsgericht hat die Ehevoraussetzung der Geschlechtsverschiedenheit als verfassungsrechtlich unhaltbar verworfen.⁵¹⁶ Das **spanische** Verfassungsgericht⁵¹⁷ hat Art. 1(1) des Gesetzes 3/2007⁵¹⁸ insoweit für verfassungswidrig erklärt, als es auch Minderjährige mit „genügender Reife“ (*madurez suficiente*), die sich in einer „stabilen Lage der Transsexualität“ befinden, aus seinem persönlichen Anwendungsbereich ausschloss. Das **ungarische** Verfassungsgericht⁵¹⁹ hatte es mit einem Flüchtling zu tun, dem deshalb die Anerkennung gewährt worden war, weil er in seinem Heimatland wegen seiner Transsexualität verfolgt wurde. Der Frau-zu-Mann Transsexuelle begehrte von der ungarischen Einwanderungsbehörde die Änderung seines Namens in allen von ihr ausgestellten Dokumenten in einen männlichen Namen. Das war unter dem damaligen ungarischen Recht nicht möglich, weil es

⁵⁰⁹ C.Cost. 13.7.2017, nr. 180, Giur. Cost. 2017 S. 1668; C.Cost. 13.7.2017, nr. 185, Giur. Cost. 2017 S. 1724 und ähnlich bereits C.Cost. 5.11.2015, nr. 221, Giur. Cost. 2016 S. 261 sowie Cass. 20.7.2015, nr. 15138, Foro it. 2015, I, 3137.

⁵¹⁰ Cass. 17.2.2020, nr. 3877, Guida al diritto 2020, 22, 86 (Änderung von „Alessandro“ in „Alexandra“ auf Grundlage des Gesetzes Nr. 164/1982).

⁵¹¹ Österr. VfGH 4.12.2017, G 258–259/2017–9 1, VfSlg. 20225.

⁵¹² Einen Überblick über die Rechtsprechung des STJ und anderer Instanzen zu der Rechtslage von Transsexuellen gibt *Menezes Cordeiro*, *Tratado de Direito Civil IV*⁵, S. 433–435.

⁵¹³ Oben Rdnr. 117 mit Fn. 487. Der port. TC bezog sich insbesondere auf die Rdnr. 100: „(T)here have been major social changes in the institution of marriage since the adoption of the Convention as well as dramatic changes brought about by developments in medicine and science in the field of transsexuality“.

⁵¹⁴ TC 9.7.2009, 359/2009, Processo 779/07.

⁵¹⁵ TC 8.4.2010, 121/2010, Processo 192/2010.

⁵¹⁶ Slowen. Verfassungsgericht 16.6.2022, verbundene Rechtssachen U-I-486/20-14 und Up-572/18–36, slowen. ABl. vom 13.7.2022 Nr. 94/2022.

⁵¹⁷ TC 18.7.2019, 99/2019, ECLI:ES:TC:2019:99.

⁵¹⁸ „Art. 1. Legitimación. 1. Toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, podrá solicitar la rectificación de la mención registral del sexo. La rectificación del sexo conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral“. („Jede volljährige Person mit spanischer Staatsangehörigkeit, die dazu ausreichend befähigt ist [capacidad suficiente hat], kann die Berichtigung des registerrechtlichen Geschlechtseintrags beantragen. Die Berichtigung des Geschlechts führt zu einer Vornamensänderung, so dass der Vorname nicht im Widerspruch zu dem registerrechtlichen Geschlecht steht“).

⁵¹⁹ Ungar. VerfG 19.6.2018, 6/2018, (VI.27) [http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/c69d7f599b3ce25dc12580e3005e784b/\\$FILE/6_2018_EN_final.pdf](http://public.mkab.hu/dev/dontesek.nsf/0/c69d7f599b3ce25dc12580e3005e784b/$FILE/6_2018_EN_final.pdf).

dazu einer Verlautbarung im Personenstandsregister bedurft hätte, für den Flüchtling in Ungarn aber gar kein Personenstandsregister geführt wurde und die Einwanderungsbehörde auch nicht das Recht hatte, die Anlegung eines Registers zu beantragen. Die Verwaltungsgerichte bestätigten die ablehnende Entscheidung der Einwanderungsbehörde. Das Verfassungsgericht forderte das Parlament *ex officio* auf, die entstandene rechtliche Lücke zu schließen. Die bestehende Rechtslage verstoße gegen die Menschenwürde (Art. II ungar. Verf.) und das allgemeine Diskriminierungsverbot (Art. XV(2) a. a. O.). Es wäre absurd, den Flüchtling auf eine Änderung des Personenstandsregisters in seinem Heimatland zu verweisen, wo er ja gerade wegen seiner Transsexualität verfolgt wurde.

- 121 Kein europäisches Verfassungsgericht hat sich so oft und so intensiv mit den Rechtsproblemen der Transsexualität auseinandergesetzt wie das **deutsche** Bundesverfassungsgericht. Es hat dem dt. Grundgesetz ein spürbar höheres Schutzniveau entnommen als der EGMR der EMRK, was nicht zuletzt damit zusammenhängt, dass ein nationales Gericht weit weniger Rücksicht auf rechtsvergleichend erhobene Daten nehmen muss als ein internationales. Schon der bloße Umstand, dass Deutschland überhaupt über ein Transsexuellengesetz (TSG) verfügt⁵²⁰, geht auf eine Anregung des BVerfG zurück.⁵²¹ Es hatte über den Fall einer Mann-zu-Frau Transsexuellen zu entscheiden, die ihr äußeres Erscheinungsbild durch Hormonbehandlungen und Operationen dem einer Frau angepasst hatte. Ihr Antrag, ihren Namen (von „Helge“ in „Helga“) und ihren Geschlechtseintrag im Geburtenbuch (von „männlich“ in „weiblich“) zu ändern, war in allen Instanzen abgelehnt worden.⁵²² Ihre Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Die Beschwerdeführerin sei in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2(1) i. V. m. Art. 1(1) GG verletzt. Eine Berichtigung des Geschlechts im Geburtenbuch sei jedenfalls dann durchzuführen, wenn es sich um einen irreversiblen Fall von Transsexualität handle und eine geschlechtsanpassende Operation durchgeführt worden sei. „Die Menschenwürde und das Grundrecht auf freie Persönlichkeitsentfaltung gebieten ..., den Personenstand des Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört“.⁵²³ Der Gesetzgeber reagierte, wie man damals mit unangemessen ironischem Unterton sagte, mit einer „kleinen“ (bloße Vornamensänderung ohne Änderung des rechtlichen Geschlechts) und einer „großen Lösung“ (echte Geschlechtsänderung). Nach der ursprünglichen gesetzlichen Konzeption sollte die „große Lösung“ von strengeren Voraussetzungen abhängen, insbesondere von einem die äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff (§ 8 Nr. 4 dt. TSG a.F.) und dauernder Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 Nr. 3 a. a. O.), mithin einer Sterilisation. Nichts davon hat in späteren Jahren vor dem BVerfG standgehalten. Es hat das Gesetz unter Bezugnahme auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, den Gleichheitsgrundsatz und den verfassungsrechtlichen Eheschutz Entscheidung für Entscheidung in eine „Ruine“ verwandelt.⁵²⁴

- 122 In einem ersten Schritt verwarf das BVerfG das für die Vornamensänderung und die Geschlechtsänderung vorgesehene Mindestalter von 25 Jahren.⁵²⁵ Die Beschwerdeführerin, eine Mann-zu-Frau Transsexuelle, hatte sich bereits seit ihrer Pubertät als Frau gefühlt

⁵²⁰ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG) vom 10.9.1980 (BGBl 1980 I S. 1654).

⁵²¹ BVerfG 11.10.1978, NJW 1979 S. 595, 596: „Gewiß erscheint es im Interesse der Rechtssicherheit geboten, daß der Gesetzgeber die personenstandsrechtlichen Fragen einer Geschlechtsumwandlung und deren Auswirkungen regelt“. Das hat der Gesetzgeber mit dem TSG aufgegriffen (BT-Drs. 8/2947, S. 1).

⁵²² Letztinstanzlich durch BGH 21.9.1971, NJW 1972 S. 330.

⁵²³ A. a. O. (Fn. 521); ebenso BVerfG 15.8.1996, NJW 1997 S. 1632, 1633.

⁵²⁴ Jäschke, NZFam 2019 S. 895.

⁵²⁵ BVerfG 16.3.1982, NJW 1982 S. 2061. Das Gericht hat sich in BVerfG 7.12.2017, FamRZ 2018 S. 266, Anm. Hammer noch einmal zu dem Alterserfordernis geäußert und entschieden, dass eine Sorgerechtsentscheidung zugunsten des Vaters eines sechsjährigen Jungen, welcher sich dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlte, wegen Verletzung des Kindeswohls verfassungswidrig gewesen sei. Die Mutter wollte dem Wunsch des Kindes, Mädchenkleidung zu tragen, entsprechen; der Vater wollte das verbieten. Das OLG habe seine Entscheidung nicht mit Erwägungen zum Kindeswohl begründet; das Gericht sei selbst davon ausgegangen, dass sich der Vater gegen den Willen des Kindes durchsetzen werde.

und im Alter von 20 und 21 Jahren irreversible Operationen zur äußerlichen Geschlechtsangleichung durchführen lassen. Das Gericht erkannte zwar an, dass der mit der Altersgrenze verfolgte Zweck, junge Menschen vor einer voreiligen und nicht korrigierbaren Entscheidung zu bewahren, legitim sei. Die Operation selbst war jedoch nicht von einem bestimmten Alter abhängig gemacht worden, und so kam es nach Einschätzung des Gerichts zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung aufgrund des Alters.⁵²⁶ Dasselbe hat das Gericht dann später auch für die Vornamensänderung entschieden.⁵²⁷ Es gebe keine Gründe, welche die Ungleichbehandlung von Personen unter und über 25 Jahren rechtfertigen könnten. Im Übrigen seien Transsexuelle schon nach einer bloßen Vornamensänderung ihrem neuen Vornamen entsprechend als „Herr“ oder „Frau“ anzusprechen, und zwar auch im Strafvollzug.⁵²⁸ Die Vornamensänderung entfalte in Bezug auf die Anrede eine Vorwirkung zu der das Geschlecht im Rahmen der „großen Lösung“ konstitutiv ändernden gerichtlichen Entscheidung. Verfassungswidrig sei, so eine weitere Entscheidung⁵²⁹, auch die Regelung in § 7(1) Nr. 3 TSG a.F., wonach eine Vornamensänderung mit der Eheschließung unwirksam werden sollte. Der Gesetzgeber hatte angenommen, dass eine Person, die heirate, sich wieder dem ihrem Geburtseintrag entsprechenden Geschlecht zugehörig fühlen werde.⁵³⁰ In dem dem BVerfG vorliegenden Fall hatte eine Mann-zu-Frau Transsexuelle nach Namens-, aber ohne Geschlechtsänderung eine Frau geheiratet, was möglich war, weil die Transsexuelle rechtlich nach wie vor ein Mann war. Nach ihrem Selbstverständnis handelte es sich allerdings um eine lesbische Beziehung. Nach dem Gesetz änderte sich ihr Vorname gleichwohl wieder in ihren früheren männlichen Vornamen. Ein Antrag auf erneute Vornamensänderung scheiterte. Das Verfassungsgericht entschied, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht den Vornamen eines Menschen sowohl als Mittel der Identitätsfindung und -entwicklung als auch als Ausdruck der erfahrenen oder gewonnenen geschlechtlichen Identität schütze. Eine transsexuelle Person dürfe nicht vor die Wahl gestellt werden, entweder auf die Ehe oder auf geschlechtliche Namensidentität zu verzichten. Außerdem sei die Annahme, dass mit der Heirat eine Rückkehr zu der angeborenen geschlechtlichen Identität gewünscht sei, falsch.

Vier weitere Entscheidungen sind noch bemerkenswert. BVerfG 18.7.2006⁵³¹ entschied, 123 dass es verfassungsrechtlich geboten sei, das dt. TSG auch auf Ausländer anzuwenden, die sich rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhalten und deren Heimatrecht keine dem deutschen Recht vergleichbaren Regelungen vorsieht.⁵³² Einer Mann-zu-Frau transsexuellen Thailänderin war die Geschlechts-, einem Frau-zu-Mann transsexuellen Äthiopier die Vornamensänderung versagt worden. Das habe in beiden Fällen gegen den Gleichheitssatz (Art. 3(1) GG) und das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verstoßen. Der Zweck der Regelung, die Rechtsordnungen anderer Staaten und deren Entscheidung über Namen und Geschlechtszugehörigkeit zu respektieren, sowie Rechtsunsicherheiten durch unterschiedliche Geschlechtszuordnung und Namensgebung zu vermeiden, sei zwar legitim. In Bezug auf Ausländer, die sich rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhalten, sei die Regelung jedoch unverhältnismäßig.

⁵²⁶ Der Gesetzgeber hat inzwischen zwar mit § 1631e dt. BGB reagiert. Unter Abs. (1) a. a. O. umfasst die Personensorge „nicht das Recht, in eine Behandlung eines nicht einwilligungsfähigen Kindes mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung einzuwilligen oder selbst diese Behandlung durchzuführen, die, ohne dass ein weiterer Grund für die Behandlung hinzutritt, allein in der Absicht erfolgt, das körperliche Erscheinungsbild des Kindes an das des männlichen oder des weiblichen Geschlechts anzugleichen“. Die Vorschrift befasst sich aber nur mit intergeschlechtlichen, nicht mit transgeschlechtlichen Kindern.

⁵²⁷ BVerfG 26.1.1993, NJW 1993 S. 1517.

⁵²⁸ BVerfG 15.8.1996, NJW 1997 S. 1632. Die Beschwerdeführerin, eine Mann-zu-Frau Transsexuelle, verbüßte eine lebenslange Freiheitsstrafe.

⁵²⁹ BVerfG 6.12.2005, FamRZ 2006 S. 182.

⁵³⁰ BT-Drs. 8/2947 S. 14.

⁵³¹ NJW 2007 S. 900.

⁵³² Art. 1(1) Nr. 1 TSG a.F. war demgemäß verfassungswidrig. Der Gesetzgeber hat der Entscheidung des BVerfG durch § 1(1) Nr. 3 dt. TSG Rechnung getragen.

Grundsätzlicher noch entschied BVerfG 27.5.2008⁵³³ sodann, dass die Geschlechtsänderung einer transsexuellen Person nicht (wie in § 8(1) Nr. 2 dt. TSG a.F. vorgesehen) davon abhängig gemacht werden dürfe, dass sie unverheiratet sei.⁵³⁴ Es ging um eine Mann-zu-Frau Transsexuelle, die seit 56 Jahren verheiratet und Vater von drei Kindern war. Das Paar wollte unbeschadet der bereits durchgeführten geschlechtsangleichenden Operation und der Namensänderung weiterhin verheiratet bleiben. Das Gericht sah das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Transsexuellen und das Ehegrundrecht beider Eheleute als verletzt an. Die Begründung ist allerdings nicht unproblematisch, weil sie deutlich betont, dass das Ziel des Gesetzes, gleichgeschlechtliche Ehen zu verhindern, legitim sei, da eine Ehe i. S. v. Art. 6(1) dt. GG eine Verbindung von Mann und Frau sei. Man kann das leicht dahin verstehen, dass das Gericht gleichgeschlechtliche Ehen missbilligen wollte. Indes stützt die Entscheidung diese Einschätzung nicht. Denn das Gericht hielt die gesetzliche Regelung für unverhältnismäßig. Es stellte maßgeblich darauf ab, dass man transsexuelle Menschen nicht vor die Alternative stellen dürfe, entweder ehelos zu sein oder auf die rechtliche Anerkennung ihres empfundenen Geschlechts zu verzichten. Im konkreten Fall kam hinzu, dass die Ehe nicht i. S. v. § 1565 dt. BGB gescheitert war und deshalb, genau besehen, auch gar nicht geschieden werden konnte. Ein transsexueller Mensch „gerät in tiefen inneren Konflikt, weil er vor eine Alternative gestellt wird, die, gleich, wie er sich entscheidet, ihm aufzwingt, auf etwas zu verzichten, was für sein Leben existenziell ist“.⁵³⁵ Die Eheleute stünden auch nicht deshalb außerhalb des verfassungsrechtlichen Eheschutzes, weil ein Ehegatte durch den Geschlechtswechsel die Gleichgeschlechtlichkeit seiner Ehe herbeiführe. BVerfG 11.1.2011⁵³⁶ schließlich hat die wohl gravierendsten Grundrechtseingriffe beseitigt, die unter § 8(1) Nrn. 3 und 4 dt. TSG⁵³⁷ darin bestanden hatten, dass eine Geschlechtsänderung von einem geschlechtsangleichenden operativen Eingriff und von dauernder Fortpflanzungsunfähigkeit abhängig war, mithin oft eine Sterilisation voraussetzte. Eine Mann-zu-Frau Transsexuelle, die sich zu Frauen hingezogen fühlte und sich selbst als homosexuell verstand, hatte ihren Vornamen in einen weiblichen Namen ändern lassen, sich aber gegen eine geschlechtsangleichende Operation entschieden.⁵³⁸ Sie wollte daraufhin, diese Rechtseinrichtung gab es seinerzeit noch, mit einer anderen Frau eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen, was der Standesbeamte ablehnte: Die Beschwerdeführerin und ihre Braut könnten wegen ihres unterschiedlichen Geschlechts zwar eine Ehe, aber keine eingetragene Lebenspartnerschaft schließen. Daraufhin heiratete das Paar zwar, doch verfolgte die Beschwerdeführerin ihr eigentliches Ziel weiter. Ihre Verfassungsbeschwerde hatte Erfolg. Das Gericht entschied, dass es mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht unvereinbar sei, Transsexuelle mit gleichgeschlechtlicher Orientierung zur rechtlichen Absicherung ihrer Verbindung entweder auf die für heterosexuelle Menschen konzipierte Ehe oder darauf zu verweisen, sich zur Eingehung einer gleichgeschlecht-

⁵³³ NJW 2008 S. 3117. Für Österreich hatte das zwei Jahre zuvor auch schon österr. VfGH 8.6.2006, VfSlg. 17849 so entschieden.

⁵³⁴ Das Gericht sah mehrere Möglichkeiten, den verfassungswidrigen Zustand zu beenden, darunter wohl auch, die Ehe *ex lege* in eine eingetragene Lebenspartnerschaft umzuwandeln, und setzte dem Gesetzgeber deshalb eine Frist bis zum 1.8.2009. Er hat § 8(1) Nr. 2 TSG a.F. mit Gesetz vom 17.7.2009 (BGBl. I S. 1978) zum 23.7.2009 einfach aufgehoben.

⁵³⁵ A. a. O. S. 3117, 3119 Rdnr. 53.

⁵³⁶ NJW 2011 S. 909.

⁵³⁷ Die Vorschriften stehen unverändert im dt. TSG, dürfen aber natürlich nicht mehr angewandt werden.

⁵³⁸ Eine solche Operation stellte (und stellt noch immer) einen sehr schweren Einriff dar. Bei Mann-zu-Frau Transsexualität wurden Penis und Hoden entfernt, was gleichzeitig Fortpflanzungsunfähigkeit nach sich zog. Die Herstellung einer Vulva wurde als „wohl erforderlich“ angesehen. Andere kosmetische Eingriffe wie die Vergrößerung der Brustdrüsen und die Korrektur des Kehlkopfes wurden nicht für notwendig erachtet. Bei Frau-zu-Mann Transsexualität wurde die Gebärmutter entfernt und die weibliche Brust verkleinert. Eine plastisch-chirurgische Herstellung eines Penisäquivalents und eine Scheidenverschlussoperation wurden dagegen wegen einer zu hohen Komplikationsrate und der zu geringen technischen Ausreifung des Eingriffs nicht verlangt (Spickhoff [-Spickhoff], Medizinrecht³, TSG § 8 Rdnrn. 5 und 7).

lichen Partnerschaft einer geschlechtsangleichenden Operation zu unterziehen. Keine dieser Alternativen trage dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in zumutbarer Weise Rechnung. Zwar verfolge der Gesetzgeber ein berechtigtes Anliegen, wenn er sicherstellen möchte, dass rechtlich männliche Personen keine Kinder gebären und rechtlich weibliche Personen keine Kinder zeugen. Diese Situation sei jedoch sehr selten. Auch um nachzuweisen, dass die Transsexualität ernsthaft und dauerhaft sei, bedürfe es keines operativen Eingriffs. Er sei unzumutbar. Es genüge, dass eine transsexuelle Person ihr empfundenes Geschlecht lebe und sich in ihm angekommen fühle. BVerfG 17.10.2017⁵³⁹ schließlich hielt § 4(3) dt. TSG für verfassungskonform, der einen Geschlechtswechsel weiterhin nur bei Vorlage von zwei Sachverständigengutachten erlaubt. Eine Grundrechtsverletzung könne sich nur dann ergeben, wenn im Rahmen der Begutachtung versucht werde, die Transsexualität therapeutisch zu behandeln.

4. Offenlegung der sexuellen Orientierung

Der der zuletzt genannten Entscheidung des dt. BVerfG zugrundeliegende Sachverhalt führt zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen sich wenigstens die Zweispurigkeit aus Ehe und rechtlich überformter (und deshalb meistens in ein Personenstandsregister „eingetragener“) Lebenspartnerschaft grundrechtlich halten lässt. Das Problem taucht auf, wenn sich Menschen zwischen diesen beiden Formen der rechtlichen Absicherung ihrer Lebens- und Geschlechtsgemeinschaft um den Preis entscheiden müssen, ihre sexuelle Orientierung der Öffentlichkeit gegenüber offenzulegen. Das Signal genügt; auf die tatsächlich gelebte Sexualität kommt es nicht an. Denn die Partner einer Lebensgemeinschaft müssen nicht notwendig homosexuell geprägt sein, auch wenn sie demselben Geschlecht angehören. Man denke etwa an zwei alleinstehende ältere Damen, die sich aus rein pragmatischen Gründen entschließen, ihre Beziehung auf eine rechtlich gesicherte Grundlage zu stellen. Bedenklich wird es jedenfalls, wenn eine Rechtsordnung die Ehe ausschließlich heterosexuellen und die eingetragene Lebenspartnerschaft ausschließlich homosexuellen Paaren vorbehält. Denn darin liegt nicht nur eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung. Vielmehr zwingt eine solche Zweigleisigkeit die Partner gewöhnlich auch dazu, jedermann ihre sexuelle Prägung und damit einen denkbar intimen Bereich ihrer Persönlichkeit zu offenbaren. Das führt unausweichlich zu einer Diskriminierung. Akzeptabel ist nur, entweder die Ehe auch Personen des gleichen und die (wie auch immer rechtlich zugeschnittene) Lebenspartnerschaft auch Personen verschiedenen Geschlechts zu öffnen oder sich generell mit nur einer einzigen Form der rechtlich abgesicherten Lebensgemeinschaft zu begnügen, sie aber geschlechtsneutral auszugestalten. Bei dieser Rechtsform muss es sich dann allerdings um die Ehe handeln. Denn sie ist durchgängig auch als Institution (und nicht nur als die lebenslange Gemeinschaft zweier individueller Menschen) von Verfassungen wegen geschützt und kann deshalb beim jetzigen Stande des Verfassungsrechts nicht vollständig durch eine anders beschaffene Lebensform abgelöst werden.

Die gleichgeschlechtliche Ehe ist heute in etwa der Hälfte der europäischen Staaten erlaubt⁵⁴⁰ und in der anderen Hälfte ausgeschlossen.⁵⁴¹ Rechtsordnungen, welche die gleichgeschlechtliche Ehe untersagen, sind nach der Rechtsprechung des EGMR gehalten, den von dieser Regelung betroffenen Paaren eine angemessene rechtsförmige Alternative

⁵³⁹ NJW 2018 S. 222. Vorausgegangen waren AG Dortmund 31.8.2016, BeckRS 2016, 127899 und OLG Hamm 22.2.2017, FamRZ 2017 S. 1185.

⁵⁴⁰ Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Irland, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Portugal, Schweden, Slowenien, Spanien, Vereinigtes Königreich (Einzelnachweise oben Rdnr. 19 mit Fn. 82).

⁵⁴¹ Bulgarien, Estland, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien, Slowakei, Tschechien, Ungarn, Zypern (Einzelnachweise gleichfalls oben Rdnr. 19 mit Fn. 82; siehe außerdem Fn. 1).

bereitzustellen.⁵⁴² Das ist heute leider immer noch nicht überall geschehen⁵⁴³, auch wenn die Bereitschaft, sich wenigstens der eingetragenen Partnerschaft zu öffnen, auch in diesen Teilen Europas gestiegen ist.⁵⁴⁴ Die „Abstände“ zwischen der Ehe und der rechtlich geordneten Lebenspartnerschaft sind allerdings immer noch unterschiedlich stark ausgeprägt.⁵⁴⁵ Wo dagegen die Ehe nicht von Verschiedengeschlechtlichkeit abhängt, besteht keine grund- oder menschenrechtliche Notwendigkeit mehr, an der Rechtsform der eingetragenen Lebenspartnerschaft festzuhalten. Sie wird dann verzichtbar. Einige Rechtsordnungen haben sie folglich (von Altfällen abgesehen) inzwischen ganz abgeschafft.⁵⁴⁶ Andere,

⁵⁴² Ein Mitgliedstaat ist also zwar menschenrechtlich nicht verpflichtet, gleichgeschlechtlichen Paaren die Ehe zu öffnen (Parry, oben Fn. 493), aber er darf sie ihnen nur verweigern, wenn er den Partnern eine stabile andere Rechtsform anbietet (EGMR 21.7.2015, 18766/11, *Oliari vs. Italien*, FamRZ 2015 S. 1785 [oben § 1 Fn. 16]; EGMR (5. Sektion) 9.6.2016, 40183/07, *Chapin und Charpentier vs. France*; EGMR 26.10.2017, 26431/12, *Orlandi vs. Italien*, FamRZ 2018 S. 249 und EGMR 16.7.2019, 12200/08, *Zhdanov vs. Russland*). Siehe auch schon die *Goodwin* (oben Rdnr. 117) und die *Schalk*-Entscheidung (unten Fn. 545).

⁵⁴³ Gesetzgebung zu Alternativen zur Ehe, insbesondere zur eingetragenen Lebenspartnerschaft, fehlt bislang in Bulgarien, Lettland, Litauen, Polen, Rumänien und der Slowakei (https://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_de.htm).

⁵⁴⁴ Estland (Gesetz über die eingetragene Partnerschaft, Gesetz vom 9. Oktober 2014, Nr. RT I, 16.10.2014, 1, Kooseluseadus); Griechenland (Gesetz 3719/2008 über die eingetragene Lebenspartnerschaft, FEK 241/A/26.11.2008 i. d. F. des Gesetzes 4356/2015, FEK 181/A/181/24.12.2015); Italien (Gesetz vom 20.5.2016; *Legge* nr. 76, Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze, sog. *Legge Cirinnà*, Regulierung von gleichgeschlechtlichen Partnerschaften und von Partnerschaftsbeziehungen); Kroatien (Gesetz vom 15.8.2014, Nr. NN 92/14, 98/19; Zakon o životnom partnerstvu osoba istog spola); Slowenien (Gesetz über die zivile Partnerschaft vom 21.4.2016, *Zakon o partnerski zvezi*, Uradni list RS, Nr. 33/16); Tschechien (Gesetz Nr. 115/2006 Gbl. vom 3.4.2006 über die eingetragene Partnerschaft, *Zákon o registrovaném partnerství*); Ungarn (Gesetz XXIX vom 8.5.2009 über die eingetragene Lebenspartnerschaft und in Verbindung damit über die Änderung einzelner Gesetze zur Erleichterung des Nachweises einer Lebenspartnerschaft, 2009. évi XXIX. törvény a bejegyzett élettársi kapcsolatáról, az ezzel összefüggő, valamint az élettársi viszony igazolásának megkönnyítéséhez szükséges egyes törvények módosításáról); Zypern (Gesetz über das „politische Zusammenleben“ [*politiké symbiose*], Nr. 184 (I), in Kraft ab 9.12.2015. Es handelt sich um einen registrierten zivilrechtlichen Vertrag, der sowohl homo- als auch heterosexuellen Paaren offensteht, näher *Christodoulou*, Kypriako Oikogeneiako Dikaio 2017 S. 43).

⁵⁴⁵ Führt ein Mitgliedstaat für gleichgeschlechtliche Paare ein eigenes Rechtsinstitut ein, so ist er nicht verpflichtet, den Rechtsstatus in jeder Hinsicht entsprechend der Ehe auszugestalten (EGMR (1. Sektion), 24.6.2010, 30141/04, *Schalk und Kopf vs. Österreich*, NJW 2011 S. 1421; ÖJZ 2010 S. 1089). Darauf beruft sich u. a. tschech. VfGH 15.6.2021, Pl. ÚS 28/19. Tschech. VfGH 14.6.2016, Pl. ÚS 7/15, Amtliche Sammlung Bd. 81 Nr. 110 S. 729 hat es aber für verfassungswidrig gehalten, dass grundsätzlich nur Ehepaare, nicht aber die Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft ein Kind adoptieren konnten. Auffällig ist, dass Deutschland, das die „Ehe für alle“ eingeführt und die eingetragene Lebenspartnerschaft abgeschafft hat, auf der Ebene des Internationalen Privatrechts weiterhin zwischen der heterosexuellen Ehe einerseits und der eingetragenen Lebenspartnerschaft und der gleichgeschlechtlichen Ehe andererseits unterscheidet (Art. 17b dt. EGBGB). Den besonderen Anknüpfungsregeln für gleichgeschlechtliche Ehen unterliegt auch der Fall, dass mindestens einer der Ehepartner weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehört.

⁵⁴⁶ So verhält es sich in Deutschland (oben Rdnr. 34 mit Fn. 148) und in allen drei nordeuropäischen Rechtsordnungen. Dänemark, Finnland und Schweden hatten eingetragene Partnerschaften gleichgeschlechtlichen Paaren vorbehalten. Mit der Einrichtung der geschlechtsneutralen Ehe (Dänemark 12.6.2012; Finnland 20.2.2015; Schweden 1.5.2009) wurden die Gesetze über eingetragene Partnerschaften aufgehoben; sie finden nur noch auf Altfälle Anwendung (§ 4 dän. Retsplejeloven og om ophaevelse av lov om registreret partnerskab vom 12.6.2012 [Gesetz Nr. 532 über die Aufhebung des Gesetzes über eingetragene Partnerschaft]; § 1a finn. Avioliittolaki [Ehegesetz vom 13.6.1929, Nr. 411]; § 2 schwed. Lagen om upphävande av lagen om registrerat partnerskap [Gesetz über die Aufhebung des Gesetzes über eingetragene Partnerschaft] vom 2.4.2009 [2009:260]). Die Partnerschaft kann sowohl durch Eheschließung als auch durch Antrag bei der zuständigen Behörde in eine Ehe umgewandelt werden (§ 5 dän. Retsplejeloven og om ophaevelse av lov om registreret partnerskab; § 1a finn. Avioliittolaki; § 3 schwed. Lagen om upphävande av lagen om registrerat partnerskap). (Im gesamtspanischen Recht sind zwar die Voraussetzungen und die Wirkungen aller Ehen identisch, gleich, ob die Eheleute demselben oder verschiedenen Geschlechtern angehören: Art. 44 Satz 2 span. CC, eingefügt durch das Gesetz 13/2005 vom 1.7.2005. Es hat aber nie Alternativen zur Ehe entwickelt. Sie finden sich nur auf regionaler Ebene: Fast jede *Comunidad Autónoma* verfügt über Gesetzgebung zu den *parejas de hecho*, den faktischen Lebenspartnerschaften. Siehe noch unten Rdnr. 127).