
Der Schutz Transsexueller in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und des Bundesverfassungsgerichts – Ein Vergleich

Jens Theilen*

Inhalt

A. Einleitung	364
B. Begrifflichkeiten	364
C. Entwicklung der Rechtsprechung zur Transsexualität	366
I. Die Rechtsprechung des EGMR	366
II. Die Rechtsprechung des BVerfG	368
D. Vergleich und Analyse der Rechtsprechung	371
I. Dogmatische Grundlagen	371
1. Freiheitsrechtlicher Grundansatz	371
2. Positive Verpflichtung oder Eingriff?	372
II. Das Recht auf Geschlechtsidentität	373
1. Schutzbereich	373
2. Potentielle Eingriffe und deren Rechtfertigung	374
a) Altersgrenzen	374
b) Staatsangehörigkeit	375
c) Körperliche Veränderungen	376
d) Fortpflanzungsunfähigkeit	377
e) Ehelosigkeit	378
3. Zwischenergebnis: Transsexualität und Selbstbestimmung	381

* Jens Theilen ist Student an der Bucerius Law School, Hamburg. Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars an den Lehrstühlen von Prof. Dr. Doris König und Prof. Dr. Jörn Axel Kämmerer.

III.	Transsexualität als Krankheit?	382
IV.	Zusammenfassender Vergleich	383
E.	Ausblick: Recht und Geschlecht	385

A. Einleitung

„*This above all: to thine own self be true*“¹ lautet ein Ratschlag Shakespeares, den die meisten Menschen versuchen, sich bei ihrer Lebensgestaltung zu Herzen zu nehmen. Doch ist das bisweilen leichter gesagt als getan – insbesondere dann, wenn staatliche Regelungen der eigenen Persönlichkeitsentfaltung entgegenstehen. So kann es transsexuellen Menschen ergehen. Solange von staatlicher Seite aus vorgeschrieben wird, dass jedem Menschen bei Geburt ein Geschlecht zugeteilt werden muss,² wird es regelmäßig dazu kommen, dass ihr rechtliches Geschlecht ihrem empfundenen Geschlecht widerspricht. Damit sie in einer derartigen Situation ihre Persönlichkeit entfalten und dabei „*their own selves true*“ bleiben können, ist besonderer Schutz vonnöten.

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit ein solcher Schutz in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) gewährt wurde. Dazu werden zunächst einige Begrifflichkeiten geklärt und ein Überblick über die Entwicklung der Rechtsprechung gegeben, um dann anhand einzelner Problemschwerpunkte die Rechtsprechung der beiden Gerichte zu vergleichen und zu analysieren.

B. Begrifflichkeiten

Aufgrund der Vielfalt der Begriffe im Bereich der Transsexualität sowie deren uneinheitlicher Verwendung³ müssen zunächst einige Definitionen festgelegt werden. Das dient nicht nur der Klarheit: Die Begriffsverwendung verrät bereits die zugrunde liegenden Vorstellungen von Transsexualität. So wurden zum Beispiel vor einigen Jahrzehnten Mann-zu-Frau-Transsexuelle regelmäßig als transsexuelle Männer bezeichnet, während sie heutzutage in der Regel als transsexuelle Frauen bezeichnet

¹ Shakespeare, Hamlet, 1.3.77, in: The Arden Shakespeare, Third Series, 2006, S. 196.

² So in Deutschland § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG.

³ Castagnoli, Transgender Persons’ Rights in the EU Member States, 2010, S. 4.

werden.⁴ Das BVerfG hielt wenig rühmlich und entgegen seiner eigenen Rechtsprechung⁵ bis 2011 an der alten Terminologie fest,⁶ der EGMR dagegen verwendete von Anfang an die fortschrittlichere Bezeichnung.⁷

Der Begriff der Transsexualität selbst ist viel kritisiert worden, vor allem weil der Bezug zur Sexualität als irreführend empfunden wird.⁸ Des Weiteren wird er oft sehr restriktiv gebraucht: nur für jene Personen, die den Wunsch haben, ihr biologisches Geschlecht durch Operationen dem empfundenen Geschlecht anpassen zu lassen.⁹ Um dieser einengenden Sichtweise zu entgehen, wurden alternative Begriffe wie Transgender oder Transidentität eingeführt.¹⁰ Das BVerfG folgt demgegenüber inzwischen einem weiten Verständnis der Transsexualität: unabhängig von etwaigen geschlechtsumwandelnden Operationen sei derjenige transsexuell, dessen biologisches Geschlecht nicht seinem dauerhaft empfundenen Geschlecht entspricht.¹¹ Den Begriff Transgender verwendet es daher als Synonym,¹² verkennt dabei aber seine Funktion als Sammelbegriff, der auch Intersexualität,¹³ Transvestismus und

⁴ Nieder, Transsexuelle Entwicklungen und therapeutische Praxis, ZfS 2010, S. 63.

⁵ BVerfG (Kammer), Beschl. v. 15.8.1996, NJW 1997, 1632 (1633).

⁶ BVerfGE 49, 286; 60, 123 (127 f); 115, 1 (6); 116, 243 (247, 251); 121, 175 (179); zustimmend *Wacke*, Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen, Zur Stellung von Zwittern in der Rechtsgeschichte, in: FS Rebmann, 1989, S. 892 f.; kritisch dagegen *Adamietz*, Transgender ante portas?, KJ 2006, S. 373 f.; *Grünberger*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvL 3/03, JZ 2006, S. 517, Fn. 5; *Seibert*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.10.1978 – 1 BvR 16/72, EuGRZ 1979, S. 53; zweifelnd *Geisler*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 15.8.1996 – 2 BvR 1833/95, StAZ 1997, S. 272; anders BVerfG, (Fn. 5); dann erst wieder BVerfGE 128, 109 (118); BVerfG (Kammer), Beschl. v. 27.10.2011, NJW 2012, 600.

⁷ EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey*, § 10; EGMR, Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, §§ 12, 21; EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 13; zu Beginn noch mit gesondertem Hinweis EGMR, Nr. 7654/76, *van Oostervijck*, § 9; EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 13; EGMR, Nr. 13343/87, *B. v. France*, § 1; EGMR, Nr. 21830/93, *X., Y., Z. v. The United Kingdom*, § 12 – anders nur die *dissenting opinion of Judge Pinheiro Farinha in B. v. France*, § 5.

⁸ Überdehnt bei BVerfGE 49, 286 (287); zum Parallelproblem bei „sexueller Identität“ vgl. *Koch-Rein*, Mehr Geschlecht als Recht?, Transgender als Herausforderung an Antidiskriminierungsrecht, STREIT 2006, S. 13 f.

⁹ Vgl. die Definition der WHO, ICD-10, F64.0, <http://www.who.int/classifications/icd/en/> (5.9.2012); so auch *Castagnoli*, (Fn. 3), S. 3; *Whittle*, Respect and Equality – transsexual and transgender rights, 2002, S. xxii; ähnlich EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 38: „oft“ Wunsch nach geschlechtsangleichender Operation.

¹⁰ *Adamietz*, (Fn. 6), S. 371; *Sacksofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle in Deutschland und Europa, in: FS Jaeger, 2010, S. 677.

¹¹ BVerfGE 128, 109 (115 f); *Koch-Rein*, (Fn. 8), S. 9.

¹² BVerfGE 115, 1 (13); dem folgend *Grünberger*, Ein Plädoyer für ein zeitgemäßes Transsexuellen-gesetz, StAZ 2007, S. 358, Fn. 15; dies übersicht *Adamietz*, (Fn. 6), S. 372.

¹³ Bei der sich schon das biologische Geschlecht nicht in die binäre Geschlechtsstruktur einordnen lässt; vgl. zu verschiedenen Formen *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 23 ff.

andere Formen atypischer Geschlechtsidentität umfassen und so noch mehr Offenheit demonstrieren soll.¹⁴ Im Folgenden wird daher zwischen Transsexualität (im Sinne des BVerfG) und Transgender (im umfassenden Sinn) differenziert.

C. Entwicklung der Rechtsprechung zur Transsexualität

Verschiedenste Transgender-Spielarten lassen sich schon in der Antike nachweisen;¹⁵ die medizinische Erforschung der Transsexualität begann jedoch erst im späten 19. Jahrhundert.¹⁶ Die rechtliche Rezeption der Forschungsergebnisse verlief sehr unterschiedlich: Während in der Schweiz schon 1945 festgestellt wurde, dass „nicht nur der Körper, sondern auch die Seele“¹⁷ das Geschlecht eines Individuums ausmacht und in Schweden 1972 das erste Transsexuellengesetz Europas¹⁸ erlassen wurde,¹⁹ versuchten viele Staaten zunächst, das Phänomen zu ignorieren.²⁰ Traurige Berühmtheit erlangte insbesondere das Urteil von *Ormrod J* im Fall *Corbett*, wonach das Geschlecht bei Geburt unveränderlich festgelegt und ausschließlich anhand biologischer Merkmale festzustellen sein soll.²¹

I. Die Rechtsprechung des EGMR

Dieses weitgefächerte Meinungsspektrum veranlasste den EGMR dazu, den Konventionsstaaten lange Zeit einen erheblichen Ermessensspielraum zuzusprechen.²²

¹⁴ *Adamietz*, (Fn. 6), S. 371; *Koch-Rein*, (Fn. 8), S. 9; so auch *Castagnoli*, (Fn. 3), S. 3 f.; *Currah*, The Transgender Rights Imaginary, in: *Fineman/Jackson/Romero* (Hrsg.), Feminist and Queer Legal Theory, 2009, S. 246, Fn. 2.

¹⁵ Überblick bei *Wacke*, (Fn. 6), S. 874 ff., 890 f.; *Winkelmann*, Transsexualität und Geschlechtsidentität, 1993, S. 47 f.

¹⁶ *Whittle*, (Fn. 9), S. 34 ff.; *Winkelmann*, (Fn. 15), S. 48 ff.

¹⁷ Kantonsgesetz Neuenburg, Urt. v. 2.7.1945, Schweizerische Juristenzeitung 1946, 23 (25); im Original: „*Ce n'est pas exclusivement le corps qui détermine le sexe d'un individu, c'est aussi son âme.*“

¹⁸ Zu frühen amerikanischen Gesetzen *Will*, Geburt eines Menschenrechts – Geschlechtsidentität im europäischen Recht, in: *GS Constantinesco*, 1983, S. 917, Fn. 20.

¹⁹ Übersetzung bei *Carsten*, Ein Gesetz zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit, StAZ 1972, S. 332; aber z.T. fehlerhaft: *Will*, (Fn. 18), S. 917; heute ist das Gesetz eher rückständig, vgl. *Scherpe*, in: *Basedow/Scherpe* (Hrsg.), Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht, 2004, S. 61 ff.

²⁰ Vgl. *Will*, Legal Conditions of Sex Reassignment by Medical Intervention – Situation in Comparative Law, in: *Council of Europe* (Hrsg.), Transsexualism, medicine and law, 1995, S. 91.

²¹ High Court of Justice, *Corbett v. Corbett*, All E.R. 2 (1970), S. 48; berühmt-berüchtigt auch seine Bezeichnung der Neo-Vagina als „*artificial cavity*“ (S. 49); dazu *Sharpe*, English Transgender Law Reform and the Spectre of Corbett, Fem. Leg. St. 10 (2002), S. 68 ff. m.w.N.

²² EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 37; EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey*, § 40; EGMR, Nr. 13343/87, *B. v. France*, § 48; EGMR, Nr. 21830/93, *X., Y., Z. v. The United Kingdom*, § 44; EGMR,

Die Beurteilung des Geschlechts ausschließlich anhand biologischer Merkmale wie in *Corbett* wurde als angemessener Ausgleich zwischen privaten und öffentlichen Interessen im Rahmen des Ermessensspielraums abgesegnet (Art. 8 EMRK)²³ bzw. sogar selber angewandt (Art. 12 EMRK),²⁴ sodass kein Recht auf Anerkennung des empfundenen Geschlechts bestand. Der EGMR versicherte zwar, die Situation fortlaufend prüfen zu wollen²⁵ und musste sich wegen der progressiveren Einstellung der Europäischen Kommission für Menschenrechte (EKMR)²⁶ auch in der Tat immer wieder zu dem Thema äußern, beharrte aber fast zwei Jahrzehnte lang (wenn auch mit langsam bröckelnden Mehrheiten²⁷ und einzelnen Ausreißern²⁸) auf seiner Position.

Die Wende kam erst mit der Entscheidung *Goodwin* im Jahr 2002. Unter Berufung auf die zunehmende Anerkennung von Transsexualität als „*medical condition*“²⁹ sowie einen zunehmenden Konsens zwar nicht auf europäischer, wohl aber auf internationaler Ebene,³⁰ maß der EGMR dem empfundenen Geschlecht bei postoperativen Transsexuellen³¹ nunmehr eine größere Bedeutung zu. Dessen Nichtanerkennung wurde dementsprechend nicht länger als angemessener Ausgleich privater und öffentlicher Interessen eingestuft und folglich ein Verstoß gegen Art. 8 EMRK angenommen.³² Dieser Perspektivwechsel ermöglichte außerdem die Anwendung von Art. 12 EMRK auf heterosexuelle Transsexuelle: Die fehlende Möglichkeit zum Eingehen einer Ehe

Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, § 57; anschaulich *Will*, (Fn. 20), S. 75: „*legal dysphoria*“.

²³ Für das Privatleben: EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, §§ 42 ff.; kritisch *Drzemczewski/Warbrick*, The European Convention on Human Rights, YEL 6 (1986), S. 429 f.; für das Familienleben: EGMR, Nr. 21830/93, X., Y., Z. v. *The United Kingdom*, §§ 45 ff.

²⁴ EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 49; EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey*, § 46; EGMR, Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, § 66; kritisch die *dissenting opinion of Judge Martens* in *Cossey*, §§ 4.3.2. ff.; *Palm-Risse*, Der völkerrechtliche Schutz von Ehe und Familie, 1990, S. 171 f.

²⁵ EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 47; EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey*, § 42; EGMR, Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, § 60.

²⁶ Vgl. EGMR, Nr. 7654/76, *van Oostervijck*, § 23; EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 41; EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey*, §§ 28, 44; EGMR, Nr. 21830/93, X., Y., Z. v. *The United Kingdom*, §§ 30, 35, 40; EGMR, Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, §§ 36 f., 49 f.; *Bates*, The Evolution of the European Convention on Human Rights, 2010, S. 434; *Palm-Risse*, (Fn. 24), S. 170 ff.; *Wildhaber*, in: Karl (Hrsg.), IntKomm-EMRK, 13. EL 2010, Art. 8, Rdnr. 210 ff.; *Will*, (Fn. 18), S. 940.

²⁷ Von 12:3 zu 11:9 (bzgl. Art. 8 EMRK); vgl. *Will*, (Fn. 20), S. 80; *Berrigan*, Transsexual Marriage: A Trans-Atlantic Judicial Dialogue, Law & Sexuality 12 (2003), S. 101.

²⁸ EGMR, Nr. 13343/87, B. v. *France*, §§ 49 ff., 63, allerdings ohne Aufgabe seiner bisherigen Rspr.: *ibid.*, § 48; a.A. teilweise die *dissenting opinions of Judge Matscher*, S. 30; *Judge Pinheiro Farinha*, S. 31; *Judge Valticos*, S. 38; so auch *Frowein*, in: Frowein/Peukert, EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, Art. 1, Rdnr. 10, Art. 8, Rdnr. 10.

²⁹ EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 81; siehe unter D.III.

³⁰ EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, §§ 84 f.

³¹ *Ibid.*, §§ 78, 81 f., 91; siehe unter D.II.2.c).

³² EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, §§ 89 ff.; EGMR, Nr. 25680/94, I. v. *The United Kingdom*, §§ 69 ff.; bestätigt in EGMR, Nr. 32570/03, *Grant*, §§ 39 ff.

mit einem in Bezug auf ihr empfundenes Geschlecht verschiedengeschlechtlichen Partner führte auch insofern zu einem Verstoß.³³

Seit *Goodwin* lagen dem EGMR verschiedenste Fälle vor, die sehr unterschiedlich beschieden wurden. Auf dem Gebiet der geschlechtsangleichenden Operationen wurde durchgehend zugunsten der Beschwerdeführer entschieden: Aus Art. 8 EMRK wurde die Pflicht der Konventionsstaaten hergeleitet, solche Operationen zu ermöglichen.³⁴ Dass Gerichte sie ohne hinreichende Anhörung von Sachverständigen als nicht medizinisch indiziert eingestuft³⁵ bzw. sonstige, zu strenge Voraussetzungen (eine ausnahmslose, zweijährige Wartefrist) an die Kostentragung durch Krankenkassen gebilligt haben,³⁶ wurde jeweils im Einzelfall als Verstoß gegen Art. 6 sowie Art. 8 EMRK gewertet. Weniger Erfolg hatten jene Beschwerden, in denen es um die Partnerschaftsrechte von Transsexuellen ging: Die Ehelosigkeit als Voraussetzung für die Anerkennung des empfundenen Geschlechts wurde unter Verweis auf die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe für zulässig befunden.³⁷

II. Die Rechtsprechung des BVerfG

Die europäische Ebene gab den Anstoß zur Rechtsentwicklung in Deutschland.³⁸ Ursprünglich sahen sich die meisten deutschen Gerichte mangels gesetzlicher Regelung nicht in der Lage, das empfundene Geschlecht von Transsexuellen anzuerkennen.³⁹ Die Reaktion des BVerfG darauf ließ zwar lange auf sich warten,⁴⁰ markierte dafür aber den Beginn einer langen Reihe von Entscheidungen zugunsten Transsexueller.⁴¹

Schon in seinem ersten Urteil im Jahr 1978 legte das BVerfG den Grundstein für seine weitere Rechtsprechung, indem es unter Berufung auf medizinische Forschung

³³ EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, §§ 100 ff.

³⁴ EGMR, Nr. 27527/03, *L. n. Lithuania*, §§ 57 ff.

³⁵ EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, §§ 53 ff., 73 ff.

³⁶ EGMR, Nr. 29002/06, *Schlumpf*, §§ 56 ff., 110 ff.

³⁷ EGMR, Nr. 42971/05, *Parry*, S. 10, 12 f.; EGMR, Nr. 35748/05, *R. F. v. The United Kingdom*, S. 12, 14.

³⁸ *Will*, (Fn. 18), S. 928 f.

³⁹ KG, Urt. v. 11.1.1965, NJW 1965, 1084; OLG Frankfurt, Urt. v. 8.12.1965, NJW 1966, 407; BGHZ 57, 63 (67 ff.); a.A. (verfassungskonforme Auslegung von § 47 PStG) schon *Fuglsang-Petersen*, Vornamensänderung von Transsexuellen, StAZ 1971, S. 130; ähnlich *Eberle*, Ausfüllung einer Gesetzeslücke bei Transsexualismus durch progressive Rechtsfindung oder gesetzliche Fiktion?, NJW 1971, S. 223; *Nerinny-Stückel/Hammerstein*, Medizinisch-juristische Aspekte der menschlichen Transsexualität, NJW 1967, S. 666; auch einige Gerichte unterer Instanz, Überblick bei *Will*, (Fn. 18), S. 918 ff.

⁴⁰ *Ibid.*, S. 920 f.; *Mengel*, Friendly settlements in den Fällen Peyer und Geerk gegen die Schweiz und X gegen die Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1981, S. 127.

⁴¹ Zur hohen Erfolgsquote *Sacksofsky*, (Fn. 10), S. 684.

aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG ein Recht auf Anerkennung des empfundenen Geschlechts jedenfalls für post-operative Transsexuelle herleitete.⁴² Infolgedessen wurde in der Folgezeit § 47 PStG analog angewandt,⁴³ teilweise mit erfreulich milden Anforderungen.⁴⁴ Als Reaktion auf das Urteil des BVerfG⁴⁵ wurde 1980 das schon länger geplante Transsexuellengesetz erlassen, das jedoch wieder strengere Anforderungen enthielt.⁴⁶ Voraussetzung für die Änderung des Vornamens (sogenannte „kleine Lösung“) waren die deutsche Staatsangehörigkeit, ein Mindestalter von 25 Jahren und ein Zugehörigkeitsempfinden zu dem anderen Geschlecht, das seit mindestens drei Jahren zum Zwang führt, diesem Empfinden entsprechend zu leben, und sich mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändern wird (§ 1 TSG). Diesbezüglich wurden (und werden noch immer) medizinische Gutachten verlangt (§ 4 Abs. 3 TSG). Für die Änderung des personenstandsrechtlichen Geschlechts (sogenannte „große Lösung“) wurden zusätzlich die Ehelosigkeit, die Fortpflanzungsunfähigkeit sowie eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts gefordert (§ 8 TSG).

Im Laufe der nächsten zwei Jahrzehnte hat das BVerfG die Regelungen des Transsexuellengesetzes Stück für Stück für verfassungswidrig erklärt. In einer „ruhigeren Phase“⁴⁷ fielen zunächst unter dem Einfluss von Art. 3 Abs. 1 GG die Voraussetzung des Mindestalters für die „große“⁴⁸ und die „kleine“⁴⁹ Lösung sowie das Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit.⁵⁰ Sehr viel mehr Wirbel erzeugten jene Entscheidungen, in denen es um die Partnerschaftsrechte von Transsexuellen ging.

In der ersten dieser Entscheidungen stand die Verfassungskonformität von § 7 Abs. 1 Nr. 3 PStG in Frage, wonach die Ehelosigkeit zwar keine Voraussetzung der „kleinen Lösung“ war, die Vornamensänderung bei nachträglichem Eingehen einer Ehe aber unwirksam wurde. Das BVerfG billigte das Ziel des Gesetzgebers, den Eindruck einer gleichgeschlechtlichen Ehe zu vermeiden, als legitim,⁵¹ hielt den Eingriff in das Namensrecht und den intimen Sexualbereich (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) aber für unverhältnismäßig, da einem homosexuellen Transsexuellen mit „kleiner Lösung“ mangels Änderung des rechtlichen Geschlechts keine

⁴² BVerfGE 49, 286 (298).

⁴³ Vgl. BVerfGE 49, 286 (301 ff.); dem (insoweit) folgend BGHZ 74, 20 unter 6.b).

⁴⁴ Augstein, Entscheidungen zur Transsexualität und Intersexualität bis zum 31.12.1980, StAZ 1982, S. 240 f.

⁴⁵ BT-Drs. 8/2947, S. 9.

⁴⁶ BGBL. 1980 I, 1654; kritischer Überblick bei Augstein, Zum Transsexuellengesetz, StAZ 1981, S. 11 ff.

⁴⁷ Sacksofsky, (Fn. 10), S. 684.

⁴⁸ BVerfGE 60, 123 (131 ff.).

⁴⁹ BVerfGE 88, 87 (96 ff.); so schon Augstein, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16.3.1982 – 1 BvR 938/81, StAZ 1982, S. 173.

⁵⁰ BVerfGE 116, 243 (259 ff.), i.W. Basedow/Scherpe, in: Basedow/Scherpe, (Fn. 19), S. 165 f., folgend.

⁵¹ BVerfGE 115, 1 (17 ff.); zu Recht kritisch Grünberger, (Fn. 6), S. 519.

andere Möglichkeit zum Eingehen einer rechtsverbindlichen Partnerschaft blieb.⁵² Von entscheidender Bedeutung war für diese Argumentation die Nachvollziehung sexualwissenschaftlicher Entwicklungen, insbesondere die Aufgabe der Ansicht, dass bei Transsexualität stets eine Operation indiziert bzw. gewünscht sei.⁵³ Dadurch war es möglich, sich von der Sichtweise zu lösen, welche die „kleine Lösung“ als bloßes Durchgangsstadium ansah.⁵⁴

Als zweites wurde in der folgenden Entscheidung die Ehelosigkeit als Voraussetzung für die „große Lösung“ für verfassungswidrig erklärt. Zentrales Argument war in diesem Fall das Zusammenspiel von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 GG: Nach der bestehenden Regelung (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG) war die Realisierung des einen Grundrechts von der Aufgabe des anderen abhängig,⁵⁵ wodurch verheiratete Transsexuelle in einen „tiefen inneren Konflikt“⁵⁶ gerieten. Der Eingriff wurde also trotz wiederum legitimer Zwecksetzung – der Vermeidung von Ehen zwischen rechtlich Gleichgeschlechtlichen⁵⁷ – als unverhältnismäßig erachtet.

Schließlich erklärte das BVerfG im Jahr 2011 den operativen Eingriff sowie die Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung für die „große Lösung“ für verfassungswidrig.⁵⁸ Die lesbische Beschwerdeführerin erstrebte eine eingetragene Lebenspartnerschaft mit ihrer Partnerin, ohne sich körperlichen Eingriffen unterziehen zu müssen. Das BVerfG gestand ihr dieses Recht zu: Stattdessen eine Ehe einzugehen, würde sie in eine unerwünschte Geschlechterrolle drängen und des Weiteren ihre Transsexualität offenkundig machen,⁵⁹ während das Erfordernis weitreichender körperlicher Eingriffe wegen der erheblichen Risiken unverhältnismäßig sei.⁶⁰ Im Ergebnis ist die Unterscheidung zwischen „kleiner“ und „großer“ Lösung damit nach geltendem deutschen Recht aufgehoben.⁶¹

⁵² BVerfGE 115, 1 (23 f); präzisierend Grünberger, (Fn. 6), S. 518; so schon Augstein, (Fn. 46), S. 11 f.

⁵³ BVerfGE 115, 1 (20 f); vgl. Becker, Abschied vom „echten“ Transsexuellen, ZfS 2006, S. 158; Wielputz, Die neue große Lösung ist vor allem eins: klein – Die Reform des TSG durch das BVerfG, NVwZ 2011, S. 474; siehe unter B; zur alten Sichtweise exemplarisch Sigusch, Medizinischer Kommentar zum Transsexuellengesetz, NJW 1980, S. 2742 f.

⁵⁴ BVerfGE 115, 1 (21); bestätigt in BVerfGE 128, 109 (115); zweifelnd Augstein, Zwei Jahre Transsexuellengesetz, StAZ 1983, S. 340; anders noch BVerfGE 88, 87 (101); BT-Drs. 8/2947, S. 12, 25.

⁵⁵ BVerfGE 121, 175 (202).

⁵⁶ BVerfGE 121, 175 (196).

⁵⁷ BVerfGE 121, 175 (193).

⁵⁸ BVerfGE 128, 109 (133, 136); Andeutungen schon bei BVerfGE 115, 1 (22); antizipierend auch Adamietz, (Fn. 6), S. 375 f.; Becker, (Fn. 53), S. 157; Sacksofsky, (Fn. 10), S. 694.

⁵⁹ BVerfGE 128, 109 (127 f); anders noch BVerfGE 115, 1 (23 f); vgl. Grünberger, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, JZ 2011, S. 369.

⁶⁰ BVerfGE 128, 109 (131 ff.).

⁶¹ Bestätigt in BVerfG (Kammer), Beschl. v. 27.10.2011, NJW 2012, 600 (601); vgl. Rixe, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, FamFR 2011, S. 117; Wielputz, (Fn. 53), S. 474; anders wohl implizit noch BVerfGE 49, 286 (294); vgl. Adamietz, (Fn. 6), S. 372.

D. Vergleich und Analyse der Rechtsprechung

Im Folgenden soll die inzwischen recht vielschichtige Rechtsprechung von BVerfG und EGMR systematisch dargestellt und dabei einem wertenden Vergleich unterzogen werden.

I. Dogmatische Grundlagen

1. Freiheitsrechtlicher Grundansatz

Die Rechtsprechung von BVerfG und EGMR zur Rechtsstellung transsexueller Menschen ist – im Gegensatz zu jener des EuGH⁶² – keine Diskriminierungsrechtsprechung. Der EGMR prüft regelmäßig Art. 8 und 12 EMRK und stellt im Anschluss fest, dass Art. 14 EMRK keine zusätzlichen Rechtsfragen aufwirft.⁶³ Das BVerfG hat zwar teilweise mit Art. 3 GG argumentiert⁶⁴ und ist teilweise dafür kritisiert worden, es nicht auch in anderen Fällen getan zu haben;⁶⁵ gerade die wichtigen Fälle wurden aber über Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gelöst,⁶⁶ und auch bei den anderen wäre dies möglich gewesen.⁶⁷ Jedenfalls aber geht es inhaltlich nicht unmittelbar um Fragen der Diskriminierung wegen Transsexualität,⁶⁸ sondern um die Anerkennung der Transsexualität und damit des empfundenen

⁶² EuGH, Rs. C-13/94, *P. v. S. and Cornwall County Council*, Slg. 1996, I-2143, Rdnr. 20; EuGH, Rs. C-117/01, *K.B. v. National Health Service Pensions Agency*, Slg. 2004, I-541, Rdnr. 30; EuGH, Rs. C-423/04, *Richards v. Secretary of State*, Slg. 2006, I-3585, Rdnr. 30 f.; dazu *Koch-Rein*, (Fn. 8), S. 12 f., 16; *Kocher*, „Geschlecht“ im Anti-Diskriminierungsrecht, KJ 2009, S. 393.

⁶³ EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey*, §§ 41, 47; EGMR, Nr. 21830/93, X., Y., Z. v. *The United Kingdom*, § 56; EGMR, Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, § 76; EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 108; so auch *König/Peters*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, 2. Aufl. 2012 (im Erscheinen), Art. 14, Rdnr. 200; *Reid*, A Practitioner’s Guide to the European Convention on Human Rights, 3. Aufl. 2007, S. 593; *Walker*, Moving Gaily Forward?, Lesbian, Gay and Transgender Human Rights in Europe, Melb. J. Int’l L. 2 (2001), S. 132; auch Art. 12 EMRK ist in diesem Kontext als „Ergänzungsrecht“ zu Art. 8 EMRK zu verstehen, vgl. *Peters/Altwicker*, EMRK, 2. Aufl. 2012, § 28, S. 210 f.

⁶⁴ BVerfGE 60, 123 (131 ff.); 88, 87 (96 ff.); 116, 243 (259 ff.).

⁶⁵ *Saksafsky*, (Fn. 10), S. 697 f.; *Windel*, Transsexualität als Bewährungsprobe für die Dichotomie von Ehe und eingetragener Lebenspartnerschaft, JR 2006, S. 266; *Grünberger*, (Fn. 6), S. 519.

⁶⁶ BVerfGE 49, 286 (297 ff.); 115, 1 (14 ff.); 121, 175 (189 ff.); 128, 109 (123 ff.).

⁶⁷ Zur Altersgrenze schon vor BVerfGE 60, 123 & 88, 87 *Augstein*, (Fn. 46), S. 11; offengelassen in BVerfGE 88, 87 (101); in BVerfGE 116, 243 wird unter dem Deckmantel von Art. 3 Abs. 1 GG materiell eher freiheitsrechtlich geprüft, vgl. *Sachs*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 18.7.2006 – 1 BvL 1, 12/04, JuS 2007, S. 673 f.

⁶⁸ *Adamietz*, (Fn. 6), S. 379; *Bräcklein*, Eine Ehe ist eine Ehe ist eine Ehe?, StAZ 2008, S. 302; kritisch *Koch-Rein*, (Fn. 8), S. 11 f.; anders nur EGMR, Nr. 35159/09, *P.V. v. Spain*, §§ 22 ff. (Diskriminierung verneinend).

Geschlechts durch den Staat – das „Recht auf Geschlechtsidentität“.⁶⁹ Dieses wird als Unterfall des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG)⁷⁰ bzw. des Rechts auf Achtung des Privatlebens (Art. 8 Abs. 1 Var. 1 EMRK)⁷¹ verstanden.

2. Positive Verpflichtung oder Eingriff?

Auf europäischer Ebene herrscht einige Unklarheit, wie die Nichtachtung dieses Rechts durch Nichtanerkennung des empfundenen Geschlechts bzw. durch an die Anerkennung geknüpfte Voraussetzungen dogmatisch zu verorten sind. Der EGMR ging zunächst ohne nähere Begründung davon aus, dass die Anerkennung eine „*positive obligation*“ sei,⁷² wurde dafür aber sowohl in den eigenen Reihen als auch in der Literatur kritisiert.⁷³ Inzwischen stellt er teilweise nur noch fest, dass die Abgrenzung zwischen positiver Verpflichtung und Eingriff schwierig sei⁷⁴ und prüft dann Art. 8 EMRK, ohne die Frage zu klären.⁷⁵

Demgegenüber ist das BVerfG von Anfang an von einem Eingriff ausgegangen.⁷⁶ Dem ist zuzustimmen, da erst dadurch, dass der Staat die Festlegung eines bestimmten Geschlechts als rechtlich verbindlich verlangt, überhaupt die Problematik der Anerkennung des empfundenen Geschlechts durch den Staat entsteht.⁷⁷ Es wäre

⁶⁹ EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 75; *Will*, (Fn. 18), S. 941; *Grünberger*, (Fn. 12), S. 359; *Bräcklein*, (Fn. 68), S. 299; ähnlich BVerfGE 121, 175 (191); etwas schwammiger BVerfGE 115, 1 (14); 121, 175 (190); 128, 109 (124).

⁷⁰ Zumindest implizit: *Sacksofsky*, (Fn. 10), S. 685, Fn. 58; so die ganz h.M., vgl. nur *Di Fabio*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 64. EL 2012, Art. 2, Rdnr. 201; *Grünberger*, (Fn. 6), S. 517; *Röthel*, Inländerprivilegien und Grundrechtsschutz der Transsexualität, IPRax 2007, S. 205.

⁷¹ EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 71; EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 69; *Peters/Altwicker*, (Fn. 63), § 26, Rdnr. 6.

⁷² EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 35; EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey*, § 36; EGMR, Nr. 13343/87, *b. n. France*, § 44; EGMR, Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, § 51 (auf das Vorbringen der Bf. berufend); EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 71; EGMR, Nr. 42971/05, *Parry*, S. 10; dem folgend *Peters/Altwicker*, (Fn. 63), § 26, Rdnr. 6; *Reid*, (Fn. 63), S. 590.

⁷³ *Dissenting opinion of Judge Martens in Cossey*, § 3.4., sowie *Judge van Dijk in Sheffield and Horsham*, § 5; *Wildhaber/Breitenmoser*, in: *Karl*, (Fn. 26), Art. 8, Rdnr. 55 ff.; *Frowein*, (Fn. 28), Art. 8, Rdnr. 11; *Fahrenhorst*, Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, 1994, S. 204.

⁷⁴ EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 71; EGMR, Nr. 29002/06, *Schlumpf*, § 103; so auch *Meyer-Ladewig*, EMRK, 3. Aufl. 2011, Art. 8, Rdnr. 3; *Marshall*, Personal Freedom through Human Rights Law?, 2009, S. 46.

⁷⁵ EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, §§ 79-84 (allgemeine Abwägung, wie bei positiven Verpflichtungen vorgenommen), § 85 (Lippenbekenntnis zu Art. 8 Abs. 2 EMRK, der nur bei Eingriffen anwendbar ist).

⁷⁶ BVerfGE 49, 286 (301); 115, 1 (15 ff.); „Eingriff“; BVerfGE 121, 175 (191); „Beschränkung“; BVerfGE 128, 109 (126 ff.); „Beeinträchtigung“.

⁷⁷ Ähnlich („*the legal system in force*“) *Judge Martens in Cossey*, § 3.4.; *Wildhaber/Breitenmoser*, (Fn. 73), Art. 8, Rdnr. 59; vgl. *Pierothen/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 27. Aufl. 2011, Rdnr. 80.

wünschenswert, dass sich der EGMR dem anschließt. Dadurch ließen sich nicht nur zweifelhafte allgemeine Abwägungen und somit eine Umgehung von Art. 8 Abs. 2 EMRK vermeiden,⁷⁸ es wäre auch eine Anpassung an seine eigene Rechtsprechung, die einen Eingriff durch das Rechtssystem als solches anerkennt.⁷⁹

II. Das Recht auf Geschlechtsidentität

1. Schutzbereich

Nach diesen dogmatischen Vorüberlegungen drängt sich die Frage auf, was genau das Recht auf Geschlechtsidentität umfasst. In der Rechtsprechung von BVerfG und EGMR haben sich drei Hauptanwendungsbereiche herauskristallisiert: Das Recht, einen geschlechtsspezifischen Vornamen zu führen,⁸⁰ das Recht, sein personenstandsrechtliches Geschlecht zu bestimmen,⁸¹ und das Recht, eine geschlechtsangleichende Operation vornehmen zu lassen.⁸² Diese Kategorisierung ist nicht abschließend zu verstehen: Daneben besteht immer das allgemeine Recht auf Anerkennung des empfundenen Geschlechts durch den Staat.⁸³

Diese einzelnen Aspekte des Rechts auf Geschlechtsidentität sollten eigentlich als gleichwertige Alternativen nebeneinander stehen, um der Vielfalt an Transgender-Lebensvorstellungen annähernd gerecht zu werden.⁸⁴ Faktisch steht aber die Änderung des rechtlichen Geschlechts in der Rechtsprechung im Vordergrund.⁸⁵ Das liegt zum einen daran, dass es in einigen Staaten sehr flexible namensrechtliche Regelungen gibt und somit diesbezüglich kein Problem entsteht,⁸⁶ vor allem aber daran, dass die geschlechtsangleichende Operation in vielen Rechtsordnungen selbst keinen Einschränkungen unterliegt und daher nicht eingeklagt werden muss.⁸⁷ Dafür

⁷⁸ Wildbaber/Breitenmoser, (Fn. 73), Art. 8, Rdnr. 55 ff.; kritisch auch Sudre, Les „obligations positives“ dans la jurisprudence européenne des droits de l’homme, in: GS Ryssdal, 2000, S. 1373 ff.: Prüfung sonst nur „auf die Schnelle“ („à la sauvette“).

⁷⁹ EGMR, Nr. 7525/76, *Dudgeon*, § 41; vgl. dagegen EGMR, Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, § 53.

⁸⁰ BVerfGE 88, 87 (88); 115, 1 (14); 116, 243 (244, 262 f.); EGMR, Nr. 13343/87, *B. n. France*, §§ 56 ff.

⁸¹ BVerfGE 49, 286 (290); 60, 123 (124); 116, 243 (245); 121, 175 (190); 128, 109 (129 ff.); EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 93; EGMR, Nr. 32570/03, *Grant*, § 40; EGMR, Nr. 42971/05, *Parry*, S. 9.

⁸² EGMR, Nr. 27527/03, *L. n. Lithuania*, § 57.

⁸³ BVerfG (Kammer), Beschl. v. 15.8.1996, NJW 1997, 1632 (1633); EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 81; EGMR, Nr. 29002/06, *Schlumpf*, § 115.

⁸⁴ Zu Name und Geschlecht *Grünberger*, (Fn. 12), S. 364; im Ergebnis ähnlich BVerfG (Kammer), Beschl. v. 27.10.2011, NJW 2012, 600 (601); vgl. auch *Blankenagel*, Das Recht, ein „Anderer“ zu sein, DÖV 1985, S. 954; a.A. *Windel*, (Fn. 65), S. 266.

⁸⁵ *Whittle*, (Fn. 9), S. 189.

⁸⁶ So bspw. das Vereinigte Königreich, vgl. EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 19.

⁸⁷ Anders in der Türkei, vgl. EGMR, Nr. 14793/08 (noch anhängig), *Y.Y. n. Turkey*; siehe unter D.II.2.d.).

wird sie aber zur Voraussetzung für die Anerkennung des empfundenen Geschlechts gemacht⁸⁸ und tritt somit nicht als vom Individuum unter dem Recht auf Geschlechtsidentität erstrebtes Ziel, sondern als Eingriff in dasselbe in Erscheinung.

2. Potentielle Eingriffe und deren Rechtfertigung

Das führt weiter zu den verschiedenen Eingriffen in das Recht auf Geschlechtsidentität. Wie andere Grund- bzw. Menschenrechte auch, ist dieses nicht absolut gewährleistet; Eingriffe können im Rahmen des Gesetzesvorbehalts in Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden. Im Folgenden wird die Rechtsprechung von BVerfG und EGMR in Hinblick auf einige typische Eingriffe und deren Rechtfertigung analysiert.

a) Altersgrenzen

Das Erfordernis eines bestimmten Mindestalters mag dazu dienen, noch einmal die verschiedenen Aspekte des Rechts auf Geschlechtsidentität zu verdeutlichen. Das Transsexuellengesetz sah aufgrund von Zuständigkeitsproblemen⁸⁹ und einem Streit zwischen Bundestag und Bundesrat⁹⁰ ursprünglich ein Mindestalter von 25 Jahren sowohl für die Namensänderung als auch für die Anerkennung des empfundenen Geschlechts vor. Das BVerfG erklärte beide Regelungen für verfassungswidrig, betonte dabei aber, dass sie „nicht annähernd vergleichbar“ seien.⁹¹ Es stellte weiterhin fest, dass die Einführung eines Mindestalters für die geschlechtsangleichende Operation demgegenüber verfassungskonform gewesen wäre.⁹² Für die verschiedenen Aspekte wurden also jeweils unterschiedliche Maßstäbe angelegt.

Dem EGMR lagen bis jetzt noch keine Fälle vor, in denen es ausdrücklich um Altersbeschränkungen ging. Im Gegensatz zum BVerfG stellte er zwar fest, dass grundsätzlich ein Recht auf Ermöglichung einer vollständigen geschlechtsangleichenden Operation (als Vorstufe zur Anerkennung des empfundenen Geschlechts) bestehe; aus seiner äußerst kurzen und dogmatisch recht frei schwebenden Argumentation⁹³ lassen sich aber nur schwerlich Rückschlüsse darauf ziehen, wie er eine Altersgrenze

⁸⁸ Überblick bei *Castagnoli*, (Fn. 3), S. 6; siehe unter D.II.2.c).

⁸⁹ *Koch*, Transsexualismus und Intersexualität: Rechtliche Aspekte, MedR 1986, S. 174, Fn. 22; vgl. BT-Drs. 8/2947, S. 12.

⁹⁰ *Ibid.*, S. 20 f.; BT-Drs. 8/4368; Überblick bei BVerfGE 88, 87 (89 f.); kritisch dazu *Pfäßlin*, Fünf Jahre Transsexuellengesetz – Eine Zwischenbilanz, StAZ 1986, S. 201; *Will*, (Fn. 18), S. 926 f.

⁹¹ BVerfGE 60, 123 (135); insoweit zustimmend *Augstein*, (Fn. 49), S. 173.

⁹² BVerfGE 60, 123 (132 f.).

⁹³ EGMR, Nr. 27527/03, *L. v. Lithuania*, §§ 57-59.

beurteilen würde, zumal er den Mitgliedstaaten bezüglich der Einzelheiten der Umsetzung des Rechts auf Geschlechtsidentität noch immer einen erheblichen Ermessensspielraum einräumt.⁹⁴ Es bleibt aber zu hoffen, dass er etwaige Altersbeschränkungen dennoch für konventionswidrig erklären würde; denn es ist kein Grund ersichtlich, der einen derartigen Eingriff in das Recht auf Geschlechtsidentität jüngerer Transsexueller rechtfertigen könnte. Insbesondere bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass Operationen von jüngeren Betroffenen eher bereut werden⁹⁵ (im Gegenteil können sie sogar schon früh medizinisch indiziert sein⁹⁶), sodass der ohnehin schon zweifelhaften Zwecksetzung des Schutzes vor der eigenen Entscheidung⁹⁷ die Grundlage entzogen ist. Aus diesem Grund würde auch das BVerfG eine Altersbeschränkung für geschlechtsangleichende Operationen⁹⁸ heutzutage wohl unter Berufung auf sexualwissenschaftliche Erkenntnisse als verfassungswidrig einstufen.⁹⁹

b) Staatsangehörigkeit

Auch zum Eingriff in das Recht auf Geschlechtsidentität durch Verweigerung der Namensänderung oder Anerkennung des empfundenen Geschlechts für Ausländer hat sich der EGMR noch nicht explizit geäußert. Da die Konventionsstaaten die Rechte aber „allen ihrer Hoheitsgewalt unterstehenden Personen“ zusichern müssen (Art. 1 EMRK) und es auf die Staatsangehörigkeit daher nicht ankommt,¹⁰⁰ ist seit *Goodwin* davon auszugehen, dass der Gerichtshof, wie auch das BVerfG,¹⁰¹ derartige Regelungen nicht akzeptieren würde.¹⁰²

⁹⁴ EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 93; EGMR, Nr. 42971/05, *Parry*, S. 10; *Basedow/Scherpe*, (Fn. 50), S. 155.

⁹⁵ *Angstein*, (Fn. 49), S. 174.

⁹⁶ *Pfäßlin*, (Fn. 90), S. 201; ausführlich *Whittle*, (Fn. 9), S. 173 ff.

⁹⁷ Kritisch zur begründungslosen Ausweitung dieses „legitimen“ Zwecks durch das BVerfG *Weber*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 16.3.1982 – 1 BvR 938/81, JuS 1982, S. 936; auf europäischer Ebene müsste man wohl unter „Schutz der Gesundheit“ (Art. 8 Abs. 2 EMRK) subsumieren.

⁹⁸ Die angesichts der Lethargie des Gesetzgebers bzgl. der Nachbesserung des TSG aber kaum zu befürchten ist; dazu schon BVerfGE 88, 87 (91 f); vgl. *Wielpütz*, (Fn. 53), S. 474 f.

⁹⁹ Für Verfassungswidrigkeit schon *Angstein*, (Fn. 49), S. 174; kritisch auch *Pfäßlin*, (Fn. 90), S. 201; a.A. (aber unter Berufung auf überholte medizinische Ansichten) *Wacker*, (Fn. 6), S. 896 ff; gegen die Neueinführung von Altersgrenzen in Bezug auf alle drei Teilaspekte *Bruns*, Folgerungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts für die Reform des Transsexuellengesetzes, ZfS 2007, S. 48.

¹⁰⁰ *Frowein*, (Fn. 28), Art. 1, Rdnr. 3; *Grabenwarter*, EMRK, 4. Aufl. 2009, § 17, Rdnr. 2.

¹⁰¹ BVerfGE 116, 243 (259 ff).

¹⁰² So auch *Basedow/Scherpe*, (Fn. 50), S. 155 f.; *Roth*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 18.7.2006 – 1 BvL 1, 12/04, StAZ 2007, S. 17.

c) Körperliche Veränderungen

Deutlich kontroverser wird die Lage bei körperlichen Veränderungen. Wie oben ange deutet, geht es dabei nicht um das Recht, solche Veränderungen vornehmen zu lassen, sondern um Eingriffe in das Recht auf Anerkennung des empfundenen Geschlechts dadurch, dass sie zur Voraussetzung gemacht werden. Nach deutschem Recht wurde ursprünglich eine operative Angleichung des Erscheinungsbildes gefordert.¹⁰³

Diesbezüglich billigte das BVerfG das Ziel des Gesetzgebers, dem Personenstand durch objektivierte Kriterien Dauer und Eindeutigkeit zu verleihen, als legitim.¹⁰⁴ Das Erfordernis einer Operation sah es aber angesichts der massiven Risiken und Nebenwirkungen als unverhältnismäßig an,¹⁰⁵ zumal wissenschaftlich belegt ist, dass sich nicht alle Transsexuelle eine Operation wünschen.¹⁰⁶

Auf europäischer Ebene würde das wohl anders beurteilt: Schon die Europäische Kommission für Menschenrechte verneinte 1997 einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK¹⁰⁷ – allerdings damals noch im Einklang mit dem BVerfG, das die entsprechende Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen hatte.¹⁰⁸ Der EGMR hatte die Position präoperativer Transsexueller noch nicht direkt zu beurteilen, bezieht sich in seiner Argumentation aber wiederholt auf die Operation: Es sei systemwidrig, sie zu erlauben und die Anerkennung dann zu verweigern,¹⁰⁹ und es bestehe iheretwegen nicht die Gefahr willkürlicher Änderungen des rechtlichen Geschlechts.¹¹⁰ Es erscheint daher recht unwahrscheinlich, dass er in absehbarer Zeit die Nichtanerkennung des empfundenen Geschlechts von präoperativen Transsexuellen als Verstoß gegen Art. 8 EMRK werten wird.¹¹¹ Das ist bedauerlich, da die Argumentation des BVerfG auch im Kontext der Notwendigkeit im Sinne des

¹⁰³ Zu den Anforderungen an solche Operationen vgl. Koch, (Fn. 89), S. 175; Wille/Kröhn/Eicher, Sexualmedizinische Anmerkungen zum Transsexuellengesetz, FamRZ 1981, S. 419 f.; Whittle, (Fn. 9), S. 247 ff.

¹⁰⁴ BVerfGE 128, 109 (129 f.).

¹⁰⁵ BVerfGE 128, 109 (130 ff.); massiv gegen den Operationszwang schon vorher die Literatur, vgl. Bruns, (Fn. 99), S. 51; Coester-Waltjen, Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?, JZ 2010, S. 856; DeCleene, The Reality of Gender Ambiguity, Law & Sexuality 16 (2007), S. 134; de Silva, Transsexualität im Spannungsfeld juristischer und medizinischer Diskurse, ZfS 2005, S. 265 f.; Grünberger, (Fn. 12), S. 361 f.; Windel, (Fn. 65), S. 269; Winkelmann, (Fn. 15), S. 129 f.; zweifelnd Sacksofsky, (Fn. 10), S. 700 f.; gänzlich a.A. noch BGHZ 57, 63 (70): „keinesfalls“ Anerkennung ohne Operation; so auch noch Koch, (Fn. 89), S. 175.

¹⁰⁶ BVerfGE 115, 1 (20 f.); siehe unter C.II.

¹⁰⁷ EKMR, Bericht v. 23/10/1997, Nr. 31177/96, a.E. – Roetzbach.

¹⁰⁸ Ibid., unter A.I.

¹⁰⁹ EGMR, Nr. 28957/95, Goodwin, § 78.

¹¹⁰ Ibid., §§ 81 f.

¹¹¹ Als minderwertige Lösung käme ein weites Verständnis von „postoperativ“ in Frage, vgl. Whittle, (Fn. 9), S. 154 ff.

Art. 8 Abs. 2 EMRK Gültigkeit beanspruchen kann.¹¹² Daran ändern auch die implizit zum Ausdruck gebrachten Sorgen des EGMR nichts: Die potenzielle Systemwidrigkeit mag ein zusätzliches Argument für die Anerkennung von postoperativen Transsexuellen sein, schließt aber nicht *e contrario* die Anerkennung präoperativer Transsexueller aus. Im Übrigen dürfte das Argument durch die vom EGMR selbst entwickelte Pflicht zur Ermöglichung von geschlechtsangleichenden Operationen überholt sein.¹¹³ Der Angst vor Missbrauch, die wohl hinter dem Wunsch steht, willkürliche Personenstandsänderungen zu vermeiden,¹¹⁴ könnte – sofern eine solche Missbrauchsgefahr überhaupt besteht¹¹⁵ – jedenfalls durch mildere Mittel begegnet werden.¹¹⁶

Es bleibt anzumerken, dass auch das BVerfG sich zwar gegen die Voraussetzung der Operation wendet, die Anpassung des Erscheinungsbildes per se, insbesondere durch Hormonbehandlung, aber explizit billigt.¹¹⁷ Das ist einigermaßen verwunderlich, da sich die Argumentation zur Operation auch auf diesen Fall übertragen lässt¹¹⁸ und das Erfordernis stereotypen Aussehens außerdem schon keinen legitimen Zweck erfüllen kann.¹¹⁹

d) Fortpflanzungsunfähigkeit

Die Voraussetzung der Fortpflanzungsunfähigkeit hält das BVerfG dagegen wiederum für verfassungswidrig:¹²⁰ Das Ziel der Regelung, das „Geschlechtsverständnis“ der Rechtsordnung zu schützen, sei zwar legitim,¹²¹ der schwerwiegende Eingriff in Geschlechtsidentität und körperliche Unversehrtheit aber unverhältnismäßig. Von besonderer Bedeutung in der Abwägung war § 11 TSG, wonach das Rechtsverhältnis zu Kindern des Antragstellers durch die Personenstandsänderung nicht tangiert

¹¹² So im Ergebnis auch *Hammarberg*, Human Rights and Gender Identity, CommDH/Issue-Paper(2009)2, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365> (5.9.2012).

¹¹³ EGMR, Nr. 27527/03, *L. v. Lithuania*, § 57.

¹¹⁴ So auch bei *Sacksofsky*, (Fn. 10), S. 700 f.

¹¹⁵ Zu Recht dagegen *Grünberger*, (Fn. 12), S. 361; *Wielpütz*, (Fn. 53), S. 476 f.; auf europäischer Ebene mag in manchen Ländern die Umgehung des Wehrdienstes eine theoretische Gefahr darstellen. Schon im Rahmen der Erforderlichkeit muss man sich dann aber fragen, was den Eingriff nach dessen Ableistung rechtfertigen soll.

¹¹⁶ Vgl. nur die Aufzählung bei BVerfGE 128, 109 (130).

¹¹⁷ BVerfGE 128, 109 (130).

¹¹⁸ *Wielpütz*, (Fn. 53), S. 476.

¹¹⁹ Plastisch *Grünberger*, (Fn. 12), S. 362; *ders.*, (Fn. 59), S. 370; wohl auch *Wielpütz*, (Fn. 53), S. 476; vgl. *Adamietz*, (Fn. 6), S. 380; *de Silva*, (Fn. 105), S. 265.

¹²⁰ Kritisch schon *Brums*, (Fn. 99), S. 50; *Coester-Waltjen*, (Fn. 105), S. 856; *de Silva*, (Fn. 105), S. 265; *Grünberger*, (Fn. 12), S. 363 f.; *Sacksofsky*, (Fn. 10), S. 699 f.; ausführlich *Whittle*, (Fn. 9), S. 161 ff.; a.A. noch BVerfGE 60, 123 (134).

¹²¹ BVerfGE 128, 109 (134); zu Recht kritisch *Grünberger*, (Fn. 59), S. 370.

wird¹²² – eine Lösung, die einem gut unter dem Gesichtspunkt des Schutzes der Rechte Dritter (Art. 8 Abs. 2 EMRK) auf europäischer Ebene (als milderes Mittel¹²³) wieder begegnen könnte. Bisher hat sich der EGMR zu dieser Frage noch nicht geäußert; er wird aber demnächst dazu Stellung nehmen müssen, ob die Fortpflanzungsunfähigkeit eine zulässige Voraussetzung der geschlechtsangleichenden Operation ist.¹²⁴ Da diese im konkreten Fall wiederum Voraussetzung für die Anerkennung des empfundenen Geschlechts ist,¹²⁵ dürften ähnliche Überlegungen wie beim BVerfG eine Rolle spielen.¹²⁶

e) Ehelosigkeit

Die wohl kompliziertesten und umstrittensten Fragen stellen sich in Bezug auf Partnerschaftsrechte von Transsexuellen. Anzumerken ist zunächst, dass sich derartige Probleme nur stellen, wenn man die Verschiedengeschlechtlichkeit für eine notwendige Voraussetzung der Ehe im verfassungs-¹²⁷ bzw. konventionsrechtlichen¹²⁸ Sinne hält, sodass eine Abgrenzung zwischen Ehe und etwaiger Eingetragener Partnerschaft vonnöten ist.¹²⁹ Bezieht man dagegen auch gleichgeschlechtliche Paare in den Schutzbereich ein,¹³⁰ so müsste die Ehe konsequenterweise auch für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet werden,¹³¹ alles andere würde unangenehm an die „separate but equal“-Doktrin erinnern.¹³² Dann aber würde die Abgrenzungsnotwendigkeit und damit die diesbezügliche Bedeutung des Geschlechts entfallen und die Problematik

¹²² BVerfGE 128, 109 (135 f); a.A. wohl *Windel*, (Fn. 65), S. 266, 269.

¹²³ Vgl. *Sachs*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 11.1.2011 – 1 BvR 3295/07, JuS 2011, S. 760.

¹²⁴ EGMR, Nr. 14793/08 (noch anhängig), *Y.Y. v. Turkey*.

¹²⁵ Art. 40 Medeni Kanun (türkisches Zivilgesetzbuch); dazu *Atamer*, in: Basedow/Scherpe, (Fn. 19), S. 77.

¹²⁶ Für einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK ibid., S. 78; *Will*, Das Gespenst im Zivilgesetzbuch – Zum neuesten türkischen Transsexuellengesetz, in: FS Jayme, Bd. 2, 2004, S. 1632 f, 1635 f.

¹²⁷ So die h.M.: BVerfGE 105, 313 (342, 345); 121, 175 (193); *Badura*, in: Maunz/Dürig, (Fn. 70), Art. 6, Rdnr. 58 ff; *Pieroth/Schlink*, (Fn. 77), Rdnr. 693.

¹²⁸ So die h.M.: EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 49; EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 98; EGMR, Nr. 42971/05, *Parry*, S. 12; *Grabenwarter*, (Fn. 100), § 22, Rdnr. 60; *Palm-Risse*, (Fn. 24), S. 82 f.

¹²⁹ Eine Abgrenzung anhand der sexuellen Orientierung wäre verfassungswidrig, *Grünberger*, (Fn. 59), S. 369; vgl. BVerfGE 124, 199 (221); a.A. scheinbar noch BVerfGE 115, 1 (25).

¹³⁰ So für Art. 6 GG *Haverkamp*, Familienbesteuerung aus verfassungsrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, 2010, S. 158-171; *Schimmel*, Eheschließungen gleichgeschlechtlicher Paare?, 1996, S. 97-162; *Möller*, Der Ehebegriff des Grundgesetzes und die gleichgeschlechtliche Ehe, DÖV 2005, S. 68-70, Fn. 20 m.w.N.; in diese Richtung auch *Grünberger*, (Fn. 12), S. 366; *ders.*, (Fn. 59), S. 369; allgemein zu etwaigen Gegenargumenten *Nussbaum*, From Disgust to Humanity, 2010, S. 141-150.

¹³¹ *Möller*, (Fn. 130), S. 71.

¹³² Vgl. *Nussbaum*, (Fn. 130), S. 157 f; zur Parallele zum Rassismus *Currab*, (Fn. 14), S. 251.

wäre komplett entschärft.¹³³ Unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung muss jedoch das Verhältnis einer Personenstandsänderung zu etwaigen Partnerschaften des Transsexuellen geklärt werden. Diesbezüglich ist zwischen der Eingehung von Partnerschaften vor und nach der Änderung des rechtlichen Geschlechts zu differenzieren.

Dass für die Eingehung von Partnerschaften (wie auch für alles andere¹³⁴) nach Änderung des rechtlichen Geschlechts ebendieses maßgeblich sein muss, scheint in Europa erfreulicherweise als recht selbstverständlich akzeptiert zu sein.¹³⁵ Vor dem EGMR wurde von Anfang an ein Ehrerecht für Transsexuelle geltend gemacht;¹³⁶ in *Goodwin* wurde dem stattgegeben und bei Nichtanerkennung des empfundenen Geschlechts eine Verletzung nicht nur von Art. 8, sondern auch von Art. 12 EMRK angenommen.¹³⁷ Das BVerfG hat schon in seiner ersten Entscheidung ein Ehrerecht bejaht¹³⁸ und in seiner weiteren Rechtsprechung sogar *en passant* ein Recht auf Eingehung einer rechtlich abgesicherten Partnerschaft auch für gleichgeschlechtliche Paare entwickelt.¹³⁹

Äußerst kontrovers ist dagegen, wie mit Partnerschaften umzugehen ist, die vor der Änderung des rechtlichen Geschlechts eingegangen wurden; denn deren Aufrechterhaltung führt dazu, dass gleichgeschlechtliche Ehen (bzw. verschiedengeschlechtliche Eingetragene Lebenspartnerschaften¹⁴⁰) bestehen, was die meisten Staaten vermeiden möchten. Damit stellt sich die Frage, ob die Ehelosigkeit als Voraussetzung für die Änderung des rechtlichen Geschlechts ein zulässiger Eingriff in das Recht auf Geschlechtsidentität ist.

Das BVerfG verneint das. Es erkennt zwar das Ziel, gleichgeschlechtliche Ehen zu verhindern, als legitim an¹⁴¹ und bejaht auch Geeignetheit¹⁴² und Erforderlichkeit der

¹³³ *Grünberger*, (Fn. 12), S. 366.

¹³⁴ Zur Rentenversicherung vgl. EGMR, Nr. 32570/03, *Grant*, §§ 22 ff.; *Sackojsky*, (Fn. 10), S. 682 f.

¹³⁵ *Russo*, in Pettiti/Decaux/Imbert (Hrsg.), *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, 1995, S. 312: „*conséquence logique*“; vgl. aber EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 103; zweifelnd („*cause for annulment*“) noch *Devaux*, *Legal Consequences of Sex Reassignment in Comparative Law*, in: Council of Europe, (Fn. 20), S. 162.

¹³⁶ Vgl. EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 48; EGMR, Nr. 10843/84, *Cossey*, § 44; EGMR, Nr. 31-32/1997/815-816/1018-1019, *Sheffield and Horsham*, §§ 62 f.

¹³⁷ EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, §§ 100-104; aber mit Einschränkungen *Whittle*, (Fn. 9), S. 157.

¹³⁸ BVerfGE 49, 286 (300).

¹³⁹ Implizit schon in BVerfGE 115, 1 (23 f.); dazu *Grünberger*, (Fn. 6), S. 518; *Windel*, (Fn. 65), S. 266; zweifelnd *Sackojsky*, (Fn. 10), S. 695 ff.; in BVerfGE 128, 109 (125, 128) aber bestätigt; vgl. *Wiel-pütz*, (Fn. 53), S. 476.

¹⁴⁰ Bezeichnenderweise ignorierte der deutsche Gesetzgeber diese Möglichkeit (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG); vgl. *Windel*, (Fn. 65), S. 268; zum Streit um die analoge Anwendung vor Nichtanwendbarkeit durch BVerfGE 121, 175, vgl. *Grünberger*, (Fn. 12), S. 362 m.w.N.

¹⁴¹ BVerfGE 121, 175 (193).

¹⁴² Kritisch *Sackojsky*, (Fn. 10), S. 692; vgl. auch *Whittle*, (Fn. 9), S. 140 f.; *Berrigan*, (Fn. 27), S. 115.

Regelung. Unter Berufung auf die Zwangslage, in die eine solche Regelung Transsexuelle bringt, gelangt es aber zur Unzumutbarkeit.¹⁴³ Die Verantwortungsgemeinschaft müsse fortbestehen, entweder als Ehe,¹⁴⁴ durch Umwandlung in eine Eingetragene Lebenspartnerschaft¹⁴⁵ oder als rechtlich abgesicherte Partnerschaft *sui generis*.¹⁴⁶ In Anbetracht des jüngst entwickelten Rechts auf Eingehung derjenigen Partnerschaft, die dem eigenen Geschlechtsempfinden entspricht,¹⁴⁷ ist wohl nur die zweite Lösung konsequent.

Der EGMR geht von der selben Grundidee aus wie das BVerfG: der Zwangslage, welche die Voraussetzung der Ehelosigkeit hervorrufen kann.¹⁴⁸ Ihm zufolge fällt die Problematik jedoch grundsätzlich in den Ermessensspielraum der Konventionsstaaten,¹⁴⁹ sodass auf die Zwangslage nicht näher eingegangen wird.¹⁵⁰ Der EGMR hatte bis jetzt allerdings nur Fälle zu beurteilen, in denen immerhin die Möglichkeit bestand, nach Personenstandsänderung eine Eingetragene Lebenspartnerschaft einzugehen, und bezog diese Tatsache auch in seine Argumentation ein.¹⁵¹ Möglicherweise würde er also für Konventionsstaaten, die gar kein Rechtsinstitut für gleichgeschlechtliche Paare bereitstellen, zu einem anderen Abwägungsergebnis kommen.¹⁵² Jedenfalls verlangt der EGMR aber im Gegensatz zum BVerfG keine Überführung der Ehe in die Eingetragene Lebenspartnerschaft, sondern hält eine Scheidung und Neubegründung der Partnerschaft trotz der dadurch entstehenden Kosten sowie dem Mangel an Kontinuität für zumutbar.¹⁵³ Da die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe durch eine automatische Überführung in eine Eingetragene Lebenspartner-

¹⁴³ BVerfGE 121, 175 (196 ff.); siehe unter C.II.; ähnlich schon *Winkelmann*, (Fn. 15), S. 130; zustimmend *Rauhfeld*, Diskriminierung Transsexueller, in: Steger (Hrsg.), Was ist krank?, 2007, S. 193.

¹⁴⁴ Für diese Lösung *Brücklein*, (Fn. 68), S. 303.

¹⁴⁵ Für diese Lösung *Cornils*, Sexuelle Selbstbestimmung und ihre Grenzen, ZJS 2009, S. 86 f.; *Windel*, (Fn. 65), S. 268; zusätzlich für Anwendung der Vorschriften zur Ehe, soweit günstiger *Bruns*, (Fn. 99), S. 49 f.; streng genommen bedeutet diese Möglichkeit, dass die Voraussetzung der Ehelosigkeit nicht nur unzumutbar, sondern schon nicht erforderlich ist.

¹⁴⁶ BVerfGE 121, 175 (203 f.).

¹⁴⁷ BVerfGE 128, 109 (128); siehe Fn. 139.

¹⁴⁸ EGMR, Nr. 42971/05, *Parry*, S. 9 f.; EGMR, Nr. 35748/05, R., F. v. *The United Kingdom*, S. 11 f.

¹⁴⁹ EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 103; so auch *Reid*, (Fn. 63), S. 592; a.A. wohl *Whittle*, (Fn. 9), S. 158; zweifelnd noch *Windel*, (Fn. 65), S. 268, Fn. 52.

¹⁵⁰ Die unterschiedliche Gewichtung der Zwangslage schlägt sich auch in der Dogmatik nieder: Das BVerfG bringt sie durch eine Inzidentprüfung von Art. 6 GG im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zum Ausdruck, während der EGMR Art. 8 und Art. 12 EMRK getrennt prüft.

¹⁵¹ EGMR, Nr. 42971/05, *Parry*, S. 10, 12 f.; EGMR, Nr. 35748/05, R., F. v. *The United Kingdom*, S. 12.

¹⁵² *Rixé*, Anmerkung zu BVerfG, Beschl. v. 27.5.2008 – 1 BvL 10/05, FF 2008, S. 451 f.

¹⁵³ EGMR, Nr. 42971/05, *Parry*, S. 10; EGMR, Nr. 35748/05, R., F. v. *The United Kingdom*, S. 12; erst recht dürfte also die Überleitung der Ehe in eine Eingetragene Lebenspartnerschaft, wie sie momentan in EGMR, Nr. 37359/09 (noch anhängig), H. v. *Finland*, auf dem Prüfstand steht, als konventionsgemäß angesehen werden.

schaft ebenso unberührt bliebe wie bei Scheidung und Neubegründung, kann das kaum überzeugen.

3. Zwischenergebnis: Transsexualität und Selbstbestimmung

Insgesamt ergibt sich ein durchaus differenziertes Bild für das Recht auf Geschlechtsidentität. Das BVerfG legt zwar recht strenge Maßstäbe an die Zumutbarkeit etwaiger Eingriffe an, hält jedoch einige von Transsexuellen selbst als unzumutbar wahrgenommene Eingriffe für zulässig.¹⁵⁴ Der EGMR lässt zum Teil sogar noch weitergehende Eingriffe zu.

Beide Gerichte sehen die Selbstbestimmung des Einzelnen als Grundlage des Rechts auf Geschlechtsidentität an¹⁵⁵ – und sogar als wesentlichen Bestandteil des dem zugrunde liegenden allgemeinen Persönlichkeitsrechts¹⁵⁶ bzw. Rechts auf Achtung der Privatsphäre.¹⁵⁷ Das wirft aber weitere Fragen bezüglich etwaiger Eingriffe auf: Wenn es um Selbstbestimmung geht, wieso sind dann jahrelange Fristen grundsätzlich zumutbar?¹⁵⁸ Wieso sind medizinische Gutachten zur Anerkennung des empfundenen Geschlechts vonnöten?¹⁵⁹ Ein amerikanisches Gericht fragte schon 1968: „*Is the gender of a given individual that which society says it is, or is it, rather, that which the individual claims it to be?*“¹⁶⁰ – und entschied sich für letzteres. In diese Richtung geht durch die Anerkennung des Rechts auf Geschlechtsidentität inzwischen auch die Rechtsprechung von BVerfG und EGMR; doch besteht Anlass, nachzufragen: *Maybe gender is what the doctor says it is?* Wenn die Gerichte die Grundlagen ihrer eigenen Rechtsprechung ernst nähmen, dann müssten sie diese Frage verneinen. Konsequent wäre es also, flexiblere Regelungen zu verlangen, die das rechtliche Geschlecht ohne weitere Voraussetzungen zur Wahl des Einzelnen stellen.¹⁶¹

¹⁵⁴ *De Siba*, (Fn. 105), S. 265 f.

¹⁵⁵ BVerfGE 121, 175 (191); „selbstbestimmte geschlechtliche Identität“; BVerfGE 128, 109 (124); „Selbstbestimmungsrecht“; vgl. *Grünberger*, (Fn. 12), S. 368; EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 90; EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 73 („one of the most basic essentials of self-determination“); vgl. *Marshall*, (Fn. 74), S. 121; *Rudolf*, European Court of Human Rights: Legal status of postoperative transsexuals, *Int'l J. Const. L.* 1 (2003), S. 719.

¹⁵⁶ BVerfGE 35, 202 (220); 72, 155 (170).

¹⁵⁷ EGMR, Nr. 2346/02, *Pretty*, §§ 65–67; EGMR, Nr. 29002/06, *Schlumpf*, § 100.

¹⁵⁸ *Ibid.*, § 110; BVerfGE 128, 109 (130); *Will*, (Fn. 126), S. 1631.

¹⁵⁹ BVerfGE 128, 109 (130); kritisch *Rauchfleisch*, (Fn. 143), S. 190; *Whittle*, (Fn. 9), S. 19, 39; vgl. ATME, Das eigene Geschlecht ist ein Menschenrecht, Forderung 1: TSG-Gutachterverfahren weg, http://atme-ev.de/index.php?option=com_content&view=section&id=6&Itemid=26 (5.9.2012).

¹⁶⁰ New York City Civil Court, In the Matter of Anonymous, 293 N.Y.S.2d 834 (836); dazu *Berrigan*, (Fn. 27), S. 90 f.

¹⁶¹ *Coester-Waltjen*, (Fn. 105), S. 856; wohl auch *Grünberger*, (Fn. 12), S. 368; ähnlich *Bräcklein*, (Fn. 68), S. 299, 303 f.; so nun auch die Situation in Argentinien, vgl. *Vogl*, Jeder darf sein, wie sie sich fühlt, taz v. 12. 5.2012.

III. Transsexualität als Krankheit?

Dass dies bislang nicht geschehen ist, liegt wohl vor allem daran, dass Transsexualität nach wie vor weitgehend pathologisiert wird.¹⁶² Auch darin sind sich beide Gerichte einig: So spricht das BVerfG selbst in seinem letzten Urteil noch von „Diagnose“¹⁶³ und der EGMR stellt als wesentlichen Teil seiner Argumentation in *Goodwin* darauf ab, „*that transsexualism has wide international recognition as a medical condition*“.¹⁶⁴

Dadurch, dass Transsexualität pathologisiert wird, ist es den Gerichten möglich, zugunsten der Transsexuellen zu urteilen, ohne die ihren Urteilen unterliegende binäre Geschlechterordnung¹⁶⁵ in Frage zu stellen.¹⁶⁶ Das hat sowohl Vor- als auch Nachteile: Einerseits fällt auf, dass die Urteile oft ungewöhnlich einfühlsam, ja sogar mitleidsvoll geschrieben sind;¹⁶⁷ es ist zumindest fragwürdig, ob die Klagen ohne die zugrunde liegende Pathologisierung ebenfalls Erfolg gehabt hätten.¹⁶⁸ Andererseits führt die Pathologisierung zur Stigmatisierung und einem Abdrängen in die Abnormalität.¹⁶⁹ So stieg zum Beispiel die gesellschaftliche Akzeptanz von Homosexualität erst, nachdem sie entpathologisiert wurde.¹⁷⁰ Dementsprechend mehrt sich die Kritik an dieser „begrenzten medizinischen Perspektive“.¹⁷¹

Gegen die Entpathologisierung wird wiederum eingewandt, dass die Kosten geschlechtsangleicher Operationen nicht mehr von den Krankenkassen übernommen würden, wenn es sich um reine „Schönheitsoperationen“¹⁷² handle.¹⁷³

¹⁶² So die WHO, (Fn. 9); *Correll*, Im falschen Körper, NJW 1999, S. 3376; *Koch*, (Fn. 89), S. 176; aufschlussreich zu den Hintergründen *Whittle*, (Fn. 9), S. 34-39.

¹⁶³ BVerfGE 128, 109 (116).

¹⁶⁴ EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 81; bestätigt in EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 54.

¹⁶⁵ BVerfGE 49, 286 (298); 128, 109 (134); EGMR, Nr. 9532/81, *Rees*, § 38; *Sacksofsky*, (Fn. 10), S. 676.

¹⁶⁶ *Ibid.*, S. 677, 686; *Rauchfleisch*, (Fn. 143), S. 192.

¹⁶⁷ BVerfGE 49, 286 (287 f.); EGMR, Nr. 28957/95, *Goodwin*, § 81; EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 59.

¹⁶⁸ Vgl. *Sacksofsky*, (Fn. 10), S. 700 (unter Bezug auf die geschlechtsangleichende Operation).

¹⁶⁹ *Kardorff*, Zur Diskriminierung psychisch kranker Menschen, in: Hormel/Scherr (Hrsg.), Diskriminierung – Grundlagen und Forschungsergebnisse, 2010, S. 283 ff.; *Rauchfleisch*, (Fn. 143), S. 189 f.; vgl. zur ähnlichen Problematik bei Behinderungen *Rothfritz*, Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen, 2010, S. 159 f.

¹⁷⁰ *Whittle*, (Fn. 9), S. 38.

¹⁷¹ *Kardorff*, (Fn. 169), S. 281; Kritik spezifisch zur Transsexualität bei *Walker*, (Fn. 63), S. 132; *Whittle*, (Fn. 9), S. 39; nachdrücklich a.A. („ohne Zweifel seelische Krankheit“) noch *Spengler*; Transsexualität – eine Krankheit im Sinne der RVO, NJW 1978, S. 1193; als bislang einziger Staat hat Frankreich Transsexualität von der Liste psychischer Krankheiten („ALD 23“) gestrichen.

¹⁷² *Sacksofsky*, (Fn. 10), S. 699.

¹⁷³ *Rauchfleisch*, (Fn. 143), S. 190 f.; *Sacksofsky*, (Fn. 10), S. 699; *Whittle*, (Fn. 9), S. 20; wohl grundsätzlich gegen eine Kostentragung *Wacke*, (Fn. 6), S. 896.

Abgesehen davon, dass dieser Einwand die Rechtsfolge vor den Tatbestand stellt, verkennt eine solche Sichtweise die Vielfalt an Transgender-Identitäten. Seit der Ausweitung des Begriffs durch das BVerfG bezeichnet Transsexualität per se lediglich ein Zugehörigkeitsempfinden zu dem Geschlecht, das nicht dem biologischen Geschlecht entspricht.¹⁷⁴ Daraus folgt nach modernem Verständnis nicht zwingend der Bedarf oder der Wunsch einer geschlechtsangleichenden Operation bzw. allgemein der „Bedarf ärztlicher Behandlung“.¹⁷⁵ Nur wenn eine Hormonbehandlung oder Operation indiziert ist, liegt eine Krankheit vor; das lässt sich aber aus den sonst eintretenden, reaktiven Störungen herleiten¹⁷⁶ und bedarf nicht der Einordnung von Transsexualität selbst als Krankheit. Eine solche Entpathologisierung würde auch die Rechtsprechung des EGMR zur Kostentragung durch Krankenkassen inhaltlich unberührt lassen, da der EGMR schon jetzt auf den Einzelfall abstellt¹⁷⁷ und gerade kein allgemeines „Recht auf Kostentragung“ entwickelt hat.¹⁷⁸ Dafür würde dies jedoch zu einer positiveren Wahrnehmung verschiedenster Transgender-Identitäten führen und es erlauben, mehr als nur ein Lippenbekenntnis zur Selbstbestimmung des Einzelnen zu leisten. Immerhin scheint das BVerfG sich (wenn auch langsam) in diese Richtung zu bewegen¹⁷⁹ und auch im EGMR gibt es zumindest vereinzelt entsprechende Ansätze.¹⁸⁰

IV. Zusammenfassender Vergleich

Wie steht es also insgesamt um die Rechtsprechung zum Schutze Transsexueller? In Anmerkungen entsteht oft der Eindruck, dass der EGMR dem BVerfG fortlaufend hinterherhinke.¹⁸¹ In der Absolutheit ist das nicht korrekt: Immerhin wurde die komplette Rechtsprechung des BVerfG erst durch die EKMR überhaupt in Gang gesetzt.¹⁸² Auch in späteren Urteilen des EGMR wurde teilweise weitergehender Schutz gewährt als vor dem BVerfG.¹⁸³

¹⁷⁴ BVerfGE 128, 109 (115 f); siehe unter B. sowie D.II.2.c).

¹⁷⁵ So die Voraussetzung für die Einordnung als Krankheit: BSGE 35, 10 (12); vgl. Correll, (Fn. 162), S. 3376.

¹⁷⁶ Vgl. Rauchfleisch, (Fn. 143), S. 190.

¹⁷⁷ EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, §§ 79-82; EGMR, Nr. 29002/06, *Schlumpf*, §§ 112, 115.

¹⁷⁸ EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 78; explizit EGMR, Nr. 29002/06, *Schlumpf*, § 77; Reid, (Fn. 63), S. 593.

¹⁷⁹ Vgl. Sacksfsky, (Fn. 10), S. 693 f.

¹⁸⁰ Concurring opinion of Judge Ress in *van Kück*, § 4.

¹⁸¹ Vgl. Henrich, Anmerkung zum Urteil v. 11. 7. 2002 – Beschwerde Nr. 28957/95: Goodwin v. the United Kingdom, FamRZ 2004, S. 174; Rixe, (Fn. 152), S. 452, im Kontext jeweils zu Recht.

¹⁸² Will, (Fn. 18), S. 928 f; vgl. Seibert, (Fn. 6), S. 53; zum positiven Einfluss anderer früher Kommissionsfälle Drżemczewski/Warbrick, (Fn. 23), S. 429.

¹⁸³ EGMR, Nr. 35968/97, *van Kück*, § 28.

Dennoch ist das BVerfG insbesondere durch seine jüngsten Urteile in mancher Hinsicht erheblich progressiver als der EGMR. Teilweise ist es dafür kritisiert worden: Durch seine Urteile habe es eine umfassende Reform des Transsexuellengesetzes herbeigeführt,¹⁸⁴ die eigentlich dem Gesetzgeber obliege.¹⁸⁵ Man mag von diesem Vorwurf halten, was man will¹⁸⁶ – das BVerfG hat den Gesetzgeber jedenfalls wiederholt zum Handeln aufgefordert und ihm sogar regelmäßig verschiedene Handlungsmöglichkeiten aufgezeigt.¹⁸⁷ Dass dieser darauf nie reagiert hat, kann dem BVerfG nicht zum Vorwurf gemacht werden; im Gegenteil, als oberstes Gericht eines demokratischen Verfassungsstaates ist es gerade seine Aufgabe, in solchen Situationen einzuspringen.

Demgegenüber ist der EGMR in mancherlei Hinsicht deutlich zurückhaltender und zieht sich gerne hinter die rechtsvergleichende Auslegung und den daraus folgenden Ermessensspielraum der Konventionsstaaten zurück.¹⁸⁸ Das bringt die Stellung des EGMR als internationales Gericht klar zum Ausdruck:¹⁸⁹ Würde er die beträchtlichen Unterschiede zwischen den nationalen Rechtsordnungen nicht berücksichtigen, so wäre seine Rechtsprechung realitätsfremd und würde auf Ablehnung stoßen.¹⁹⁰

Die Transsexuellenrechtsprechung des EGMR ist als Paradebeispiel der rechtsvergleichenden Auslegung bezeichnet worden.¹⁹¹ Das mag korrekt sein; sie ist aber auch das Paradebeispiel dafür, dass das Konzept nicht überdehnt werden sollte.¹⁹²

¹⁸⁴ Grünberger, (Fn. 59), S. 371; Sacksofsky, (Fn. 10), S. 687; Wielputz, (Fn. 53), S. 474.

¹⁸⁵ Der Verweis auf den Gesetzgeber wird von anderen Gerichten gerne genutzt, um Klagen Transsexueller abzuweisen: House of Lords, *Bellinger v. Bellinger*, [2003] UKHL 21, § 37; Kansas Supreme Court, *In re Gardiner (Gardiner II)*, [2002] 42 P.3d 120 (137).

¹⁸⁶ Vgl. zur Intersexualität Wacke, (Fn. 6), S. 869: „*Quod raro fit, non observant legilatores*“; allgemein Barber, Prelude to the Separation of Powers, CLJ 2001, 59 (77): „*Judges are well placed to correct discrete anomalies in the laws that affect confined groups of individuals.*“ Wegen Folgen für die gesamte Rechtsordnung auf den Bundestag verweisend Grünberger, (Fn. 12), S. 364; vgl. auch EGMR, Nr. 9532/81, Rees, § 44, mit dem Hinweis: „*there would have to be detailed legislation*“.

¹⁸⁷ BVerfGE 115, 1 (25); 116, 243 (269 f.); 121, 175 (203 f.); Wielputz, (Fn. 53), S. 474 f.

¹⁸⁸ EGMR, Nr. 9532/81, Rees, § 44; EGMR, Nr. 42971/05, Parry, S. 12.

¹⁸⁹ Sacksofsky, (Fn. 10), S. 680.

¹⁹⁰ Macdonald, The Margin of Appreciation, in: Macdonald/Matscher/Petzold (Hrsg.), The European System for the Protection of Human Rights, 1993, S. 123; in Anbetracht dieser Zwecksetzung erscheint die Argumentation mit ausschließlich außereuropäischem Recht in EGMR, Nr. 28957/95, Goodwin, § 84, fragwürdig.

¹⁹¹ Wildhaber, The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in: FS Ress, 2005, S. 1106.

¹⁹² Fahnenhorst, (Fn. 73), S. 199; ähnlich Brems, The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights, ZaöRV 1996, S. 281 f., die an der Objektivität des Kriteriums zweifelt.

Denn nicht nur führte seine Anwendung zu mathematisch absurdem Ergebnissen,¹⁹³ sie sorgte auch dafür, dass die Rechtsprechung des EGMR lange Zeit den Erkenntnissen sexualwissenschaftlicher Forschung hinterherhinkte. Zum mindesten in einem solchen Fall sollte die rechtsvergleichende Auslegung hinter der effektiven Gewährleistung der Menschenrechte zurücktreten.¹⁹⁴

E. Ausblick: Recht und Geschlecht

Insgesamt lässt sich indes feststellen: Wenn auch noch einiges zu tun bleibt, so haben doch beide Gerichte – ihrer jeweiligen Funktion als nationales Verfassungsgericht bzw. internationaler Gerichtshof für Menschenrechte entsprechend – im Laufe der letzten Jahrzehnte einen erheblichen Beitrag zur Entwicklung des Schutzes Transsexueller geleistet.¹⁹⁵ Von einer Rechtsprechung zum Schutz von Transgender sind sie allerdings noch weit entfernt: Beide Gerichte sind fest im binären Geschlechterdenken verankert und können daher beispielsweise keinen effektiven Schutz von Intersexuellen gewährleisten.¹⁹⁶

Der Grund dafür, dass Transsexuellen gegenüber dem Staat besonderer Schutz zukommen muss, liegt darin, dass von diesem überhaupt die Festlegung eines rechtlichen Geschlechts für jede Person verlangt wird. Während das momentan wohl notwendig ist, insbesondere um die Gleichstellung von Frauen zu fördern,¹⁹⁷ sollte man zukunftsorientiert ernsthaft darüber nachdenken, das Geschlecht ganz aus dem Recht zu streichen.¹⁹⁸ Vorerst wären stärkere Flexibilität im Personenstandsrecht sowie

¹⁹³ Rudolf, (Fn. 155), S. 721; in *Sheffield and Horsham* wurden 33 von 37 Staaten als nicht genug für einen gemeinsamen Standard angeschen; kritisch auch Fabrenhorst, (Fn. 73), S. 202; allgemein zum „Mehrheitsproblem“ Brems, (Fn. 192), S. 285.

¹⁹⁴ Rudolf, (Fn. 155), S. 721.

¹⁹⁵ Gerade in Kombination mit dem Diskriminierungsschutz durch den EuGH Fredman, Discrimination Law, 2. Aufl. 2011, S. 111; Whittle, (Fn. 9), S. 201.

¹⁹⁶ Ausführliche Kritik bei Kolbe, (Fn. 13), S. 98 ff.

¹⁹⁷ Ibid., S. 181; Peters, Völkerrecht im Gender-Fokus, in: Zimmermann/Giegerich (Hrsg.), Gender und Internationales Recht, 2007, S. 299; Sacksofsky, (Fn. 10), S. 701; dabei handelt es sich um eine Ausformung des „feministischen Dilemmas“: Schmidt, Geschlecht, Sexualität und Lebensweisen, in: Foljanty/Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaften, 2. Aufl. 2012, S. 220, Fn. 51.

¹⁹⁸ Dafür Brücklein, (Fn. 68), S. 304; Peters, (Fn. 197), S. 299; GA *Tesauro* in den Schlussanträgen zu EuGH, Rs. C-13/94, P. n. S., Slg. 1996, I-2143, Nr. 17; dieses Ziel widerspricht auch nicht dem vorläufigen Schutz Transsexueller im bestehenden System: Currah, (Fn. 14), S. 256 f.; skeptisch Sacksofsky, (Fn. 10), S. 679, 701; für einen Verzicht auf Geschlecht nur im Personenstandsrecht Kolbe, (Fn. 13), S. 197; Schmidt, (Fn. 197), S. 221.

weitere Geschlechtskategorien für Transgender¹⁹⁹ wünschenswert. Denn BVerfG und EGMR legten zwar mit ihrer Rechtsprechung zumindest die Grundsteine, um die Befolgung von Shakespeares Rat, „*to thine own self be true*“, zu ermöglichen – doch sie sind beide noch weit davon entfernt, dabei auch die Vielfalt an „*true selves*“ anzuerkennen, die *Whitman* schon im Jahr 1855 besang:

„*Do I contradict myself?*
Very well then I contradict myself,
(I am large, I contain multitudes.)“²⁰⁰

¹⁹⁹ Rauchfleisch, (Fn. 143), S. 195 f.; Tolmein, Anmerkung zu AmtsG München, Beschuß v. 13.9.2001 – 722 UR III 302/00, FamRZ 2002, S. 957 f.; wohl auch Nieder, (Fn. 4), S. 64; vgl. Kolbe, (Fn. 13), S. 133 f., 188 ff.; a.A. Coester-Waltjen, (Fn. 105), S. 856; Windel, Lebensformen – Status – Personenstand, StAZ 2006, S. 133.

²⁰⁰ Whitman, Song of Myself, Stanza 51, in: The Complete Poems of Walt Whitman, Wordsworth Editions Limited, 2006, S. 69.