

Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht

Herausgegeben von
JÜRGEN BASEDOW und JENS M. SCHERPE

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

134

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

134

Herausgegeben vom

**Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht**

Direktoren:

Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt und Reinhard Zimmermann



Transsexualität, Staatsangehörigkeit und internationales Privatrecht

Entwicklungen in Europa, Amerika und Australien

Herausgegeben von
Jürgen Basedow und Jens M. Scherpe

Mohr Siebeck

Jürgen Basedow, geboren 1949; Studium in Hamburg, Genf, Pavia und an der Harvard Law School; 1979 Promotion; 1986 Habilitation; Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Mitglied mehrerer Sachverständigenkommissionen und Beiräte, darunter u.a. Deutscher Rat für internationales Privatrecht (seit 1988); Assoziiertes Mitglied der Académie Internationale de Droit Comparé (seit 1998), Groupe européen de droit international privé, <<http://www.drt.ucl.ac.be/gedip/default.html>> (seit 2000); Mitglied der Academia Europaea (seit 2002).

Jens M. Scherpe, geboren 1971; Studium in Berlin und Kopenhagen; 2002 Promotion; 1998–2002 wissenschaftlicher Assistent, seit Dezember 2002 Referent für das Recht der nordischen Länder am Max-Planck-Institut für ausländischen und internationales Privatrecht.

978-3-16-158470-1 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148499-1

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2004 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Held in Rottenburg gebunden.

Vorwort

Die hiermit der Öffentlichkeit zugänglich gemachte Studie geht auf ein Gutachten zurück, das vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht im April 2004 für das Bundesverfassungsgericht erstattet wurde. Dies geschah im Zusammenhang mit einem konkreten Normenkontrollverfahren, in dem das Gericht vor die Frage gestellt wurde, ob es mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes vereinbar sei, dass nach dem deutschen Transsexuellengesetz nur deutsche Staatsbürger oder Personen mit deutschem Personalstatut den Antrag auf Anerkennung einer Geschlechtsumwandlung stellen dürfen. Dem Institut blieb für seine gutachterliche Stellungnahme nicht viel Zeit. Es hat gleichwohl versucht, die Entwicklung des Transsexuellenrechts seit seinen Anfängen vor etwa 25 Jahren in verschiedenen europäischen und außereuropäischen Ländern nachzuverfolgen. Das überarbeitete Ergebnis wird hiermit vorgelegt, noch ehe das Bundesverfassungsgericht seine Entscheidung in dieser Angelegenheit (Az. 1 BvL 1/04) gefällt hat.

Der Dank für die tatkräftige Mitarbeit gilt den Referenten und Assistenten des Instituts, die sich mit Länderberichten beteiligt haben, ganz besonders aber auch zwei externen Autoren, nämlich Frau Professor Yeşim M. Atamer aus Istanbul und Herrn Professor Walter Pintens aus Leuven, die die Landesberichte über das türkische und belgische Recht verfasst haben. Schließlich geht unser besonderer Dank an Frau Ingeborg Stahl, die die Formatierung des Manuskripts bis zur Druckfertigkeit mit gewohnter Souveränität besorgt hat.

Hamburg, im Juli 2004

Jürgen Basedow/Jens M. Scherpe

Inhaltsübersicht

Bearbeiter	IX
Einleitung	1
A. Der verfassungsrechtliche Rahmen (<i>Basedow/Scherpe</i>)	3
I. Gleichheitsgrundsatz	4
II. Kollision mit anderen Grundrechten	6
III. Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium	8
B. Internationale Rechtsentwicklung	13
I. Australien (<i>Ellger</i>).....	14
II. Belgien (<i>Pintens</i>).....	20
III. Brasilien (<i>Grünewald</i>).....	27
IV. Dänemark (<i>Scherpe</i>).....	31
V. Finnland (<i>Scherpe</i>).....	33
VI. Frankreich (<i>Puttfarken/Schnier</i>)	36
VII. Irland (<i>Ellger</i>).....	41
VIII. Italien (<i>Wagner</i>).....	42
IX. Kanada (<i>Ellger</i>).....	45
X. Niederlande (<i>Metzger</i>).....	48
XI. Österreich (<i>Roth</i>).....	50
XII. Portugal (<i>Eckl</i>).....	59
XIII. Schweden (<i>Scherpe</i>).....	61
XIV. Schweiz (<i>Voigt</i>).....	64
XV. Spanien (<i>Eckl</i>).....	69
XVI. Türkei (<i>Atamer</i>).....	74
XVII. Vereinigtes Königreich (<i>Ellger</i>).....	80
XVIII. Vereinigte Staaten von Amerika (<i>Witt</i>).....	92
XIX. Konvention Nr. 29 der Internationalen Kommission für das Zivilstandswesen	148
XX. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen (<i>Basedow/Scherpe</i>).....	149
C. Das europäische Recht (<i>Basedow/Scherpe</i>).....	153
I. Die europäische Menschenrechtskonvention.....	153
II. Das Recht der Europäischen Union	156
D. Alternativen zur bestehenden Regelung (<i>Basedow/Scherpe</i>).....	161
I. Allseitige Kollisionsnorm.....	161
II. Mindestaufenthaltsdauer.....	163
III. Anknüpfung an gewöhnlichen Aufenthalt/Wohnsitz.....	163
E. Ergebnisse (<i>Basedow/Scherpe</i>).....	165

Bearbeiter

Assist. Prof. Dr. Yeşim M. Atamer, Istanbul Bilgi University

Prof. Dr. Dr. h.c. Jürgen Basedow, Direktor am Max-Planck-Institut

Priv.-Doz. Dr. Reinhard Ellger, Referent am Max-Planck-Institut

Christian Eckl, Referent am Max-Planck-Institut

Andreas Grünewald, Assistent am Max-Planck-Institut

Dr. Axel Metzger, Referent am Max-Planck-Institut

Prof. Dr. Walter Pintens, Instituut voor familiaal vermogensrecht,
Katholieke Universiteit Leuven

Dr. Hans-Jürgen Puttfarcken, Referent am Max-Planck-Institut

Dr. Markus Roth, Referent am Max-Planck-Institut

Dr. Jens M. Scherpe, Referent am Max-Planck-Institut

Judith Schnier, Assistentin am Max-Planck-Institut

Hans-Christoph Voigt, Referent am Max-Planck-Institut

Dr. Stephan Wagner, Referent am Max-Planck-Institut

Detlev Witt, Referent am Max-Planck-Institut

Einleitung

Das Bayerische Oberste Landesgericht (Beschluss vom 8.12.2003, Az. 1Z BR 52/03, StAZ 2004, 67-69) hat dem Bundesverfassungsgericht die Frage vorgelegt,

ob die Beschränkung der Antragsberechtigung auf Deutsche beziehungsweise Personen mit deutschem Personalstatut im Verfahren zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG (Transsexuellengesetz) mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 GG in Fällen vereinbar ist, in denen ein ausländischer Transsexueller mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland den Feststellungsantrag stellt und sein Heimatrecht ein entsprechendes Verfahren nicht vorsieht.

In diesem Normenkontrollverfahren (Az. 1 BvL 1/04) hat das Bundesverfassungsgericht dem Institut mit Schreiben vom 4.2.2004 Gelegenheit zu einer Stellungnahme gegeben. Das Institut geht im Folgenden von der Zulässigkeit der Vorlage aus. In der Literatur wird allerdings die Auffassung vertreten, § 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG könne verfassungskonform dahin ausgelegt werden, dass eine Antragsbefugnis auch solchen Ausländern zustehe, deren Heimatrecht keine Anerkennung einer Geschlechtsänderung vorsieht¹. Wenn dies zutrifft, wäre die Vorlage unzulässig. Nach Auffassung des Instituts stünde eine solche Auslegung, mag sie auch interessengerecht sein, im Widerspruch zum klaren Wortlaut der Vorschrift und zu den Intentionen des Gesetzgebers, dazu sogleich. Dem Vorlagebeschluss ist insoweit zuzustimmen².

¹ Vgl. v. *Bar/Mankowski*, Staudinger, 13. Bearb. 1996, Rn. 186 zu Art. 13 EGBGB.

² Vgl. BT-Drs. 8/2947, S. 9 ff.

A. Der verfassungsrechtliche Rahmen

JÜRGEN BASEDOW/JENS M. SCHERPE

Das Transsexuellengesetz vom 10.9.1980³ regelt im Wesentlichen die sich aus einer faktischen Geschlechtsumwandlung ergebenden personenstandsrechtlichen Fragen, vor allem das Verfahren zur Feststellung des neuen Geschlechts und das Verfahren zur Namensänderung. Beschränkungen für medizinische Eingriffe, die die tatsächliche Geschlechtsumwandlung bewirken, sind im Gesetz nicht vorgesehen. Die Antragsberechtigung für das Feststellungsverfahren ist gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG auf Deutsche und Personen mit deutschem Personalstatut beschränkt. Die Vorschriften lauten:

Erster Abschnitt. Änderung der Vornamen

§ 1 Voraussetzungen.

(1) Die Vornamen einer Person, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, sind auf ihren Antrag vom Gericht zu ändern, wenn

1. sie Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist oder wenn sie als staatenloser oder heimatloser Ausländer ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder als Asylberechtigter oder ausländischer Flüchtling ihren Wohnsitz im Geltungsbereich dieses Gesetzes hat, und

2. mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird, und

3. sie mindestens fünfundzwanzig Jahre alt ist⁴.

(2) In dem Antrag sind die Vornamen anzugeben, die der Antragsteller künftig führen will.

(...)

Zweiter Abschnitt. Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit

§ 8 Voraussetzungen.

(1) Auf Antrag einer Person, die sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und die seit mindestens drei Jahren unter dem

³ Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen, BGBl. I S. 1654.

⁴ § 1 Abs. 1 Nr. 3 des TSG ist mit Art. 3 Abs. 1 des Grundgesetzes unvereinbar und nichtig. – Beschl. d. BVerfG v. 26.1.1993 – BvL 38/92 u.a. – (BGBl. I S. 326).

Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, ist vom Gericht festzustellen, dass sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, wenn sie

1. die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 erfüllt,
2. nicht verheiratet ist,
3. dauernd fortpflanzungsunfähig ist und
4. sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.

(2) In dem Antrag sind die Vornamen anzugeben, die der Antragsteller künftig führen will; dies ist nicht erforderlich, wenn seine Vornamen bereits auf Grund von § 1 geändert worden sind.

(...)

Die Differenzierung knüpft damit allein an ein personenbezogenes Merkmal an.

I. Gleichheitsgrundsatz

Aus der früheren Rechtsprechung des BVerfG zum Transsexuellengesetz ergeben sich für die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitsgrundsatz die folgenden Vorgaben.

Im Beschluss vom 16.3.1982, BVerfGE 60, 123, heißt es:

„a) Art. 3 I GG ist dann verletzt, wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen ungleich behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten. Welche Sachverhaltselemente so wichtig sind, dass ihre Verschiedenheit eine Ungleichbehandlung rechtfertigt, hat regelmäßig der Gesetzgeber zu entscheiden; sein Spielraum endet erst dort, wo die ungleiche Behandlung nicht mehr mit einer am Gerechtigkeitsgedanken orientierten Betrachtungsweise vereinbar ist (BVerfGE 57, 107 (115); st. Rspr.).

Bei der Anwendung des Gleichheitsgebotes ist der jeweilige Lebens- und Sachbereich zu berücksichtigen (vgl. BVerfGE 25, 269 (292) = NJW 1969, 1059; BVerfGE 35, 348 (357) = NJW 1974, 229). So hat das BVerfG ausgeführt, dass dem gesetzgeberischen Gestaltungsraum dort enge Grenzen gezogen sind, wo es sich um Regelungen handelt, die Auswirkungen auf die durch Art. 12 I GG geschützte Freiheit der beruflichen Tätigkeit haben (vgl. BVerfGE 37, 342 (353 f.)). Bei der Regelung über die Voraussetzungen der personenstandsrechtlichen Änderungen Transsexueller wird der Gestaltungsraum des Gesetzgebers durch das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) i. V. mit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) bestimmt.

b) Das Grundgesetz hat den Sexualbereich als Teil der Privatsphäre unter den verfassungsrechtlichen Schutz des Art. 2 I i. V. mit Art. 1 I GG gestellt (BVerfGE 47, 46 (73) = NJW 1978, 807). Einschränkungen in diesem Bereich sind nicht ohne

weiteres mit dem Grundgesetz unvereinbar (vgl. BVerfGE 32, 373 (379) = NJW 1972, 1123). (...)“.

Der Beschluss vom 26. Januar 1993, BVerfGE 88, 87 ff. enthält folgende Passagen:

„Je nach Regelungstatbestand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die vom bloßen Willkürverbot bis zu einer strengen Bindung an Verhältnismäßigkeitserfordernisse reichen. Die Abstufung der Anforderungen folgt aus Wortlaut und Sinn des Art. 3 Abs.1 GG sowie aus seinem Zusammenhang mit anderen Verfassungsnormen.

Da der Grundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind, in erster Linie eine ungerechtfertigte Verschiedenbehandlung von Personen verhindern soll, unterliegt der Gesetzgeber bei einer Ungleichbehandlung von Personengruppen regelmäßig einer strengen Bindung (vgl. BVerfGE 55, 72 [88]). Diese Bindung ist um so enger, je mehr sich die personenbezogenen Merkmale den in Art. 3 Abs. 3 GG genannten annähern und je größer deshalb die Gefahr ist, dass eine an sie anknüpfende Ungleichbehandlung zur Diskriminierung einer Minderheit führt. (...) Überdies sind dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers um so engere Grenzen gesetzt, je stärker sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten nachteilig auswirken kann (vgl. BVerfGE 60, 123 [134]; 82, 126 [146]).

(...) Dagegen prüft das Bundesverfassungsgericht bei Regelungen, die Personengruppen verschieden behandeln oder sich auf die Wahrnehmung von Grundrechten nachteilig auswirken, im einzelnen nach, ob für die vorgesehene Differenzierung Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleichen Rechtsfolgen rechtfertigen können (vgl. BVerfGE 82, 126 [146]).

(...) Nach diesen Maßstäben ist eine strenge Prüfung des § 1 Abs. 1 Nr. 3 TSG geboten. Bei der Altersgrenze für die Vornamensänderung handelt es sich um eine Differenzierung, die an personenbezogene Merkmale anknüpft und sich erheblich auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht auswirkt. Art. 2 Abs. 1 schützt in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG die engere persönliche Lebenssphäre, insbesondere auch den Intim- und Sexualbereich (vgl. BVerfGE 47, 46 [73]; 60, 123 [134]), und gewährleistet das Recht des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu bestimmen, aus welchem Anlass und in welchen Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte offenbart (vgl. BVerfGE 65, 1 [41 f.]; 84, 192 [194]). Dem Schutz dieser Rechtsgüter dient das Transsexuellengesetz.“

Im Kern ist daher festzuhalten, dass eine Ungleichbehandlung von Deutschen bzw. Personen mit deutschem Personalstatut und anderen Personen dann einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG darstellt, wenn nicht Gründe von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die Ungleichbehandlung rechtfertigen.

II. Kollision mit anderen Grundrechten

In die Abwägung, ob § 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar ist, sind insbesondere mögliche Kollisionen mit anderen Grundrechten mit einzubeziehen. In Betracht kommen hier namentlich das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) i. V. mit der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie die Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG).

1. *Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 GG) und Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG)*

Im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 16.3.1982 heißt es u.a., dass bei der Regelung der Voraussetzungen Personenstandsänderungen Transsexueller der Gestaltungsraum des Gesetzgebers durch das Grundrecht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 I GG) i. V. mit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) bestimmt wird⁵. Zudem sei der jeweilige Lebens- und Sachbereich bei der Anwendung des Gleichheitssatzes zu berücksichtigen. Im Beschluss vom 26.1.1993 heißt es ergänzend, dass Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG die engere persönliche Lebenssphäre schützt, insbesondere auch den Intim- und Sexualbereich, und das Recht des Einzelnen gewährleistet, grundsätzlich selbst zu bestimmen, aus welchem Anlass und in welchen Grenzen er persönliche Lebenssachverhalte offenbart. Dem Schutz dieser Rechtsgüter diene das Transsexuellengesetz⁶.

Genau dieser Schutz wird aber durch die Regelung des § 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG postoperativen Transsexuellen mit ausländischer Staatsangehörigkeit bzw. Personalstatut nicht gewährt, sie können bei einem deutschen Gericht oder einer deutschen Behörde keine personenstandsrechtliche Anerkennung der Geschlechtsänderung herbeiführen. Die vom Bundesverfassungsgericht aufgezählten Belastungen, der die betroffene transsexuelle Person ausgesetzt ist⁷, unterscheiden sich jedoch nicht von denen, die Transsexuelle mit deutscher Staatsangehörigkeit bzw. deutschem Personalstatut zu erdulden haben. Die Nichtanerkennung des geänderten Geschlechts zwingt die betroffenen Personen, rechtlich in der Rolle des ursprünglichen Geschlechtes zu verbleiben. Insbesondere am Arbeitsplatz, bei Behördengängen und generell im Alltagsleben hat dies

⁵ NJW 1982, 2061 (2062).

⁶ BVerfGE 88, 87 (97).

⁷ Vgl. BVerfGE 88, 87 (98). Vgl. auch *EuGHMR* 11.7.2002 (*Goodwin*), NJW-RR 2004, 289 (293, Ziffer 90).

massive Auswirkungen auf das Leben dieser Personen. Zum Beispiel dürfte schon das Bezahlen mit einer Kreditkarte, auf der ein dem postoperativen Geschlecht nicht entsprechender Name vermerkt ist, zu erheblichen Schwierigkeiten und nahezu zwangsweise zur Aufdeckung der Transsexualität führen. Denn aus der Sicht des Zahlungsempfängers weichen das durch den Namen bezeichnete Geschlecht und der optische Eindruck des Geschlechtes des Kartenverwenders voneinander ab, so dass im Zweifel sogar ein Betrugsversuch vermutet würde. Ähnliches gilt bei Bewerbungen auf einen Arbeits- oder Ausbildungsplatz, wo die Angabe des Geschlechtes regelmäßig erforderlich sein dürfte. Hinzu kommen u.U. Auswirkungen auf den Bereich der Sozialversicherungen (insbesondere Rentenversicherung), aber auch der Privatversicherungen, wo gleichfalls regelmäßig an das Geschlecht angeknüpft wird.

Die Nichtanerkennung des postoperativen Geschlechts stellt für die Betroffenen zweifellos einen erheblichen Eingriff in die freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit dar, gegen die die zur Begründung der Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit angeführten Argumente recht gering wiegen⁸.

Zudem ist der Gesetzgeber auch insofern inkonsequent, als dass Ausländer in Deutschland ohne weiteres eine geschlechtsändernde Operation durchführen lassen können und die Kosten dafür bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch von den gesetzlichen Krankenkassen übernommen werden. Es erscheint mehr als widersprüchlich, wenn dann dem Ergebnis einer solchen Operation die Anerkennung verweigert wird⁹.

2. Eheschließungsfreiheit (Art. 6 Abs. 1 GG)

Art. 6 Abs. 1 GG stellt Ehe und Familie unter den besonderen Schutz der staatlichen Ordnung, dieser Schutz umfasst auch die Garantie der Eheschließungsfreiheit¹⁰. Die Nichtanerkennung des postoperativen Geschlechts führt im Ergebnis dazu, dass – wie in dem vom Bayerischen Obersten Landesgerichts vorgelegten Fall – der betroffenen Person die Eheschließung mit einem Partner versagt bleibt, der dasselbe Geschlecht hat wie die betroffene Person vor der Operation. Auch an diesem Punkt wird folglich der betroffenen Person – anders als Deutschen bzw. Personen mit deutschem Personalstatut – das Recht versagt, entsprechend des von ihr ge-

⁸ Ebenso hält *Sieß*, Die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit, 1996, S. 120 ff. die Vorschrift des § 8 Abs. 1 Nr. 1 bzw. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar.

⁹ Ebenso *EuGHMR* 11.7.2002 (*Goodwin*), NJW-RR 2004, 289 (291, Ziffer 78).

¹⁰ Vgl. nur *BVerfGE* 4.5.1971, BVerfGE 31, 58.

fühlten und durch die Operation erlangten Geschlechts zu leben¹¹. Ein Verweis darauf, dass der betroffenen Person die Ehe offen stünde, sie müsse sich eben nur eine Person des „passenden“ Geschlechts aussuchen, ist gekünstelt¹². Für einen postoperativen Transsexuellen wird so die Eheschließungsfreiheit auf faktische homosexuelle Partnerschaften reduziert, also die sexuelle Orientierung der betroffenen Person missachtet.

Im Fall, der der Vorlage des Bayerischen Obersten Landesgerichts zugrunde liegt, hat hingegen die betroffene Person ihre faktisch (aber nicht rechtlich) verschiedengeschlechtliche Beziehung nur als eingetragene Lebenspartnerschaft verrechtlichen können, da ihr die Anerkennung ihres postoperativen Geschlechts verweigert wurde. In solchen Fällen wird also die betroffene Person durch die Nichtanerkennung der Geschlechtsänderung in eine – im Gegensatz zum postoperativen Geschlecht stehende – eingetragene Lebenspartnerschaft (statt der Ehe) gedrängt, die von der Umwelt auch nur als Partnerschaft von gleichgeschlechtlichen Paaren verstanden wird. Im Übrigen gewährt dieses Rechtsinstitut auch nur der Ehe vergleichbare, aber nicht gleiche Rechte und Pflichten, so dass auch hier eine Benachteiligung eintritt.

Die Nichtanerkennung der Geschlechtsänderung führt im Ergebnis zu einer faktischen Negation des Rechts auf Eheschließung¹³, so dass eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit in diesem Zusammenhang nur durch sehr gewichtige Gründe gerechtfertigt werden kann.

III. Staatsangehörigkeit als Differenzierungskriterium

In der Begründung des Gesetzesentwurfes zum Transsexuellengesetz heißt es bezüglich der hier in Frage stehenden Beschränkung der Antragsberechtigung auf Deutsche beziehungsweise Personen mit deutschem Personalstatut lediglich:

„Bei der in Nummer 1 vorgesehenen Beschränkung des Personenkreises ist davon ausgegangen worden, dass die Entscheidung über die Änderung der Vornamen – und nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 des Entwurfes auch der Geschlechtszugehörigkeit – eines ausländischen Transsexuellen dem Heimatstaat vorbehalten bleiben sollte¹⁴.“

¹¹ Vgl. *EuGHMR* 11.7.2002 (*Goodwin*), *NJW-RR* 2004, 289 (294, Ziffer 100 ff.); *AG Hamburg* 17.3.1983, *StAZ* 1984, 42 ff.

¹² *EuGHMR* 11.7.2002 (*Goodwin*), *NJW-RR* 2004, 289 (294, Ziffer 101).

¹³ Ebenso *EuGHMR* 11.7.2002 (*Goodwin*), *NJW-RR* 2004, 289 (294, Ziffer 103 f.); in diesem Sinne ist wohl auch der Bescheid der Präsidentin des *Kammergerichts* vom 10.6.2002, *StAZ* 2002, 307 (308), zu verstehen. Anderer Ansicht offenbar noch *LG Stuttgart* 19.1.1998, *StAZ* 1999, 15 (16).

¹⁴ *BT-Drs.* 8/2947, S. 13, 3.1.1.

Nähere Ausführungen sind aus den Materialien nicht ersichtlich. Alleiniges Kriterium für eine Differenzierung ist im Grundsatz die Staatsangehörigkeit, und das ohne nähere Begründung. Nur bei Flüchtlingen, wenn die Staatsangehörigkeit des Heimatlandes keine echte Verbundenheit indiziert, sowie bei Staatenlosen tritt der gewöhnliche Aufenthalt an die Stelle der Nationalität. Ohne dass dies in den Gesetzgebungsmaterialien seinen Niederschlag gefunden hätte, scheint ein weiterer Aspekt bei der Beschränkung der Antragsbefugnis eine Rolle gespielt zu haben. Es bestand offenbar die Sorge, dass die generelle Öffnung des Freistellungsverfahrens einen „Transsexuellentourismus“ nach Deutschland ausgelöst hätte, dass also Transsexuelle aus anderen Ländern in größerer Zahl nach Deutschland gekommen wären, um ihre Geschlechtsumwandlung hier offiziell feststellen zu lassen. Der Ausschluss von Ausländern von dem Feststellungsverfahren sollte dem vorbeugen.

Zu der Zeit, als das Transsexuellengesetz geschaffen wurde, ist das Staatsangehörigkeitsprinzip in Fragen des Personalstatuts in Wissenschaft und Rechtspolitik noch ganz überwiegend gebilligt worden. So ist es auch zu erklären, dass die entsprechende Bestimmung nicht näher begründet und auch im parlamentarischen Verfahren nicht weiter hinterfragt wurde¹⁵. Man ging gemeinhin davon aus, dass die engste Beziehung eines Menschen zu seinem Heimatstaat besteht und dass eine Einmischung in die personenstandsrechtlichen Angelegenheiten dieses Staates nicht angezeigt sei. Auch sollten auf diese Weise „hinkende Rechtsverhältnisse“ vermieden werden, die für die Beteiligten nachteilige Rechtsfolgen zeitigen könnten. Es dringt jedoch seither zunehmend die Erkenntnis vor, dass die aus der strikten Anwendung des Staatsangehörigkeitsprinzips resultierenden Nachteile im Einzelfall schwerer wiegen als diejenigen, die sich als Folge des Abweichens vom strikten Staatsangehörigkeitsprinzip aus einem hinkenden Rechtsverhältnis ergäben, und dass daher – nicht zuletzt aus verfassungsrechtlicher Sicht – ein Abgehen vom strikten Staatsangehörigkeitsprinzip geboten sein könne¹⁶.

¹⁵ So äußerte sich z.B. der Bundesrat gar nicht zu dieser Frage, vgl. BT-Drs. 8/2947, S. 18 ff.

¹⁶ Ausführlich zur Kritik am Staatsangehörigkeitsprinzip *Henrich*, Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip?, in: Festschrift Stoll, 2001, S. 437 ff. sowie *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl. 2004, S. 267 ff., der u.a. anmerkt, dass durch das Staatsangehörigkeitsprinzip das Internationale Personen- und Familienrecht zu einer bloßen Dienerin des Staatsangehörigkeitsrechts gemacht würde (S. 267) und es innerhalb eines zusammenwachsenden Europas mit der erhöhten Mobilität seiner Bewohner eher einen „integrationsfeindlichen Fremdkörper“ darstellen würde (S. 268). Wenn man sich mit einem „derartig unvollkommenen Annäherungswert“ zufrieden gebe, so beruhe das vor allem auf Erwägungen der Rechtssicherheit (S. 269). Zu den Einschränkungen dieser „Sicherheit“ und dem Versagen des Staatsangehörigkeitsprinzips *Kropholler*, aaO, S. 269 ff. Vgl. auch *Mansel*, Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität, 1988.

Dem Staatsangehörigkeitsprinzip liegt wie erwähnt die Annahme zugrunde, dass es zwischen dem Einzelnen und seinem Heimatstaat bzw. dessen Kultur eine enge, gewachsene Verbindung gebe, welche stärkere Bindungen schaffe als der Wohnsitz oder gewöhnliche Aufenthalt und auch rechtlich berücksichtigt werden müsse. Die Richtigkeit dieser Annahme steht vor dem Hintergrund gestiegener Mobilität und vereinfachter Einbürgerungsmöglichkeiten zunehmend in Frage; bei Personen mit doppelter oder gar mehrfacher Staatsangehörigkeit ist sie nachgerade unwahrscheinlich. Hier hat sich in gewissem Maße auch schon ein rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Wandel vollzogen, der auf der Erkenntnis fußt, dass oftmals die rechtlichen und tatsächlichen Bindungen an das Aufenthaltsland größer sind als an das Land der Staatsangehörigkeit¹⁷. Zwar bestimmt das deutsche Recht Fragen des Personen-, Familien- und Erbrechts traditionell nach dem Personalstatut¹⁸. Seit 1986 sind jedoch in vielen Teilbereichen abweichende und differenzierende Anknüpfungen im EGBGB vorgesehen¹⁹:

Bei Ehen, bei denen die Ehegatten unterschiedliche Staatsangehörigkeiten haben, wird nach Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB an das Recht des gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes angeknüpft. Im internationalen Unterhalts- und Kindschaftsrecht ist im Interesse der Berechtigten bzw. der Kinder der Wechsel hin zur Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt nahezu vollständig vollzogen²⁰, vgl. Art. 18 Abs. 1 S. 1, 19 Abs. 1 S. 1, 20 S. 2, 21 EGBGB. Die partielle Zulassung der Parteiautonomie, d.h. der Rechtswahl im internationalen Personen-, Familien- und Erbrecht (vgl. Art. 10, 14 Abs. 3, 15 Abs. 2, 25 Abs. 2 EGBGB), die Hilfsanknüpfung an das deutsche Recht (vgl. Art. 13 Abs. 2, 17 Abs. III S. 2, 23 S. 2 EGBGB) und nicht zuletzt das Registerlandprinzip des Art. 17b EGBGB haben die Bedeutung des Staatsangehörigkeitsprinzips weiter zurückgedrängt und damit auch der schwindenden Bedeutung der Staatsangehörigkeit selbst Rechnung getragen²¹.

Eine Entwicklung vom Staatsangehörigkeitsprinzip zum Aufenthaltsprinzip lässt sich nicht nur als Rechtsentwicklung generell auf dem europäischen Kontinent feststellen²², sondern findet sich auch in internationalen Übereinkommen; so ist z.B. die Haager Konferenz für internationales Privatrecht dazu übergegangen, die Staatsangehörigkeit als Anknüp-

¹⁷ Vgl. *Henrich* (Fn. 16) S. 443 f.

¹⁸ Vgl. den Überblick bei *Mansel* (Fn. 16) S. 5 ff.

¹⁹ Vgl. *Kropholler* (Fn. 16) S. 259 ff. *Henrich* (Fn. 16) S. 437 ff.; *Mansel* (Fn. 16) S. 471 ff. Der mit „Personalstatut“ überschriebene Art. 5 EGBGB ist missverständlich, da er lediglich Zweifelsfragen für Mehrstaater und Staatenlose regelt.

²⁰ *Henrich* (Fn. 16) S. 437 ff.

²¹ Vgl. *Kropholler* (Fn. 16) S. 273.

²² *Kropholler* (Fn. 16) S. 260 m.w.N., 276; *Henrich* (Fn. 16) S. 437 ff.