

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold,  
LL.M. (Cambridge)  
(...)

Rechtsanwältin Friederike Boll  
Kanzlei geRechtsanwältinnen  
Wallstr. 25, 60594 Frankfurt a. M.

Rechtsanwältin Katrin Niedenthal,  
Marktstraße 2-4, 33602 Bielefeld

Bundesverfassungsgericht  
Schloßbezirk 3  
76131 Karlsruhe

Frankfurt a. M., 15.06.2020

### **Verfassungsbeschwerde**

von (...)

- beschwerdeführende Person -

Bevollmächtigte:

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold, LL.M. (Cambridge)  
(...)

Rechtsanwältin Friederike Boll, Kanzlei geRechtsanwältinnen  
Wallstraße 25, 60594 Frankfurt am Main

Rechtsanwältin Katrin Niedenthal,  
Marktstraße 2-4, 33602 Bielefeld

gegen:

1. Geburtenregistereintrag (...)/(...) des Standesamts (...) vom (...)
2. Ablehnungsschreiben des Standesamts (...) vom 20.11.2014,
3. Beschluss des Amtsgerichts Wuppertal vom 23.08.2017, Az. 110 III 52/16
4. Beschluss des Bundesgerichtshofs, XII. Zivilsenat, vom 22.04.2020, Az. XII ZB 383/19

sowie mittelbar gegen §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 45b PStG, § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 TSG und § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 S. 1 TSG.

Wir zeigen an, dass uns die beschwerdeführende Person Vollmachten erteilt und mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat **(Anlagen 1-3)**.

Namens und im Auftrag der beschwerdeführenden Person erheben wir

### **Verfassungsbeschwerde**

gegen:

1. Geburtenregistereintrag 1(...)/des Standesamts (...) vom (...), **(Anlage 4)**
2. Ablehnungsschreiben des Standesamts (...) vom 20.11.2014, **(Anlage 5)**
3. Beschluss des Amtsgerichts Wuppertal vom 23.08.2017, Az. 110 III 52/16 **(Anlage 6)**
4. Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.04.2020, Az. XII ZB 383/19 **(Anlage 7)**

sowie mittelbar gegen §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 45b PStG, § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 TSG und § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG.

Gerügt wird die Verletzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG.

Es wird gebeten, die Verfassungsbeschwerde bis zur Entscheidung über die Anhörungsrüge im Allgemeinen Register einzutragen. Der Beschluss wird, sobald dieser vorliegt, dem Bundesverfassungsgericht übersandt.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>1</b>
<b>A. Sachverhalt</b> .....	<b>2</b>
<b>I. Sachlicher Hintergrund</b> .....	<b>2</b>
<b>II. Verfahrensverlauf</b> .....	<b>5</b>
A.II.1. Antragsverfahren bei dem Standesamt (...)	6
A.II.2. Amtsgerichtliches Verfahren.....	6
A.II.3. Oberlandesgerichtliches Verfahren.....	8
A.II.4. Verfahren vor dem Bundesgerichtshof.....	10
<b>III. Grundrechtsrüge in den Vorinstanzen</b> .....	<b>11</b>
<b>B. Rechtsausführungen</b> .....	<b>12</b>
<b>I. Zulässigkeit</b> .....	<b>12</b>
B.I.1. Fristgerechte Erhebung der Verfassungsbeschwerde gemäß § 93 Abs. 1 BVerfGG.	12
B.I.2. Antragsbefugnis.....	12
B.I.3. Beschwerdegegenstand.....	13
B.I.4. Beschwerdebefugnis.....	13
B.I.4.a. Grundrechtsverletzung.....	13
B.I.4.b. Beschwer.....	15
B.I.4.b.aa. Selbstbetroffenheit.....	16
B.I.4.b.bb. Gegenwärtige Beschwer.....	16
B.I.4.b.cc. Unmittelbare Beschwer.....	16
B.I.5. Erschöpfung des Rechtswegs, § 90 Abs. 2 BVerfGG; Grundsatz der Subsidiarität....	17
B.I.5.a. Rechtswegerschöpfung.....	17
B.I.5.b. Subsidiarität.....	17
<b>II. Begründetheit</b> .....	<b>18</b>
B.II.1. Rechtslage.....	18
B.II.1.a. Geschlechtseintrag nach § 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG.....	18
B.II.1.b. Die Umsetzung einer Berichtigung nach §§ 49, 48, 47 PStG.....	21
B.II.1.c. Änderung des Geschlechtseintrages nach § 45b PStG.....	22
B.II.1.d. Änderung des Geschlechtseintrages nach dem TSG.....	25
B.II.2. Grundrechtsverletzung durch Zwang zur Eintragung des Geschlechts bei Geburt gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG.....	26
B.II.2.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.....	26
B.II.2.a.aa. Eröffnung des Schutzbereichs.....	27
B.II.2.a.bb. Eingriff.....	29
B.II.2.a.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	30

B.II.2.a.cc. (1) Legitimer Zweck.....	31
B.II.2.a.cc. (1) (a) Geschlechtliche Zuordnung bei Geburt.....	31
B.II.2.a.cc. (1) (b) Rechtliche Ordnungsinteressen des Staates.....	33
B.II.2.a.cc. (2) Geeignetheit.....	34
B.II.2.a.cc. (3) Erforderlichkeit.....	35
B.II.2.a.cc. (4) Angemessenheit.....	35
B.II.2.b. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.....	36
B.II.2.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs Geschlecht.....	36
B.II.2.b.bb. Eingriff.....	37
B.II.2.b.bb. (1) Festlegung des Geschlechtseintrages bei Geburt.....	38
B.II.2.b.bb. (2) Leben mit einem unzutreffenden Geschlechtseintrag.....	39
B.II.2.b.bb. (3) Notwendigkeit der nachträglichen Korrektur des ursprünglichen Geschlechtseintrages.....	39
B.II.2.b.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	40
B.II.3. Grundrechtsverletzung durch einengende Auslegung von § 45b Abs. 1 PStG.....	41
B.II.3.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.....	41
B.II.3.a.aa. Eröffnung des Schutzbereiches.....	41
B.II.3.a.bb. Eingriff.....	42
B.II.3.a.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	43
B.II.3.a.cc. (1) Legitimes Ziel.....	43
B.II.3.a.cc. (2) Geeignetheit.....	43
B.II.3.a.cc. (3) Erforderlichkeit.....	43
B.II.3.a.cc. (3) (a) Wortlaut.....	44
B.II.3.a.cc. (3) (a) (aa) Medizinische Verständnisse von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung'.....	44
B.II.3.a.cc. (3) (a) (bb) Bestimmtheitsgrundsatz: Keine Delegation von gesetzlichen Definitionen an die Medizin.....	46
B.II.3.a.cc. (3) (a) (cc) Mehrere Auslegungsmöglichkeiten.....	47
B.II.3.a.cc. (3) (b) Gesetzgebungshistorie.....	48
B.II.3.a.cc. (3) (c) Systematik.....	49
B.II.3.a.cc. (3) (d) Teleologische Auslegung: Verfassungsakzessorietät.....	50
B.II.3.a.cc. (4) Angemessenheit: Verfassungskonforme Auslegung möglich.....	52
B.II.3.b. Benachteiligung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch enge Auslegung des § 45b PStG.....	53
B.II.3.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs.....	53
B.II.3.b.bb. Eingriff.....	53
B.II.3.b.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	54
B.II.4. Grundrechtsverletzung durch das Erfordernis der Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung in § 45b Abs. 3 PStG.....	55
B.II.4.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.....	56
B.II.4.a.aa. Eröffnung des Schutzbereichs.....	56

B.II.4.a.bb. Eingriff.....	56
B.II.4.a.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	56
B.II.4.a.cc. (1) Legitimes Ziel.....	57
B.II.4.a.cc. (2) Geeignetheit.....	57
B.II.4.a.cc. (3) Erforderlichkeit.....	58
B.II.4.a.cc. (4) Angemessenheit.....	58
B.II.4.b. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.....	59
B.II.4.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs.....	59
B.II.4.b.bb. Eingriff.....	59
B.II.4.b.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	60
B.II.5. Grundrechtsverletzung durch eine Analogie des TSG zulasten der beschwerdeführenden Person.....	61
B.II.5.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art 2. Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch den Verweis auf eine analoge Anwendung des TSG.....	62
B.II.5.a.aa. Eröffnung des Schutzbereichs.....	62
B.II.5.a.bb. Eingriff.....	62
B.II.5.a.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	63
B.II.5.a.cc. (1) Verbot belastender Analogien im öffentlichen Recht.....	63
B.II.5.a.cc. (2) Keine Regelungslücke.....	64
B.II.5.a.cc. (3) Keine vergleichbare Interessenlage.....	65
B.II.5.a.cc. (4) Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	67
B.II.5.b. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch den Verweis auf eine analoge Anwendung des TSG.....	68
B.II.5.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs.....	68
B.II.5.b.bb. Eingriff.....	68
B.II.5.b.bb. (1) Benachteiligung durch das Anknüpfen an eine körperbezogene Geschlechtskon- zeption.....	68
B.II.5.b.bb. (2) Benachteiligung durch höhere Nachweisanforderungen.....	69
B.II.5.b.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	70
B.II.6. Grundrechtsverletzung durch die Anwendung der Voraussetzungen des TSG auf die beschwerdeführende Person.....	72
B.II.6.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.....	73
B.II.6.a.aa. Eröffnung des Schutzbereichs.....	73
B.II.6.a.bb. Eingriff.....	73
B.II.6.a.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	74
B.II.6.a.cc. (1) Seit 2011 veränderte Bewertung legitimer Ziele des TSG (analog).....	74
B.II.6.a.cc. (2) Verhältnismäßigkeitsprüfung der einzelnen Voraussetzungen des TSG analog..	77
B.II.6.a.cc. (2) (a) Anforderung „transsexuelle Prägung“ analog.....	77
B.II.6.a.cc. (2) (b) Anforderung „unter dem Zwang steht, ihre Vorstellungen entsprechend zu leben“ analog.....	77
B.II.6.a.cc. (2) (c) Anforderung „seit mindestens drei Jahren“ analog.....	78
B.II.6.a.cc. (2) (d) Anforderung der Unveränderlichkeit analog.....	79

B.II.6.a.cc. (2) (e) Nachweis über zwei Sachverständigengutachten.....	80
B.II.6.a.cc. (2) (f) Gesamtschau der Voraussetzungen des TSG analog.....	82
B.II.6.b. Benachteiligung wegen des Geschlechts, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.....	84
B.II.6.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs.....	84
B.II.6.b.bb. Eingriff.....	84
B.II.6.b.bb. (1) Seit drei Jahren bestehender Zwang.....	84
B.II.6.b.bb. (2) Unveränderlichkeit.....	85
B.II.6.b.bb. (3) Begutachtungspflicht.....	86
B.II.6.b.bb. (4) Gerichtliches Verfahren.....	87
B.II.6.b.cc. Fehlende Rechtfertigung.....	87
B.II.7. Grundrechtsverletzung durch Ungleichbehandlung entgegen Art. 3 Abs. 1 GG.....	88
<b>C. Annahmeveraussetzungen.....</b>	<b>89</b>
C.I.1. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung.....	89
C.I.2. Zur Durchsetzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person angezeigt.....	92
<b>Resümee.....</b>	<b>92</b>

# Begründung:

## Zusammenfassung

Die beschwerdeführende Person begehrt die staatliche Anerkennung als genderlose Person durch die Streichung ihres weiblichen Geschlechtseintrages.

Nach der Geburt der beschwerdeführenden Person im Jahr (...) wurde sie als weiblich in das Geburtenregister eingetragen. Das weibliche Geschlecht hat die beschwerdeführende Person für sich jedoch noch nie als richtig empfunden, weil die beschwerdeführende Person genderlos ist. Die beschwerdeführende Person hat seit frühester Kindheit erheblich unter der Zuordnung zum falschen Geschlecht gelitten und musste über Jahrzehnte massive Diskriminierungserfahrungen im privaten und öffentlichen Leben aushalten. Eine freie Persönlichkeitsentwicklung und ein diskriminierungsfreies Leben in Würde wurden der beschwerdeführenden Person als genderloser Person durch den falschen Geschlechtseintrag unmöglich gemacht.

Die beschwerdeführende Person hat daher 2014 dem Standesamt (...) mitgeteilt, dass ihr geschlechtlicher Personenstand nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmt und beehrte die Streichung und das Offenlassen des Eintrags. Dies wurde vom Standesamt (...) abgelehnt. Auch das Amtsgericht Wuppertal lehnte einen darauf gerichteten Antrag ab; das Oberlandesgericht Düsseldorf gab ihm statt. Der Bundesgerichtshof hat den Beschluss des Oberlandesgerichts aufgehoben und beschlossen, dass §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG nicht für die beschwerdeführende Person eröffnet seien, da auf sie vielmehr das Transsexuellengesetz analoge Anwendung finden müsse.

Die Verfassungsbeschwerde wendet sich insbesondere gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs und verlangt eine verfassungskonforme Auslegung von §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG. In verfassungskonformer Auslegung ist personenstandsrechtlich eine Streichung des Geschlechtseintrages auch ohne Vorlage von ärztlichen Bescheinigungen oder Begutachtungen zu ermöglichen.

Gerügt werden Verstöße gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, auch in seiner spezifischen Ausprägung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG und gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Hilfsweise wird ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG gerügt.

## A. Sachverhalt

### I. Sachlicher Hintergrund

Die beschwerdeführende Person wendet sich gegen die Ablehnung des Antrags auf Berichtigung des ursprünglichen Geschlechtseintrages im Geburtenregister dahingehend, dass der bisherige Eintrag des Geschlechtes zu streichen und offen zu lassen ist.

Die beschwerdeführende Person ist am (...) in (...) geboren. Die Geburt wurde dem Standesamt durch das städtische Krankenhaus (...) angezeigt, das hierbei „Mädchen“ als Geschlecht angab. Entsprechend wurde das Geschlecht der beschwerdeführenden Person im Geburtenregister des Standesamts (...) unter Nr. 1(...) mit der Bezeichnung „Mädchen“ eingetragen (**Anlage 4**). Diese Zuordnung erfolgte fälschlicherweise, wie die beschwerdeführende Person ausführt (**Anlage 8**, S. 1 f.).

Bereits seit früher Kindheit trat zutage, dass die beschwerdeführende Person sich nicht als „männlich“ oder „weiblich“ identifiziert. Weder konnte noch wollte sie den Geschlechternormen entsprechen, an denen sie jedoch gemessen wurde. Dies führte sowohl zu offener als auch indirekter Diskriminierung in allen Lebensbereichen: (...), (**Anlage 8**).

Mit zunehmendem Alter wurde die beschwerdeführende Person mit dem Konzept des allgegenwärtigen heterosexuellen Begehrens konfrontiert, in dem sie sich nicht verorten konnte. Der Anpassungsversuch führte zu Disidentifikation, Verzweiflung bis zur Selbstisolation. Kurzzeitig erschien die Identifikation als Lesbe als Ausweg, bis deutlich wurde, dass die beschwerdeführende Person auch in diese Norm nicht passte:

„Es war ein äußerst schmerzhafter Prozess, die gewaltvollen geschlechtsbezogenen Normen auch in der sozialen Kategorie Lesbe reproduziert zu finden und damit zu verstehen, dass auch diese Kategorie, auch wenn sie eine Kritik an Heterosexualität beinhaltet, trotzdem die für mich gewaltvolle Genderzuordnung nicht aufgibt. Die über die Kategorie Gender für mich stattfindenden realen Ausschlüsse und kontinuierlichen diskriminierenden Bewertungen und Einlesungen habe ich – wie viele in vergleichbar diskriminierten Positionen – durch eine Verinnerlichung der Diskriminierung gelebt: ich habe mir selbst die Schuld gegeben für ein Nicht-Passen in Gendernormen aussehens- und verhaltensmäßig und habe dadurch kein Selbstwertgefühl entwickeln können, welches bis zu zeitlichen Episoden mit Freitod-Wünschen geführt hat.“ (**Anlage 8**, S. 3).

Seit drei Jahrzehnten ist die beschwerdeführende Person im diskriminierungskritischen Bildungsbereich, im akademischen Bereich der Sprachwissenschaften und in der Mitbegründung der deutschsprachigen Gender Studies im In- und Ausland tätig gewesen. In diesen Kontexten fand eine intensive Auseinandersetzung mit wissenschaftlichen Theorien und An-

sätzen zu Geschlecht sowie praktischen Politikformen/-strategien statt. Dies eröffnete der beschwerdeführenden Person eine wissenschaftlich fundierte Möglichkeit der Selbstreflexion hinsichtlich der ihr Leben bestimmenden verinnerlichten Diskriminierung.

In ihrer 2006 veröffentlichten Habilitationsschrift von 2004 hat die beschwerdeführende Person eingehend am Beispiel Schwedens die Genderspezifik personaler Bezeichnungen untersucht. 2009 wählte sie für sich einen geschlechtsneutralen Vornamen – „(...)“, den sie für ihre Publikationen zunächst als zweiten Vornamen neben dem bei Geburt gegebenen Rufnamen verwandte zwecks Verdeutlichung der Personenidentität. Ab Ende 2011 nutzte sie ausschließlich diesen Namen als Pseudonym und ließ ihn gemäß § 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 Passgesetz und § 5 Abs. 2 Nr. 12 Personalausweisgesetz als „Künstlernamen“ in ihre Ausweise eintragen. Damit lebt die beschwerdeführende Person bereits seit vielen Jahren in keinem der binären und anerkannten Geschlechter und bringt dies auch öffentlich in zahlreichen Medien-Interviews und Artikeln immer wieder zum Ausdruck (siehe Anlagen 2-10 der Antragschrift vom 26.07.2016, **Anlage 9**).

Die sprachwissenschaftliche Expertise und das Interesse an diskriminierungskritischen Sprachveränderungen führten zu Vorschlägen genderloser Ausdrucksmöglichkeiten in der Sprache durch die beschwerdeführende Person. Es war ein Weg zur sprachlichen Selbstbehauptung und ein kommunikativer Vermittlungsversuch von Genderlosigkeit. Die beschwerdeführende Person erhielt viele positive Rückmeldungen genderloser Personen, die sich angesprochen fühlten, wurde für diese Sprachentwicklungsvorschläge jedoch vielfach öffentlich und durch E-Mails angegriffen und bedroht.

Die Versagung der Anerkennung der Geschlechtsfreiheit der beschwerdeführenden Person wirkt sich bis heute aus. In vielfältigen Situationen erfährt die beschwerdeführende Person in ihrem alltäglichen Leben, dass sie in einer Wirklichkeit lebt, in der sie nicht vorkommt. Hervorzuheben sind aus der Aufzählung der Beispielsituationen durch die beschwerdeführende Person selbst (**Anlage 8**, S. 4) etwa folgende:

- Im Rahmen ihrer Professur für Geschlechterstudien und Sprachanalyse, die sie 2006 angetreten hatte, war die beschwerdeführende Person zunehmend mit unterschiedlichen Formen von Ausgrenzen, Ignorieren, kollegialem Entsolidarisieren, Kontaktvermeiden und bewusstem Falsch-Ansprechen konfrontiert; seitens der Universitätsleitung sah sie sich einem Zwang zu einer Selbstverortung als weiblich oder männlich ausgesetzt. Dies alles trug mit dazu bei, dass sie 2017 schließlich eine verbeamtete Professur aufgab;
- in der medialen Öffentlichkeit war und ist sie Hassreden und Cyber-Bullying bis hin zu Gewaltdrohungen in den sozialen Medien ausgesetzt;
- in der Sozial- und der Krankenversicherung wird trotz Mitteilung der eigenen Identität an dem bei Geburt eingetragenen Geschlecht festgehalten.

Den weiteren Beispielen und sonstigen Ausführungen in der Selbstbeschreibung der beschwerdeführenden Person, die jeweils auch im Verfahren vorgetragen wurden und in **Anlage 8** lediglich noch einmal zur Verdeutlichung der subjektiven Lage zusammengefasst sind, ist zu entnehmen, dass die beschwerdeführende Person sich von Anbeginn ihrer Bewusstwerdung über das eigene Geschlecht bis heute in keinem der zwei bis 31.10.2013 ausschließlich rechtlich anerkannten Geschlechter wiederfindet, aber auch nicht in der inzwischen möglichen sogenannten dritten Option mit der Bezeichnung 'divers' (**Anlage 8**, S. 10). Die Verweigerung der Anerkennung der seit jeher gefundenen und empfundenen eigenen Geschlechtsidentität als 'genderlos' oder 'genderfrei' hat durch die gesellschaftliche und rechtliche Nichtanerkennung zu ungezählten und grundsätzlichen Diskriminierungen sowie wiederholten Gewalterfahrungen mit immensem Leidensdruck geführt. Dies alles konnte die beschwerdeführende Person nur deshalb aushalten und einigermaßen aufarbeiten, weil sie in ihrem alltagspraktischen und wissenschaftlichen Berufsleben eine umfassende Kompetenz zu Geschlecht und anderen Diskriminierungen erworben hat, die das eigene Leben in einer von einem binären Geschlechtsverständnis geprägten Gesellschaft erklären half und ihr so die Möglichkeit verschaffte, die Verinnerlichung der massiven und grundlegenden Gewalt immer weiter zu verstehen.

Nach diesem Leben seit der Bewusstwerdung, dass die Einteilung der Menschen in männliche und weibliche auf die beschwerdeführende Person nicht passt, schien für sie mit der Einführung des § 22 Abs. 3 PStG Ende 2013 eine Lösung in Sicht. Über die Gesetzesänderung war in der in- und ausländischen Presse berichtet worden. Nach dem reinen Wortlaut schien sie nur für Neugeborene zu gelten. Doch aus einem Empfinden der Gleichberechtigung heraus sah die beschwerdeführende Person 2014 die schon länger gewünschte und geplante Beantragung der Streichung des Geschlechts im Geburtenregister nun gekommen (**vgl. Anlage 8**, S. 7 f.).

So ließ die beschwerdeführende Person mit Schreiben vom 03.11.2014 dem Standesamt (...) eine berichtigende Mitteilung zu ihrer Geburtsbeurkundung zukommen mit dem Ersuchen um Berichtigung des Geburteneintrags im Hinblick auf die Geschlechtsangabe durch die Streichung der Geschlechtsangabe 'weiblich' (**Anlage 10**).

## **II. Verfahrensverlauf**

Das Standesamt (...) lehnte eine Berichtigung des Geschlechtseintrages der beschwerdeführenden Person aufgrund der Mitteilung vom 03.11.2014 (**Anlage 10**) mit Schreiben vom 20.11.2014 (**Anlage 5**) ab.

Mit dem Antrag vom 26.07.2016 (**Anlage 9**) an das Amtsgericht (...) verfolgte die beschwerdeführende Person das Begehren weiter.

Nach Verweisung des Verfahrens durch das Amtsgericht (...) an das Amtsgericht Wuppertal wies dieses den Antrag mit Beschluss vom 23.08.2017 zurück (**Anlage 6**). Gegen diese Entscheidung legte die beschwerdeführende Person mit Schriftsatz vom 12.10.2017 (**Anlage 11**) Beschwerde ein. Das Oberlandesgericht Düsseldorf half nach einer persönlichen Anhörung (vgl. **Anlage 12**) der Beschwerde mit Beschluss vom 11.07.2019 ab und wies das Standesamt (...) gemäß §§ 48 Abs. 1, 47 Abs. 2 Nr. 1, 22 Abs. 3 PStG an, das Geburtenregister dahingehend zu berichtigen, dass der Geschlechtseintrag gestrichen wird (**Anlage 13**).

Gegen diesen Beschluss legte der Landrat des Kreises Mettmann mit Schriftsatz vom 13.08.2019 die vom Oberlandesgericht Düsseldorf zugelassene Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof ein (**Anlage 14**), welche mit Schriftsatz vom 21.10.2019 (**Anlage 15**) begründet wurde. Mit Schriftsatz vom 08.11.2019 wurde die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde beantragt (**Anlage 16**) und mit Schriftsatz vom 13.03.2020 begründet (**Anlage 17**).

Der Bundesgerichtshof gab der Rechtsbeschwerde mit Beschluss vom 22.04.2020, zugestellt am 14.05.2020 (**Anlage 7**) statt.

Am 28.05.2020 hat die beschwerdeführende Person Anhörungsrüge gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.04.2020 erhoben (**Anlage 18**), über die noch nicht entschieden ist.

#### **A.II.1. Antragsverfahren bei dem Standesamt (...)**

In ihrem Schreiben an das Standesamt (...) vom 03.11.2014 (**Anlage 10**) zeigte die beschwerdeführende Person an, dass der personenstandsrechtlich erfasste Geschlechtseintrag nicht mit dem empfundenen, gelebten und öffentlich bekannten Geschlecht übereinstimme und bat entsprechend um Berichtigung durch Streichung des geschlechtlichen Personenstands. Die beschwerdeführende Person führte an, dass der in ihren Ausweisen als Pseudonym eingetragene Vorname „(...)“ der öffentlich gebräuchliche Rufname sei. Leben und öffentliche Wahrnehmung der beschwerdeführenden Person als weder Frau noch Mann sei aus der eigenen Darstellung in der Öffentlichkeit ersichtlich; hierfür wurden die Homepage des Arbeitsplatzes als Prof.ex an der Humboldt-Universität zu Berlin sowie ein am 24.04.2014 veröffentlichtes Interview und weitere Internetquellen angeführt.

Das Standesamt führte in seinem Schreiben vom 20.11.2014 (**Anlage 5**) aus, eine Streichung der Geschlechtszugehörigkeit sei nicht zulässig, es könne lediglich die Angabe der Geschlechtszugehörigkeit in der Geburtsurkunde weggelassen werden. Eine Änderung des Vornamens könne erst dann eingetragen werden, wenn vorher ein ordnungsbehördliches Namensänderungsverfahren durchgeführt worden sei.

## A.II.2. Amtsgerichtliches Verfahren

Mit dem durch die Verfahrensbevollmächtigte eingereichten Antrag vom 26.07.2016 (**Anlage 9**) an das Amtsgericht (...) verfolgte die beschwerdeführende Person ihr Anliegen weiter und beantragte, das Standesamt (...) anzuweisen, den Geburtseintrag Nr. 1(...) durch Streichung der Geschlechtsangabe im Geburtenregister zu berichtigen, hilfsweise anzuordnen, die Geschlechtsangabe des Geburtseintrages Nr. 1(...) im Geburtenregister zu streichen.

Die Hintergründe der Geschlechtsidentität der beschwerdeführenden Person wurden in der Begründung zum Antrag vom 26.07.2016 an das Amtsgericht (...) ausführlich geschildert (**Anlage 9**). Dem Antrag waren öffentliche Äußerungen und Veröffentlichungen der beschwerdeführenden Person beigelegt, die belegen, dass die beschwerdeführende Person bereits seit vielen Jahren offen mit ihrer genderlosen Identität umgeht.

Zur Begründung führte die dortige Verfahrensbevollmächtigte aus, dass die beschwerdeführende Person einen Anspruch auf Anweisung des Standesamtes zur Streichung nach §§ 49, 22 Abs. 3 PStG habe, da das Standesamt rechtswidrigerweise die begehrte Berichtigung unterlassen habe. Denn gemäß § 22 Abs. 3 PStG (a.F.) müsse der geschlechtliche Personenstand bei der Geburtenregistrierung offengelassen werden, wenn ein Kind weder dem 'weiblichen' noch dem 'männlichen' Geschlecht zuzuordnen sei. Die Norm sei auch auf Personen anwendbar, die – wie hier – vor Inkrafttreten der Norm am 01.11.2013 geboren wurden.

Die Norm sei in persönlicher Hinsicht anwendbar, da die beschwerdeführende Person sich nicht im binären Geschlechtersystem verorten lasse. Dies werde verfassungsrechtlich durch Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1, 3 Abs. 3 GG gestützt. Denn verfassungsrechtlich sei die Geschlechtsidentität für die Geschlechtszuordnung in Personenstandsregistern maßgeblich. Für eine nachträgliche Streichung lägen gegebenenfalls auch die Voraussetzungen des § 27 Abs. 3 Nr. 4 PStG vor.

Hilfsweise wurde die Anordnung der Streichung des geschlechtlichen Personenstands nach § 48 PStG mit der Begründung geltend gemacht, dass der derzeitige Eintrag nicht mit der Wirklichkeit übereinstimme.

Auf Hinweis des Amtsgerichts (...) vom 01.08.2016 zur örtlichen Unzuständigkeit (**Anlage 19**) beantragten das Standesamt (...) mit Schriftsatz vom 04.08.2016 (**Anlage 20**) und die beschwerdeführende Person mit Schriftsatz vom 19.08.2016 (**Anlage 21**) die Verweisung des Verfahrens an das Amtsgericht Wuppertal. Mit Beschluss vom 22.08.2016 verwies das Amtsgericht (...) das Verfahren an das Amtsgericht Wuppertal (**Anlage 22**).

Mit Schreiben vom 20.10.2016 stellte das Amtsgericht Wuppertal den Antrag vom 26.07.2016 mit der Bitte um Stellungnahme förmlich an das Standesamt (...) und den Landrat des Kreises Mettmann als untere Standesamtsaufsichtsbehörde zu **(Anlage 23)**.

Der Landrat des Kreises Mettmann als untere Standesamtsaufsichtsbehörde begründete in seiner Antragserwiderungsschrift vom 11.11.2016 **(Anlage 24)**, dass eine Berichtigung nicht in Betracht komme, da es an der Unrichtigkeit der Angabe des Geschlechts von Beginn an fehle. Auch eine Streichung könne nicht vorgenommen werden, da eine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht durch das Krankenhaus erfolgt sei.

Mit Schriftsatz der Verfahrensbevollmächtigten vom 05.01.2017 **(Anlage 25)** führte diese aus, weshalb der Geschlechtseintrag der beschwerdeführenden Person von Beginn an unrichtig eingetragen worden sei, auch wenn das Krankenhaus und mittelbar die Eltern eine Zuordnung vorgenommen hatten. Sie begründete dies anhand der Entwicklungen zum Verständnis von Geschlecht im Recht, welches an das soziale Geschlecht anknüpfe.

Mit Beschluss vom 23.08.2017 wies das Amtsgericht Wuppertal den Antrag zurück **(Anlage 6)**.

Nach Ansicht des Gerichts seien die Voraussetzungen für eine Berichtigung im Sinne der §§ 47, 48, 49 PStG nicht gegeben, da es bereits an der Unrichtigkeit des Geburtenregister eintrags des Standesamts (...) fehle. Es sei im Zeitpunkt der Geburt der beschwerdeführenden Person noch keine Regelung im Personenstandsgesetz enthalten gewesen, die das Offenlassen der Geschlechtsangabe erlaubt hätte.

Der nunmehr vorhandene § 22 Abs. 3 PStG beziehe sich auf die Konstellation, dass bei intersexuellen Kindern aufgrund Merkmalen beider Geschlechter keine eindeutige Zuordnung erfolgen könne und daher das Offenlassen der Geschlechtsangabe möglich sein solle. Für eine vorliegende Transidentität gebe es keine gesetzliche Regelung. Es sei dem Gericht verwehrt, andere Regelungen auf diese Fälle anzuwenden. Der Vergleich mit den Regelungen im Transsexuellengesetz zeige auch, dass die rechtliche Anerkennung eines Geschlechtswechsels dort an Voraussetzungen wie z. B. die Dauerhaftigkeit der Geschlechtsidentität knüpfe. Zudem könne das Offenlassen der Geschlechtsangabe nicht allein an eine aktuelle Geschlechtsidentität geknüpft werden. Da die Personenstandsbücher eine Ordnungsfunktion hätten, seien auch das Erscheinungsbild einschließlich der äußeren und inneren Geschlechtsmerkmale, der Chromosomensatz, der Hormonspiegel und soziale Merkmale zu berücksichtigen. Es bestehe auch kein Anspruch auf Streichung der Geschlechtsangabe nach § 27 Abs. 3 Nr. 4 PStG, denn eine Änderung des Geschlechts habe die beschwerdeführende Person nicht vorgetragen.

Gegen diese Entscheidung legte die beschwerdeführende Person mit Schriftsatz vom 12.10.2017 Beschwerde ein (**Anlage 11**). Zur Begründung wurde angeführt, dass die Zwangszuordnung zu einem nicht stimmigen Geschlechtseintrag – wie hier – diskriminierend sei. Die Orientierung allein an körperlichen geschlechtsbezogenen Merkmalen sei fehlerhaft, weshalb unter Bezugnahme auf den Beschluss vom 22.06.2016 des Bundesgerichtshofes (BGH, Beschluss vom 22.06.2016 - XII ZB 52/15 -, FamRZ 2016, S. 1580) § 22 Abs. 3 PStG direkt anzuwenden sei. Schließlich wurden die Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie des Diskriminierungsverbots aus Art. 3 Abs. 3 GG sowie des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 3 Abs. 1, 3 GG, alle auch in Verbindung mit Art. 8 EMRK, gerügt.

### **A.II.3. Oberlandesgerichtliches Verfahren**

Der Senat des Oberlandesgerichts setzte das Beschwerdeverfahren zunächst bis zu der von dem Bundesverfassungsgericht angeordneten Neuregelung der §§ 21 Abs. 3 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG aus (**Anlage 26**), obwohl die beschwerdeführende Person darauf hingewiesen hatte, dass die Sachverhalte nicht vergleichbar seien, die Anwendung des § 22 Abs. 3 PStG im Hinblick auf die beantragte Streichung der Geschlechtseintrages gerade nicht für verfassungswidrig erklärt worden sei und daher die gesetzliche Neuregelung für diesen Fall nicht abgewartet werden müsse (**Anlage 27**).

Nach Inkrafttreten des 'Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben' am 22.12.2018 gab der Senat des Oberlandesgerichts der beschwerdeführenden Person die Möglichkeit, die gemäß Absatz 3 des neu eingeführten § 45b PStG erforderliche ärztliche Bescheinigung vorzulegen (**Anlage 28**).

Die beschwerdeführende Person lehnte die Vorlage einer solchen Bescheinigung ab und verwies darauf, dass bei ihr ganz offensichtlich eine Geschlechtsidentität vorliege, die keinem der benannten Geschlechter (weiblich, männlich, divers) zuzuordnen sei. Mit der Anforderung, eine ärztliche Bescheinigung über das eigene Geschlecht vorzulegen, gehe zudem eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes einher, da nur Personen, die sich nicht im binären Geschlechtersystem verordnen könnten, ärztliche Bescheinigungen über ihr Geschlecht vorlegen müssten. Die Mehrheit der Gesellschaft werde hierzu nicht aufgefordert. Zudem sei unklar, was nach Auffassung des Gesetzgebers eine medizinische Fachperson befähige, eine Aussage zur Geschlechtsentwicklung bzw. -identität zu treffen. Medizinisch geschulte Personen könnten allenfalls Aussagen treffen über den Hormon- oder Chromosomenhaushalt, über die sogenannten äußeren und inneren Geschlechtsmerkmale sowie über die psychischen Zustände. Ob diese Daten allerdings Auswirkungen auf die Geschlechtsidentität hätten, könne lediglich die betroffene Person selbst bezeugen.

Mit weiterem Schriftsatz vom 02.07.2019 (**Anlage 29**) nahm die beschwerdeführende Person nochmals ausführlich zu den grundrechtlichen Verletzungen durch die Nichtanerkennung der beschwerdeführenden Person in ihrem geschlechtlichen Personenstand Stellung und rügte Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Gleichheitsrechte aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG, auch unter Bezugnahme auf Art. 8 EMRK.

Für den Senat des Oberlandesgerichts stand nach einer persönlichen Anhörung am 05.07.2019 (Protokoll, **Anlage 12**) der beschwerdeführenden Person fest, dass diese für sich tatsächlich weder 'Mann' noch 'Frau' noch 'divers' als zutreffenden Geschlechtseintrag empfinde. (Die beschwerdeführende Person hat keine Verschriftlichung der Inhalte der Anhörung erhalten; in der Anhörung zur Sprache gekommene Aspekte finden sich jedoch u.a. in **Anlage 8** wieder.) Das Oberlandesgericht gab der Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichtes Wuppertal statt und wies das Standesamt (...) mit Beschluss vom 11.07.2019 (**Anlage 13**) an, den Eintrag im Geburtenregister dahin zu berichtigen, dass die Angabe zum Geschlecht der beschwerdeführenden Partei gestrichen wird.

Einer nachträglichen Änderung des Geburtseintrags stehe insbesondere nicht entgegen, dass die von der beschwerdeführenden Partei empfundene Geschlechtlichkeit, die dem binären Geschlechtssystem nicht zuzuordnen sei, einem medizinischen Nachweis nicht zugänglich sei. Denn im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung seien auch solche Personen von der Möglichkeit der Streichung des Geschlechtseintrages nicht ausgeschlossen, die zwar medizinisch nachweisbar einem bestimmten Geschlecht zuzuordnen seien, jedoch subjektiv nicht entsprechend dieser medizinischen Zuordnung empfänden.

Das Oberlandesgericht ging davon aus, dass die Voraussetzungen der §§ 48 Abs. 1, 47 Abs. 1 Nr. 2, 22 Abs. 3 PStG für die begehrte Änderung des Geschlechtseintrages vorlagen.

Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts erhob der Landrat des Kreises Mettmann als untere Standesamtsaufsichtsbehörde mit Schriftsatz vom 13.08.2019 Rechtsbeschwerde (**Anlage 14**).

#### **A.II.4. Verfahren vor dem Bundesgerichtshof**

Zur Begründung wurde mit Schriftsatz vom 21.10.2019 (**Anlage 15**) des Landrats der Kreises Mettmann eine Verletzung des Rechts im Sinne des § 72 Abs. 1 FamFG gerügt, da sich das Oberlandesgericht nicht mit den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 45b PStG befasst und somit eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet habe. Mangels Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 45b Abs. 3 PStG sei dem Berichtigungsantrag von dem Beschwerdegericht nicht stattzugeben gewesen.

Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien habe sich der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 45b PStG mit der maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinandergesetzt. Es bestehe kein Anhaltspunkt, dass der neugeschaffene § 45b PStG verfassungswidrig sei. Insbesondere folge aus den Maßgaben des Bundesverfassungsgerichts, dass dem Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen Rechnung zu tragen und eine selbstempfundene geschlechtliche Identität rechtlich anzuerkennen ist, nicht, dass dies unabhängig von jeglichen einfachrechtlichen Vorgaben zu erfolgen habe.

Die beschwerdeführende Person beantragte am 08.11.2019, die Rechtsbeschwerde zurückzuweisen (**Anlage 16**). Zur Begründung des Zurückweisungsantrags führte der Verfahrensbevollmächtigte am 13.03.2020 (**Anlage 17**) aus, dass verfassungsrechtlich geboten sei, keine ärztlichen Atteste oder sonstige Nachweise im Sinne von § 45b Abs. 3 PStG zu fordern. Weiter wurde dargelegt, dass auch nach Schaffung des § 45b PStG gesetzliche Lücken geblieben seien, die durch verfassungskonforme Auslegung – wie vom Beschwerdegericht vorgenommen – zu schließen seien. Es wurde dargelegt, dass die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1; Art. 3 Abs. 1 und 3 GG sowie mit Art. 8 EMRK in Einklang stehe.

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshof gab der Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes statt (**Anlage 7**), hob den Beschluss des Oberlandesgerichtes Düsseldorf vom 11.07.2019 auf und wies die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts Wuppertal vom 23.08.2017 zurück.

Der Bundesgerichtshof begründete dies damit, dass das Standesamt die von der beschwerdeführenden Person beantragte Änderung des Geschlechtseintrages zu Recht abgelehnt habe, da das Geburtenregister nicht unrichtig im Sinne des § 48 PStG sei und auch nicht durch die Mitteilung der beschwerdeführenden Person, weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht anzugehören, unrichtig geworden sei. Damit lägen die Voraussetzungen für die von der beschwerdeführenden Person angestrebte Berichtigung des Geburtenregisters nach § 47 PStG ebenso wenig vor wie jene für eine nachträgliche Änderung nach § 27 Abs. 3 Nr. 4 PStG.

Zudem sei der Anwendungsbereich der §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG für den vorliegenden Fall, in dem sich die „nach ihren körperlichen Merkmalen dem weiblichen Geschlecht zuzuordnende“ (Rn. 12) beschwerdeführenden Person weder diesem noch dem männlichen Geschlecht zugehörig fühle, nicht eröffnet.

Aufgrund des im Gesetzeswortlaut objektivierten Willens des Gesetzgebers komme auch keine verfassungskonforme Auslegung des § 45b PStG dahingehend in Betracht, dass der Wortlaut personenstandsrechtlich verbindliche Erklärungen zum Geschlecht bei nur subjektiv abweichendem Geschlechtsempfinden zulasse. Dies führe nicht zu einer Grundrechtsverletzung der beschwerdeführenden Person, da diese ihr Begehren durch eine analoge

Anwendung von § 8 Abs. 1 TSG erreichen könne. Denn es läge in Fällen, in denen sich biologisch weibliche oder männliche Personen keinem dieser beiden Geschlechter zugehörig fühlen, eine planwidrige Regelungslücke vor.

Es sei im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich auch nicht zu beanstanden, dass die Voraussetzungen des Personenstandswechsels nach § 8 Abs. 1 TSG durch zwei Gutachten im Sinne des § 4 Abs. 3 TSG nachgewiesen werden müssen. In dieser Voraussetzung liege auch keine unzumutbare Erschwerung der Zuordnung zum nachhaltig empfundenen Geschlecht.

### **III. Grundrechtsrüge in den Vorinstanzen**

Wie sich aus den Schriftsätzen ergibt, rügte die beschwerdeführende Person die mit der Verfassungsbeschwerde gerügten Grundrechtsverletzungen, insbesondere die Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie der Gleichheitsrechte aus Art. 3 Abs. 1 und 3 GG, auch unter Bezugnahme auf Art. 8 EMRK, in allen gerichtlichen Instanzen erfolglos; siehe hierzu den Antrag vom 26.07.2016 (**Anlage 9**), Beschwerdebegründung vom 12.10.2017 (**Anlage 11**) und weitere Stellungnahme vom 02.07.2019 (**Anlage 29**); Rechtsbeschwerdeerwiderung vom 13.03.2020 (**Anlage 17**).

Am 28.05.2020 hat die beschwerdeführende Person darüber hinaus Anhörungsrüge gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.04.2020 erhoben mit der Begründung, dass der erkennende Senat sich nicht mit den wesentlichen Entscheidungspunkten des Oberlandesgerichts Düsseldorf und den Kernargumenten der beschwerdeführenden Person auseinandergesetzt hat (**Anlage 18**). Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs steht noch aus.

## **B. Rechtsausführungen**

Die Verfassungsbeschwerde der beschwerdeführenden Person richtet sich gegen den ursprünglichen Geburtenregistereintrag beim Standesamt (...) Nr. 1(...)hinsichtlich des geschlechtlichen Personenstands, den ablehnenden Bescheid des Standesamtes (...) vom 20.11.2014 (**Anlage 5**) sowie die gerichtlichen Entscheidungen, in denen der Antrag vom 26.07.2016 auf Berichtigung des registrierten geschlechtlichen Personenstands durch Streichung zurückgewiesen wurde; im Einzelnen gegen den Beschluss des Amtsgerichts Wuppertal vom 23.08.2017 – 110 III 52/16 – (**Anlage 6**) und den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 – (**Anlage 7**). Gerügt wird die Verletzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG.

## **I. Zulässigkeit**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Sie ist fristgerecht erhoben (B.I.1.). Die beschwerdeführende Person ist antragsberechtigt (B.I.2.). Ein zulässiger Beschwerdegegenstand (B.I.3.) und die Beschwerdebefugnis (B.I.4.) liegen vor. Der Rechtsweg ist erschöpft, und auch der Grundsatz der Subsidiarität steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen (B.I.5.).

### **B.I.1. Fristgerechte Erhebung der Verfassungsbeschwerde gemäß § 93 Abs. 1**

#### **BVerfGG**

Die Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde gemäß § 93 Abs. 1 S. 1 BVerfGG von einem Monat wird gewahrt. Die Frist begann gemäß § 93 Abs. 1 S. 2 BVerfGG mit der Zustellung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 – am 14.05.2020 gemäß §§ 166 Abs. 2, 172, 174 i.V.m. § 317 Abs. 1 S. 1 ZPO (siehe Eingangsstempel auf **Anlage 7**). Gemäß § 222 Abs. 1, 2 ZPO i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2, 193 BGB endet die Monatsfrist damit am 15.06.2020.

### **B.I.2. Antragsbefugnis**

Die beschwerdeführende Person ist als natürliche Person antragsbefugt gemäß § 90 Abs. 1 BVerfGG und Trägerin der vorliegend als verletzt gerügten Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG.

### **B.I.3. Beschwerdegegenstand**

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen den Geschlechtseintrag durch das Standesamt (...) am (...)in das Geburtenregister (damals: Geburtenbuch) mit der Nr.(...), gegen die Entscheidung des Standesamts (...) vom 20.11.2014, mit dem es eine Berichtigung des Geburtenregisters als unzulässig abgelehnt hat, sowie gegen die den Antrag vom 26.07.2016 zurückweisenden Beschlüsse des Amtsgerichts Wuppertal vom 23.08.2017 – 110 III 52/16 – und des Bundesgerichtshofs vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19. Die Eintragung des Geschlechts in das Geburtenregister, das Schreiben des Standesamts (...) sowie die genannten Beschlüsse sind Akte der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG. Mittelbar wendet sich die beschwerdeführende Person gegen die Rechtsgrundlagen der Entscheidungen in § 21 Abs. 1 Nr. 3, § 45b PStG, § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 TSG sowie § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG, die mit den genannten Grundrechten nicht vereinbar sind.

#### **B.I.4. Beschwerdebefugnis**

Die beschwerdeführende Person ist in den ihr aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG zustehenden Grundrechten verletzt (a.) sowie selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die angegriffenen Akte beschwert (b.).

##### **B.I.4.a. Grundrechtsverletzung**

Die beschwerdeführende Person macht eine Verletzung in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG durch die angegriffene Eintragung der Geschlechtsangabe im Geburtenregister, die Ablehnung der Berichtigung durch das Standesamt sowie die gerichtlichen Beschlüsse des Amtsgerichts und des Bundesgerichtshofs geltend.

Die Eintragung des Geschlechts als weiblich in das Geburtenregister verletzt die beschwerdeführende Person in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 3 Abs. 3 GG.

Das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst das Recht auf Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität, die rechtlichen Ausdruck in den Personenstandsregistern erhält. Die beschwerdeführende Person ist in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt, da der Geschlechtseintrag nicht mit dem tatsächlich gelebten Geschlecht übereinstimmt. Bereits in der Falschzuordnung durch den Geschlechtseintrag nach der Geburt liegt eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Falschzuordnung wirkt bis heute fort, da dem Berichtigungsbegehren der beschwerdeführenden Person weder vom Standesamt (...) noch vom Amtsgericht Wuppertal noch vom Bundesgerichtshof stattgegeben wurde.

Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist hinsichtlich des Merkmals 'Geschlecht' verletzt. Denn die beschwerdeführende Person ist im Vergleich zu allen Personen benachteiligt, bei denen kein Widerspruch zwischen juristischem Geschlecht und Geschlechtsidentität besteht. Die begehrte Streichung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrages ist mit Einführung des geschlechtlichen Eintrags ohne Angabe durch § 22 Abs. 3 PStG möglich geworden. Das Offenlassen des geschlechtlichen Eintrags ist inzwischen eine der Optionen neben den Positiveinträgen 'divers', 'männlich' und 'weiblich'. Die Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wäre allenfalls mit kollidierendem Verfassungsrecht zu rechtfertigen, das hier nicht ersichtlich ist.

Das Amtsgericht Wuppertal und der Bundesgerichtshof haben die geltend gemachten Grundrechte der beschwerdeführenden Person nicht bzw. nicht hinreichend beachtet. Das

Amtsgericht Wuppertal ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die beschwerdeführende Person den grundrechtlichen Anspruch auf Streichung des Geschlechtseintrages zu dem damaligen Zeitpunkt nicht auf §§ 49, 48, 47 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG habe stützen können.

Der Bundesgerichtshof ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Rechtsgrundlage seiner Entscheidung in § 45b PStG und § 8 Abs. 1 TSG analog sowie seine Rechtsauslegung mit den Grundrechten der beschwerdeführenden Person vereinbar sei. Der Bundesgerichtshof hat verkannt, dass durch seine enge Auslegung des Begriffs 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in § 45b Abs. 1 PStG die beschwerdeführende Person in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 verletzt wird.

Durch seine verengende Auslegung von 'Variante der Geschlechtsentwicklung' in § 45b PStG benachteiligt der Bundesgerichtshof die beschwerdeführende Person aufgrund ihres Geschlechts und damit unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG, da sie nach Ansicht des Bundesgerichtshofs nicht als erklärende Person im Sinne des § 45b Abs. 1 PStG in Betracht komme. Der Weg zur Streichung des Geschlechtseintrages auf Grundlage des PStG wird der beschwerdeführenden Person verwehrt, ohne dass dies mit kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden könnte. Dies gilt insbesondere deshalb, weil § 45b PStG in Umsetzung der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) geschaffen wurde, um ein Änderungsverfahren für Menschen zur Verfügung zu stellen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Personenstand zuordnen.

Auch die vom Bundesgerichtshof vorausgesetzte Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nach § 45b Abs. 3 PStG verletzt das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG der beschwerdeführenden Person. Das Erfordernis einer Bestätigung durch eine Drittperson greift in das Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung ein. Dieser Eingriff kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

Die Anwendung von § 45b Abs. 3 PStG benachteiligt die beschwerdeführende Person wegen des Geschlechts und verstößt deswegen gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

Der Bundesgerichtshof verwehrt der beschwerdeführenden Person das Recht auf Streichung des Geschlechtseintrages zwar nicht gänzlich, sondern verweist sie auf den Verfahrensweg nach dem TSG in analoger Anwendung. Bereits die Analogiebildung verletzt die beschwerdeführende Person jedoch in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG. Eine Analogie kann zur Rechtfertigung für den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht wegen der Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG nicht herangezogen werden.

Zugleich liegt in dieser Analogiebildung eine Benachteiligung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, indem nachteilige Folgen unmittelbar an das Geschlecht angeknüpft werden, ohne dass eine Rechtfertigung hierfür ersichtlich wäre.

Weiter ist auch der Verweis auf ein Verfahren analog TSG, in dem die Voraussetzungen von § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG und § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG dargelegt werden müssten, eine Verletzung von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Denn diese Normen des TSG bilden für den vorliegenden Fall einen verfassungswidrigen Beurteilungsmaßstab, dessen Erfüllung zudem in verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Weise mit zwei Sachverständigengutachten nachgewiesen werden müsste.

Zudem verletzt der Verweis auf das Verfahren des TSG in analoger Anwendung auch Art. 3 Abs. 3 GG.

Jedenfalls wird die beschwerdeführende Person ungleich behandelt gegenüber Personen, die im Verständnis des Bundesgerichtshof eine Variante der Geschlechtsentwicklung aufweisen, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund ersichtlich ist, was einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG darstellt.

#### **B.I.4.b.           Beschwer**

Die beschwerdeführende Person ist durch die Beschwerdegegenstände selbst, gegenwärtig und unmittelbar beschwert.

#### **B.I.4.b.aa.       Selbstbetroffenheit**

Durch den Eintrag des Geschlechts im Rahmen der Beurkundung der Geburt der beschwerdeführenden Person ist diese selbst betroffen. Auch das Ablehnungsschreiben des Standesamts (...) vom 20.11.2014 auf die gewünschte Berichtigung adressiert die beschwerdeführende Person als selbst betroffene Person. Als antragstellende Person, Verfahrensbeteiligte und Adressatin der ablehnenden gerichtlichen Beschlüsse ist die beschwerdeführende Person ebenfalls selbst betroffen.

#### **B.I.4.b.bb.       Gegenwärtige Beschwer**

Der Geschlechtseintrag im Geburtenregister der beschwerdeführenden Person vom (...) stimmt nicht mit der tatsächlich gelebten Geschlechtsidentität der beschwerdeführenden Person überein und verletzt deswegen ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Diese Grundrechtsverletzung wirkt bis zum heutigen Zeitpunkt fort, da das Standesamt (...) die Berichtigung mit Schreiben vom 20.11.2014 ablehnte. Auch der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.04.2020, der den stattgebenden Be-

schluss des Oberlandesgericht Düsseldorf aufgehoben hat, und der abweisende Beschluss des Amtsgerichtes Wuppertal vom 23.08.2017 haben den Antrag der beschwerdeführenden Person zurückgewiesen bzw. die Rechtmäßigkeit der Ablehnung des Antrags bestätigt. Sowohl der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.04.2020 als auch der Beschluss des Amtsgerichtes Wuppertal vom 23.08.2017 sind nunmehr rechtskräftig. Aufgrund dessen ist es der beschwerdeführenden Person gegenwärtig verwehrt, die begehrte Berichtigung des Geschlechtseintrages im Geburtenregister nach § 45b PStG zu erreichen, weil der Bundesgerichtshof dessen Anwendung auf die beschwerdeführende Person ausgeschlossen hat. Der rechtskräftige Beschluss des Bundesgerichtshofes vom 22.04.2020 verweist die beschwerdeführende Person vielmehr auf eine analoge Anwendung des höchst grundrecht-sinvasiven gerichtlichen Verfahrens nach dem Transsexuellengesetz als einzige Möglichkeit, den Geschlechtseintrag streichen zu lassen.

#### **B.I.4.b.cc. Unmittelbare Beschwer**

Der Eintrag des weiblichen Geschlechts im Geburtenregister ordnet die beschwerdeführende Person rechtlich einem als falsch empfundenen Geschlecht zu, wodurch sie unmittelbar beschwert ist. Die beschwerdeführende Person ist zudem durch die Entscheidung des Standesamts (...) unmittelbar beschwert, mit der die Berichtigung des Geschlechtseintrages als unzulässig abgelehnt wurde. Auch die angegriffenen gerichtlichen Beschlüsse führen zu einer unmittelbaren Beschwer der beschwerdeführenden Person, da mit ihnen der Antrag auf die begehrte Streichung zurückgewiesen und somit auf dem beschrittenen Verfahrensweg endgültig unmöglich gemacht wird. Das gilt trotz der vom Bundesgerichtshof aufgezeigten Verfahrensalternative analog TSG, denn eine Rückverweisung an ein Instanzgericht hat gerade nicht stattgefunden.

Der Verweis auf ein amtsgerichtliches Verfahren analog TSG beschwert die beschwerdeführende Person, weil sie nur mit großer Zeitverzögerung ihr Ziel der Streichung des Geburtseintrages erreichen könnte, nicht unerhebliche finanzielle Kosten zu gewärtigen hätte und sich zudem zwei intim ausforschenden Begutachtungen aussetzen müsste, die materielle Voraussetzungen nachweisen sollen, die für sich genommen bereits einen verfassungsrechtlich unzumutbaren Maßstab für eine Personenstandsänderung darstellen.

#### **B.I.5. Erschöpfung des Rechtswegs, § 90 Abs. 2 BVerfGG; Grundsatz der Subsidiarität**

##### **B.I.5.a. Rechtswegerschöpfung**

Der Rechtsweg ist mit Ausnahme der Rüge wegen des Rechts auf rechtliches Gehör erschöpft. Gegen den Beschluss des Bundesgerichtshofes wurde innerhalb der Zweiwochenfrist Anhörungsrüge erhoben. Der Beschluss des Bundesgerichtshofs steht noch aus, wes-

halb hiesiges Verfahren zunächst im allgemeinen Register aufzunehmen ist. Im Übrigen sind keine weiteren Rechtsmittel gegen die angegriffenen Entscheidungen mehr zulässig.

### **B.I.5.b. Subsidiarität**

Die beschwerdeführende Person hat die mit der Verfassungsbeschwerde geltend gemachten Grundrechtsverstöße in allen Instanzen des fachgerichtlichen Verfahrens wiederholt ausdrücklich gerügt und damit versucht, die Beseitigung der Grundrechtsverletzungen bereits im fachgerichtlichen Verfahren zu erreichen (zu diesem Erfordernis: BVerfGE 68, 334 [335]; 68, 384 [388 f.]). Dies ergibt sich sowohl aus den Schriftsätzen der beschwerdeführenden Person bzw. der Bevollmächtigten (**Anlagen 9, 10, 11, 16, 17, 21, 25, 29**) als auch aus den Beschlüssen der Fachgerichte (**Anlagen 6, 7, 13**). Insbesondere hat die beschwerdeführende Person durchgängig und mit ausführlicher Begründung den Einwand erhoben, dass die Verwehrung der Berichtigung des Geburtseintrags sie in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG verletze (siehe hierzu die **Anlagen 9, 11, 29**). Anderweitige Möglichkeiten, die durch die angegriffenen Entscheidungen verwehrte Änderung der Eintragung zu erreichen und ohne Inanspruchnahme des Bundesverfassungsgerichtes die Beseitigung der Hindernisse für die Grundrechtsausübung zu erlangen, bestehen für die beschwerdeführende Person nicht.

## **II. Begründetheit**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

Die beschwerdeführende Person ist in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verletzt durch den Zwang zur Eintragung des Geschlechts bei Geburt in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG (B.II.2.), die enge Auslegung von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in § 45b Abs. 1 PStG seitens des Bundesgerichtshofs (B.II.3.), das Erfordernis der Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Vorliegen einer Variante der Geschlechtsentwicklung in § 45b Abs. 3 PStG (B.II.4.), zusätzlich auch in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG durch die vom Bundesgerichtshof vorgesehene Anwendung einer Analogie des TSG (B.II.5.) sowie durch den Verweis auf eine analoge Anwendung der Voraussetzungen des TSG (B.II.6.). Hilfsweise wird auch eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG gerügt (B.II.7.).

Zu besseren Nachvollziehbarkeit der nachfolgenden Ausführungen zu den Grundrechtsverletzungen wird zunächst die einfachgesetzliche Rechtslage zusammengefasst (B.II.1.).

## **B.II.1. Rechtslage**

Dargestellt wird die einfachgesetzliche Rechtslage betreffend den ursprünglichen Geschlechtseintrag nach Geburt (B.II.1.a.), die nachträgliche Berichtigung oder Änderung nach den allgemeinen Regeln des PStG (B.II.1.b.), die Änderung des Geschlechtseintrages nach der Sondervorschrift des § 45b PStG (B.II.1.c.) und die Sonderregeln des TSG (B.II.1.d.).

### **B.II.1.a. Geschlechtseintrag nach § 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG**

Gemäß § 18 Abs. 1 PStG muss die Geburt eines Kindes binnen einer Woche dem Standesamt angezeigt werden, das sodann die Geburt gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG auch hinsichtlich des Geschlechts des Kindes im Geburtenregister beurkundet.

Ohne dass 'Geschlecht' im Gesetz näher definiert wird, war bis 2010 Praxis und ab August 2010 aufgrund Nr. 4.1.3 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum Personenstandsgesetz (PStG-VwV) vorgegeben, dass nur 'männlich' oder 'weiblich' in das Register eingetragen wurde (vgl. u.a. Schmidt, Das Recht 'auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität' gemäß Art. 2 I, 1 I GG im Hinblick auf den geschlechtlichen Personenstand in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [232], **Anlage 30**). Mit dem Personenstandsrechtsänderungsgesetz (PStRÄndG) vom 07.05.2013 (BGBl. I S. 1122, 2440) wurde mit Wirkung ab 01.11.2013 § 22 Abs. 3 PStG eingeführt, der § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG insoweit modifizierte, als der Geschlechtseintrag zu unterbleiben hatte, wenn „das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden“ kann. Die Gesetzesbegründung lautete:

„Die vorgesehene Regelung in § 22 Absatz 3 PStG nimmt sich der Problemstellungen des deutschen Ethikrates zum Thema 'Intersexualität' (Drucksache 17/9088) an und stellt klar, dass die Geschlechtsangabe im Geburtseintrag offen bleibt, wenn diese nicht zweifelsfrei feststeht.“ (BT-Drucks. 17/12192, S. 11.).

Dem Deutschen Ethikrat war von der Bundesregierung Ende 2010 aufgetragen worden, „den Dialog mit den von Intersexualität betroffenen Menschen und ihren Selbsthilfeorganisationen fortzuführen und ihre Situation und die damit verbundenen Herausforderungen umfassend [...] aufzuarbeiten und dabei klar von Fragen der Transsexualität abzugrenzen“ (BT-Drucks. 17/9088, S. 4).

Dem ist der Ethikrat insofern nachgekommen, als er seine Stellungnahme „Intersexualität“ betitelt und ausgeführt hat, im Gegensatz zu Intersexuellen stellen „transsexuelle Individuen [...] typischerweise fest, dass sich ihr körperliches Geschlecht polar von ihrem psychischen Geschlecht unterscheidet“ (BT-Drucks. 17/9088, S. 10). In der Stellungnahme findet

sich auch der Satz: „Ein Konflikt kann entstehen, wenn einer Person mit zwischengeschlechtlichem Erscheinungsbild ein Geschlecht zugewiesen wird, das sie nicht annehmen will oder kann.“ (BT-Drucks. 17/9088, S. 9.)

Die Einführung des § 22 Abs. 3 PStG durch das PStRÄndG erfolgte im Huckepackverfahren einer schon länger anstehenden Änderung des PStG. Ausweislich der Debatte im Plenum des Deutschen Bundestages (BT-Plenarprotokoll 17/219, S. 27217 ff.) wurde dies als erster Schritt begrüßt, so z.B. durch den Abgeordneten von Notz (BT-Plenarprotokoll 17/219, S. 27221): „Das Personenstandwesen wird in dem Maße im Umbruch bleiben, wie der gesellschaftliche Wandel Veränderungen von Ehe, Familie oder auch individuellen Identitäten nach sich zieht.“

Der Deutsche Ethikrat hatte empfohlen, das PStG dahingehend zu ändern, dass außer 'männlich' oder 'weiblich' auch 'anderes' als Geschlecht eingetragen werden könne und dass kein Eintrag erfolgen müsse, bis die betreffende Person sich selbst zu ihrem Geschlecht entschieden habe; ferner dass Betroffene eine Änderung des Eintrags verlangen können sollten, wenn sich der bisherige Eintrag als unrichtig erwiesen hat (BT-Drucks. 17/9088, S. 59).

Auch wenn die damalige rechtspolitische und ethische Debatte primär mit mehrdeutigem Körpergeschlecht geborene Menschen im Blick hatte, wurde der Begriff 'intersexuell' oder 'intergeschlechtlich' nicht für die Formulierung des § 22 Abs. 3 PStG herangezogen, sondern eine Negativabgrenzung gewählt. Der Abgeordnete Tauber hat dies in der Plenardebatte so zum Ausdruck gebracht: „Was sind denn intersexuelle Menschen? Intersexuelle Menschen sind Menschen, die nicht in das medizinische *und rechtliche Konstrukt* zweier abgrenzbarer Geschlechter passen, die also weder klar männlich noch klar weiblich sind.“ (BT-Plenarprotokoll 17/219, S. 27222, Hervorh. nur hier.)

Schon damals war durch ständige Verfassungsrechtsprechung anerkannt, dass zum Geschlecht eines Menschen nicht nur die bei Geburt feststellbaren körperlichen Anlagen gehören, sondern auch die Geschlechtsidentität, mehr noch: das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität (BVerfGE 115, 1 [15]; 116, 243 [263]; 121, 175 [190]; 128, 109 [124]). Auch die Medizin definiert Geschlecht nicht nur über körperliche Anlagene, sondern sieht auch ein psychisches und soziales Geschlecht (vgl. Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl. 2017, Lemma 'Geschlecht').

Unter diesen Gesichtspunkten hätte die strikte Anwendung des § 22 Abs. 2 PStG a.F. als Mussvorschrift folgerichtig zu der vom Deutschen Ethikrat empfohlenen Moratoriumslösung, also dem Aufschieben der Eintragung eines Geschlechtseintrages bis zu einem bestimmten Alter, führen müssen, da bei Neugeborenen niemand voraussagen kann, welche geschlechtliche Identität sie entwickeln werden.

Eine Übergangsregelung für vor dem 01.11.2013 Geborene war nicht vorgesehen. In der Literatur wurde jedoch die Auffassung vertreten, dass Erwachsene eine Streichung ihres Geschlechtseintrages durch Berichtigung des Geburtenregisters erreichen können müssten (vgl. etwa Sieberichs, FamRZ 2013, S. 1180 [1184]; Theilen, StAZ 2014, S. 1 [4 f.]; Plett, W, M, X - schon alles? Zur neuen Vorschrift im Personenstandsgesetz und der Stellungnahme des Deutschen Ethikrats zu Intersexualität, psychosozial 2014(135), S. 7 [9] **Anlage 31**). Gerichtlich bestätigt wurde diese Auffassung erstmals, wenn auch nur in einem Obiter dictum, durch das Oberlandesgericht Celle mit Beschluss vom 21.01.2015 (- 17 W 28/14 -, StAZ 2015, S. 107; nachfolgend auch durch Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.06.2016 - XII ZB 52/15 -, NJW 2016, S. 2885, Rn. 22, und BVerfGE 147, 1 [20]; vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 11.05.2017 - 17 W 5/17 - **Anlage 32**).

Nachdem das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) entschieden hatte, dass § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität verstieß, weil er keine positive Geschlechtsbezeichnung für Menschen ermöglichte, die sich selbst dauerhaft weder dem 'männlichen' noch dem 'weiblichen' Geschlecht zuordnen, kann der Personenstandsfall nach der seit 22.12.2018 geltenden Fassung des § 22 Abs. 3 PStG auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe 'divers' eingetragen werden, wenn das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Außerdem wurde § 22 Abs. 3 PStG dahingehend geändert, dass aus der Muss- eine Kannvorschrift wurde.

#### **B.II.1.b. Die Umsetzung einer Berichtigung nach §§ 49, 48, 47 PStG**

Nach § 47 Abs. 2 Nr. 1 PStG ist die Angabe über das Geschlecht zu berichtigen, wenn dem Standesamt berichtigende Mitteilungen oder Anzeigen zugehen. Lehnt das Standesamt die Vornahme einer Amtshandlung ab, kann dagegen gemäß § 49 PStG das Gericht angerufen werden, welches das Standesamt anweisen kann, die Berichtigung vorzunehmen. Jedenfalls kann die Berichtigung des Registereintrages auch auf Anordnung des Gerichtes gemäß § 48 PStG erfolgen.

In der Literatur bestand zunächst Uneinigkeit darüber, welches Verfahren für die nachträgliche Streichung des Geschlechtseintrages gemäß § 22 Abs. 3 PStG der richtige Weg sei, also ob dies in einem behördlichen Verfahren nach § 47 PStG (so Theilen, StAZ 2014, S. 1 [4 f.]) oder durch gerichtliche Anordnung nach § 48 PStG (so Sieberichs, FamRZ 2013, S. 1180 [1184] und OLG Düsseldorf im gegenständlichen Verfahren) erfolgen solle.

Eine Entscheidung dieser Frage kann in einem gerichtlichen Verfahren dahinstehen, denn die Berichtigung auf Anordnung des Gerichtes nach § 48 PStG kommt als Auffangnorm jedenfalls immer dann zur Anwendung, „wenn eine materiell-rechtlich eingetretene oder gebotene Änderung des rechtlichen Status nicht über eine spezifischere Vorschrift des PStG

korrekt im Personenstandsregister abgebildet werden kann. Sie kann daher angewandt werden, wenn eine beantragte und von Verfassungen wegen gebotene Streichung des Geschlechtseintrages oder seine Änderung in ‚divers‘ nicht von § 45b PStG erfasst wird.“ (Sieberichs, FamRZ 2019, S. 329 [331])

Bereits in der Entscheidung vom 11.10.1978 stellte das Bundesverfassungsgericht fest, dass sich unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG das Gebot ergebe, eine Berichtigung des Geschlechtseintrages einer transgeschlechtlichen Person durch verfassungskonforme Auslegung des damaligen § 47 Abs. 1 PStG (i.d.F. des PStG vom 08.08.1957 [BGBl. I S. 1125]; Inhalt entspricht dem heutigen § 48 PStG) vorzunehmen, solange der Gesetzgeber eine Berichtigung nicht geregelt habe (BVerfGE 49, 286 [302 f.]). Danach setzt der Begriff der Berichtigung „jedoch nicht zwingend die ursprüngliche Fehlerhaftigkeit einer Angabe voraus. Er kann auch allgemein die nachträgliche Richtigstellung falscher Angaben bezeichnen. In diesem Sinne besteht etwa nach § 82 der Grundbuchordnung ein Gebot, das Grundbuch zu berichtigen, wenn das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Eigentümers durch Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs unrichtig geworden ist.“ (BVerfGE 49, 286 [302]) Für die Berichtigung des Geschlechtseintrages einer transgeschlechtlichen Person vor der Einführung des TSG befand das Bundesverfassungsgericht daher, § 47 Abs. 1 PStG a.F. stehe im Ergebnis „einer Berichtigung des Eintrags der Geschlechtszugehörigkeit Transsexueller nicht nur nicht entgegen, sondern normiert auch den verfahrensrechtlichen Weg, auf dem diese vorzunehmen ist“ (BVerfGE 49, 286 [303]).

Voraussetzung für die Anordnung der Berichtigung durch das Gericht gemäß §§ 49, 48 PStG ist die Überzeugung des Gerichts, dass der beantragte Eintrag richtig und damit der bisherige Eintrag unrichtig ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.03.2017 – I-3 Wx 80/16 –, StAZ 2017, S. 374, Rn. 11).

Ob Umstände vorliegen, die eine Berichtigung des Eintrages erfordern, hat das Gericht gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 PStG i.V.m. § 26 FamFG nach freier und aus dem gesamten Inhalt des Verfahrens gewonnener Überzeugung zu entscheiden. Dabei ist zu beachten, dass bei der Ausgestaltung des Verfahrens, das geeignet sein muss, eine möglichst zuverlässige Grundlage für die zu treffende Entscheidung zu erlangen, dem Grundrechtsschutz der jeweils betroffenen Person Rechnung zu tragen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 17.05.2017 – XII ZB 126/15 –, FamRZ, 2017, S. 1337 [1339, Rn. 16] m.w.N.).

### **B.II.1.c. Änderung des Geschlechtseintrages nach § 45b PStG**

Mit dem Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18.12.2018 (BGBl. I S. 2635) wurde § 45b PStG geschaffen. § 45b PStG ermöglicht die Änderung der personenstandsrechtlichen Geschlechtsangabe in die nach § 22 Abs. 3 PStG vorgesehenen Einträge 'männlich', 'weiblich', 'divers' oder einen offen gelassenen Geschlechts-

eintrag. Die Schaffung des § 45b PStG sollte eine verfassungskonforme Rechtslage im Anschluss an den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) herstellen.

Der erklärungsrechtliche Personenkreis ist gemäß § 45b Abs. 1 S. 1 PStG auf Personen mit einer 'Variante der Geschlechtsentwicklung' begrenzt.

In sachlicher Hinsicht setzt die Norm eine Erklärung gegenüber dem Standesamt voraus (§ 45b Abs. 1 PStG). Außerdem ist eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, dass bei der erklärenden Person eine Variante der Geschlechtsentwicklung vorliegt (§ 45b Abs. 3 S. 1 PStG). Nur in Ausnahmefällen entfällt dieses Erfordernis, wenn keine ärztliche Bescheinigung über eine erfolgte medizinische Behandlung vorhanden ist und das Vorliegen der Variante der Geschlechtsentwicklung in Folge der Behandlung nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Untersuchungen nachgewiesen werden kann (§ 45b Abs. 3 S. 2 PStG). In diesem Fall genügt eine Versicherung an Eides statt.

Mit der Erklärung zum Geschlechtseintrag können auch neue Vornamen bestimmt werden (§ 45b Abs. 1 S. 3 PStG). Die Erklärungen müssen öffentlich beglaubigt werden (§ 45b Abs. 1 S. 3 PStG). Die Erklärungen nach § 45b PStG führen zu einer Folgebeurkundung im Personenregister über die neue Angabe (Bornhofen, in: Gaaz/Bornhofen/Lammers, Personenstandsgesetz, 5. Aufl. 2020, § 45b Rn. 18).

Die Auslegung des Begriffs 'Variante der Geschlechtsentwicklung' in § 45b Abs. 1 S. 1 PStG ist umstritten. Einerseits wird vertreten, der Begriff sei auf der Grundlage bestimmter körperlicher Merkmale eng auszulegen. Eine Erklärung nach § 45b PStG stünde nur Personen offen, bei denen aufgrund körperlicher Merkmale keine eindeutige Zuordnung zu einem männlichen oder weiblichen Geschlecht vorgenommen werden kann (Berndt-Benecke, StAZ 2019, S. 65 [70], dies., NVwZ 2019, S. 286 [286 f.], Erbarth, FamRB 2020, S. 28 [30 f.], Krömer, StAZ 2019, S. 280 [281]). Es bleibt nach dieser Ansicht jedoch offen, wann eine 'Variante der Geschlechtsentwicklung' vorliegt. So zitiert unter anderem der Bundesgerichtshof in der hier gegenständlichen Entscheidung zwei verschiedene Definitionen (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 19, **Anlage 7**). Zum einen sollen unter diesem Begriff demnach „Diagnosen zusammengefasst werden, bei denen die Geschlechtschromosomen, das Genitale oder die Gonaden inkongruent sind“, zum anderen „angeborene Variationen der genetischen, hormonalen, gonadalen und genitalen Anlagen eines Menschen mit der Folge, dass das Geschlecht einer Person nicht mehr eindeutig den biologischen Kategorien 'männlich' oder 'weiblich' entspricht“. Diese Definitionen unterscheiden sich ganz maßgeblich an dem Punkt, ob hormonelle Anlagen zu berücksichtigen seien. Doch auch unter Anwendung dieser Definitionen gibt es verschiedene Interpretationen, welche körperlichen Konstitutionen darunter fallen (vgl. u.a. Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, BT-Drucks. 17/9088, u.a. S. 4 f.).

Andererseits wird für eine weite Begriffsauslegung plädiert. Demnach läge eine Variante der Geschlechtsentwicklung bei allen Personen vor, die unabhängig von körperlichen Anlagen eine von dem bei Geburt zugewiesenem Geschlecht abweichende geschlechtliche Identität entwickelt haben (für eine verfassungskonforme Auslegung: Gössl, FF 2019, S. 298 [303]; Gössl/Dannecker/Schulz, NZFam 2020, S. 145 [147]; Jäschke, NZFam 2019, S. 895 [898]; besondere Betonung auf das geschlechtliche Selbstverständnis der Person unabhängig von körperlichen Merkmalen legend Holzleithner, JöR 2019, S. 457 [481]; Bruns, StAZ 2019, S. 97, [100]; Mangold/Markwald/Röhner, Rechtsgutachten zum Verständnis von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in § 45b Personenstandsgesetz, 2019, **Anlage 33**).

Teilweise wird § 45b PStG als komplementierende Norm des § 22 Abs. 3 PStG für Altfälle verstanden. § 45b PStG solle nur Personen erfassen, die vor der Schaffung der Eintragungsmöglichkeit 'divers' geboren wurden (Bornhofen, in: Gaaz/Bornhofen/Lammers, PStG, 5. Aufl. 2020, § 45b Rn. 1). Neben dem hinsichtlich des Merkmals 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' umstrittenen Anwendungsbereich sind also auch weitere personelle Begrenzungen unklar.

Aufgrund der noch nicht abschließend geklärten Frage, wie der Begriff 'Variante der Geschlechtsentwicklung' auszulegen ist, ist der Normvollzug des § 45b PStG mit erheblicher Rechtsunsicherheit verbunden. Für Personen, die eine Änderung ihres Geschlechtseintrages begehren, ist in der aktuellen Situation kaum ersichtlich, ob sie von dem in § 45b PStG berechtigten Personenkreis umfasst sind (Gössl/Dannecker/Schulz, NZFam 2020, S. 145 [147]). In diesem Zusammenhang ist es bei der Rechtsanwendung durch die Standesämter zu unterschiedlichen Ergebnissen gekommen (Gössl/Dannecker/Schulz, NZFam 2020, S. 145 [146]). Dasselbe gilt für die im Rechtsstreit angerufenen Gerichte.

Die Rechtsprechung versteht 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' teilweise weit, sodass es auf Merkmale des Körpers der antragstellenden Person nicht ankomme (AG Münster, Beschluss vom 16.12.2019 – 22 III 36/19 –, FamRZ 2020, 626; AG Münster, Beschluss vom 05.02.2020 – 22 III 130/18 –, **Anlage 34**; AG Dortmund, Beschluss vom 24.09.2019 – 310 III 10/19 –, **Anlage 35**; AG Oldenburg, Beschluss vom 20.04.2020 – 93 III 15/20 – **Anlage 36**; OLG Düsseldorf, Urteil vom 11.07.2019 – I-25 Wx 76/17 –, FamRZ 2019, S. 1663). Andere Gerichte haben im Sinne eines restriktiven Begriffsverständnisses entschieden, dass transgeschlechtliche Personen, die sich dem weiblichen oder männlichen Geschlecht zuordnen und bei denen kein Zustand i.S.d. der Chicagoer Konsensuskonferenz 2005 vorliege, nicht von § 45b PStG erfasst seien (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19.11.2019 – 3 W 78/19 – **Anlage 37**; OLG München, Beschluss vom 15.04.2020 – 11 Wx 114/20 – **Anlage 38**; OLG Nürnberg, Beschluss vom 03.09.2019 – 11 W 1880/19 –, FamRZ 2019, S. 1948). Das Oberlandesgericht Nürnberg legte in der zitierten Entscheidung aber eine Auslegung des § 45b PStG nahe, wonach zumindest Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen

Geschlecht angehören, unabhängig von körperlichen Anlagen vom Anwendungsbereich erfasst sind (OLG Nürnberg, Beschluss vom 03.09.2019 – 11 W 1880/19 –, FamRZ 2019, S. 1948, [1951]). Insofern wird auch vom Oberlandesgericht Nürnberg keine ausschließlich an körperlichen Anlagen orientierte Auslegung des Begriffs Variante der Geschlechtsentwicklung vertreten.

Eine weitere Problematik ergibt sich aus der nach § 45b Abs. 3 PStG vorzulegenden ärztlichen Bescheinigung über eine Variante der Geschlechtsentwicklung. Aufgrund der auch in der medizinischen Fachdiskussion umstrittenen Definition des Begriffs 'Variante der Geschlechtsentwicklung' und der bislang nicht geklärten gesetzlichen Bedeutung ist für medizinische Fachpersonen teilweise unklar, unter welchen Voraussetzungen sie eine entsprechende Bescheinigung auszustellen ist. Diese Situation wurde durch ein Rundschreiben des Bundesministeriums für Inneres, Bau und Heimat vom 10.04.2019 noch verschärft (Rundschreiben zum Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, StAZ 2019, S. 151). Darin wurde die Auslegung der gesetzlichen Vorschrift im Sinne einer Inkongruenz von Geschlechtschromosomen, Genitalien und/oder der Gonaden vertreten. Bei einer im Sinne der vom Bundesinnenministerium vertretenen Ansicht unrichtig ausgestellten ärztlichen Bescheinigung wurde zudem auf eine möglicherweise bestehende Strafbarkeit wegen Ausstellung unrichtiger Gesundheitszeugnisse gemäß § 278 StGB verwiesen. Diese Aussagen des Bundesinnenministeriums spiegelt jedoch die Komplexität der medizinischen Fachdiskussion nicht wieder (Mangold/Markwald/Röhner, Rechtsgutachten zum Verständnis von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in § 45b Personenstandsgesetz, 2019, S. 12, **Anlage 33**).

#### **B.II.1.d. Änderung des Geschlechtseintrages nach dem TSG**

Das 'Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz – TSG)' ist ein personenstandsrechtliches Sondergesetz, das ein spezielles Verfahren für den Wechsel des Geschlechtseintrages für binäre transgeschlechtliche Menschen vorsieht und das am 01.01.1981 in Kraft getreten ist. Seitdem ist das Gesetz in weiten Teilen durch das Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden (BVerfGE 88, 87; 115, 1; 116, 243; 121, 175).

Insbesondere wurden die ursprünglich zwangsweise vorgesehene geschlechtsanpassende Operation und Unfruchtbarkeit als Voraussetzung für eine Personenstandsänderung für verfassungswidrig erklärt (BVerfGE 128, 109 [137]). Die dem TSG zunächst zugrundeliegenden Annahmen, dass zum Beispiel zwischen Transgeschlechtlichkeit und der Sexualität von transgeschlechtlichen Personen ein Zusammenhang bestehe oder dass alle transgeschlechtlichen Personen eine operative 'Geschlechtsangleichung' anstrebten, wurden durch das Bundesverfassungsgericht revidiert (BVerfGE 115, 1; 128, 109). Zur Einordnung des TSG im Zeithorizont ist zu berücksichtigen, dass im Erlassjahr männliche Homosexualität noch

nach § 175 StGB strafrechtlich verfolgt wurde, weswegen sexuelle Beziehungen zwischen Männern verhindert werden sollten. Die Entwicklung des TSG durch richterliche Rechtsfortbildung zeigt, „dass das Gesetz auf Fehlannahmen beruhte, und zwar sowohl was die medizinisch-naturwissenschaftliche Behandlung von Transgeschlechtlichkeit als auch das grundrechtlich geforderte Schutzniveau anbelangt“ (Adamietz/Bager, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, Hrsg. BMFSFJ, 2017, S. 59).

Derzeit bleibt nur noch ein „Torso“ übrig, „der durchlöchert ist wie ein Emmentaler Käse“ (Sieberichs, FamRZ 2019, S. 329 [332]) und dem sich aktuell noch folgender Regelungsgehalt entnehmen lässt:

§ 8 Abs. 1 TSG sieht vor, dass auf Antrag einer Person, die sich auf Grund ihrer „transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtenregistereintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und die seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben, vom Gericht festzustellen ist, dass sie als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist“, wenn sie die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 erfüllt.

Die Voraussetzungen in den § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG sehen vor, dass die antragstellende Person

„1. sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburteintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben,

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

Für das in §§ 8, 1 TSG angeordnete gerichtliche Verfahren sieht § 9 Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 4 Abs. 3 S. 1 TSG vor, dass das Gericht einem Antrag nur stattgeben darf, nachdem es die Gutachten von zwei Sachverständigen eingeholt hat, die auf Grund ihrer Ausbildung und ihrer beruflichen Erfahrung mit den besonderen Problemen des Transsexualismus ausreichend vertraut sind. Als solche Sachverständige werden nahezu ausschließlich Fachkräfte aus der Psychiatrie sowie teilweise der Psychologie bestellt.

In § 1 TSG ist die Namensänderung geregelt, die gemeinsam oder getrennt von der Personenstandsänderung nach § 8 TSG erfolgen kann.

Nach erfolgter Personenstandsänderung durch Gerichtsbeschluss teilt das Gericht dem Standesamt die Änderung mit (§ 56 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) PStV). Das Standesamt ändert den Eintrag gemäß § 27 Abs. 3 Nr. 4 PStG.

## **B.II.2. Grundrechtsverletzung durch Zwang zur Eintragung des Geschlechts bei Geburt gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG**

§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG schreibt vor, das Geschlecht eines neugeborenen Kindes im Geburtenregister zu beurkunden. Der rechtlich etablierte Zwang zur Eintragung des Geschlechts bei Geburt verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (B.II.2.a.) und das Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts (B.II.2.b.).

### **B.II.2.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG**

Der Zwang zur Eintragung des Geschlechts im Geburtenregister unmittelbar nach der Geburt gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Selbstbestimmung ein, was verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

#### **B.II.2.a.aa. Eröffnung des Schutzbereichs**

Der persönliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist für die beschwerdeführende Person als natürliche Person eröffnet.

Der sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist eröffnet. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet jedem Menschen einen autonomen und privaten Lebensbereich, in dem er seine Individualität entwickeln und entfalten kann (BVerfGE 35, 202 [220]; 79, 256 [268]; 120, 274 [303]; 141, 186 [201]; 147, 1 [19]). Es schützt die private und intime Sphäre um der Würde des Menschen willen, deren Grundbedingungen in der engeren persönlichen Lebenssphäre konstituiert und aufrechterhalten werden (BVerfGE 54, 148 [153]; 72, 155 [170]; 79, 256 [268]).

Die von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte engere persönliche Lebenssphäre umfasst auch den Intim- und Sexualbereich (BVerfGE 75, 369 [380]). Darin enthalten ist nach ständiger Rechtsprechung der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, der auch das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität umfasst (BVerfGE 115, 1 [14]; 116, 243 [264]; 121, 175 [190]; 128, 109 [124]). Das Bundesverfassungsgericht erkennt in ständiger Rechtsprechung an, dass das Geschlecht eines Menschen nicht allein anhand physischer Merkmale bestimmt werden kann, sondern wesentlich von der psychischen Konstitution und der nachhaltig selbst empfundenen Geschlechtlichkeit abhängt (BVerfGE 115,

1 [15]; 116, 243 (264); 121, 175 [190]; 128, 109 [124]). Gerade die selbstempfundene geschlechtliche Identität ist es, die im Rahmen des Persönlichkeitsrechts der rechtlichen Anerkennung besonders bedarf (BVerfGE 128, 109 [124]; 121, 175 [202]: „selbstbestimmte geschlechtliche Identität“; 115, 1 [15]: „erfahrene oder gewonnene geschlechtlichen Identität“; vgl. auch Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 72). Wie in anderen Bereichen auch hat die subjektive Identitätsperspektive im Sinne von Selbstwahrnehmung und -beschreibung Vorrang vor staatlich an das Individuum herangetragenen Erwartungen (vgl. Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, S. 19; speziell für die Geschlechtsidentität: Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 258 ff.).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die Anerkennung der Geschlechtsidentität durch das Recht für die Einzelnen von erheblicher Bedeutung (u.a. BVerfG, Kammerbeschluss vom 15.08.1996 – 2 BvR 1833/95 –, NJW 1997, S. 1632; BVerfGE 116, 243 [264]; 121, 175 [191 f., 200 ff.]; 147, 1 [22]). Daher gebietet es das allgemeine Persönlichkeitsrecht, im Personenstandseintrag das Geschlecht abzubilden, welches der Geschlechtsidentität der Person entspricht (BVerfGE 49, 286 [298]; 60, 123 [134 f.]; Kammerbeschluss vom 15.08.1996 – 2 BvR 1833/95 –, NJW 1997, S. 1632; BVerfGE 116, 243 [264]; 147, 1 [22]). Denn das menschliche Streben nach Einheit von seelischem Empfinden und Körper steht unter dem Schutz der Menschenwürde (Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 17. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 85).

Die personenstandsrechtliche Eintragung ist für das Individuum relevant, weil sie, sofern fehlerhaft, die personale Integrität des Individuums beeinträchtigt (vgl. zum Schutz der personalen Integrität durch Art. 2 I GG Cornils, in: HdbStR VII, 3. Aufl. 2009, § 168 Rn. 30, speziell zur Einordnung geschlechtlicher Identität Cornils, a.a.O., Fn. 109). Angesichts der identitätskonstituierenden Bedeutung der geschlechtlichen Zuordnung weist das Personenstandsmerkmal 'Geschlecht' eine besondere Nähe zu der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde auf. Das dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht zu entnehmende Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität (BVerfGE 121, 175 [191]; 128, 109 [124]) ist beeinträchtigt, wenn der Staat eine rechtlich verbindliche geschlechtliche Zuordnung verlangt, dann aber das selbst empfundene Geschlecht nicht anerkennt (BVerfGE 147, 1 [22]).

Geschützt wird vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht andererseits auch die Selbstdarstellung des Individuums in der Öffentlichkeit. Die Einzelnen sollen selbst darüber entscheiden können, wie sie sich gegenüber Dritten und der Öffentlichkeit darstellen und was ihren sozialen Geltungsanspruch ausmacht (vgl. insbesondere BVerfGE 147, 1 [23] sowie 63, 131 [142] unter Verweis auf BVerfGE 35, 202 [220] und BVerfGE 54, 148 [155 f.]; auch BVerfGE 119, 1 [24]; vgl. für eine detaillierte Darstellung auch Hufen, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, S. 103). Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG genießt das Individuum daher auch Schutz vor verfälschenden Darstellungen und Zuschreibungen in der Öffentlichkeit (BVerfGE 99, 185 [193 f.]). Hierzu gehört auch die staatli-

che Anerkennung der subjektiven Geschlechtszugehörigkeit (BVerfGE 147, 1 [23, 30]; Dreier, in: Dreier, GG, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 72). Diese wird umso mehr in Frage gestellt, wenn eine staatliche Stelle die identitätskonstituierende Geschlechtszuordnung selbst unrichtig vornimmt (in Bezug auf die Anrede BVerfG, Kammerbeschluss vom 15.08.1996 – 2 BvR 1833/95 –, NJW 1997, 1632) und die betroffene Person der Notwendigkeit aussetzt, sich mit dieser Falschzuordnung im Rechtsverkehr zu bewegen. Denn das Individuum kann den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag bei seinem Auftreten in der Öffentlichkeit nicht einfach übergehen.

Die Angabe des Geschlechts wird nicht nur von vielen öffentlichen Stellen (Schulen, Steuerbehörden, Sozialversicherungsträgern, Jobcentern, öffentlich-rechtlichen Dienstherrn u.a.), sondern auch von Privaten, etwa von Ausbildungsstellen oder Arbeitgebern zum Eintrag in die Personalakte, verlangt. Eine aus der Perspektive der betroffenen Person unrichtige personenstandsrechtliche Zuordnung zwingt sie daher dazu, sich in ihrem Lebensverlauf fortwährend in einer Weise darzustellen, die sie als verfälschend empfindet (vgl. VG Hamburg, Beschluss vom 06.03.2012 – 17 E 3126/11 –, StAZ 2012, 344; zur Bedeutung der Übereinstimmung von Registereintrag und Auftreten in der Öffentlichkeit auch BVerfGE 88, 87 [98, 99]; 116, 243 [264]; 147, 1 [23]). Der Gesetzgeber steht in der Pflicht, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass diese Anforderungen erfüllt sind und es für niemanden an unzumutbare Bedingungen geknüpft ist, dem nachhaltig selbst empfundenen Geschlecht zugeordnet zu werden (BVerfGE 128, 109 [126 ff.]; 147, 1 [30]). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt nach alledem nicht nur die Anerkennung der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht, sondern auch die Nichtzugehörigkeit.

Die beschwerdeführende Person besitzt eine Identität, die weder der personenstandsrechtlichen Angabe 'weiblich' noch der Angabe 'männlich' noch 'divers' entspricht. Für die beschwerdeführende Person ist ihre Geschlechtsidentität nicht Teil eines Prozesses, an dessen Ende eine Identität als männlich oder weiblich oder divers erkannt wird und schließlich feststeht. Vielmehr handelt es sich um eine stabile Form des Seins, das weder männlich noch weiblich noch divers ist. Dies zeigt sich bereits in der Mitteilung der beschwerdeführenden Person vom 03.11.2014 (**Anlage 10**) und in dem Antrag vom 26.07.2016 (**Anlage 9**), in dem sie die Nachhaltigkeit der Selbstverortung außerhalb der Geschlechter in der eigenen Lebensgeschichte schildert, sowie im Lebenslauf der beschwerdeführenden Person (**Anlage 8**). Die beschwerdeführende Person verortet sich in Abgrenzung zu den vom Gesetz vorgegebenen Geschlechtseinträgen als genderlos und tritt so auch im Alltag auf – mit allen Konsequenzen, die das hat. Die weder mit dem Geschlechtseintrag 'männlich' noch 'weiblich' noch 'divers' korrekt bezeichnete Identität als Mensch frei von Geschlecht versteht die beschwerdeführende Person als Teil geschlechtlicher Diversität jenseits des gängigen Schemas von Mann und Frau.

Zur Anerkennung ihrer individuellen geschlechtlichen Identität hat die beschwerdeführende Person, nachdem Ende 2013 § 22 Abs. 3 PStG eingeführt worden war, ab 2014 versucht, die Streichung des geschlechtlichen Personenstandseintrags zu erwirken, zunächst durch eigene Mitteilung an das Standesamt, ab 2016 mit anwaltlicher Unterstützung im gerichtlichen Verfahren. Denn bereits ab Geschlechtsbewusstseinsbildung war der beschwerdeführenden Person deutlich, dass sie in die vorgegebenen Zuordnungen nicht passte. In Kindheits- und Jugendjahren versuchte die beschwerdeführende Person sich einzupassen und musste im Zuge dessen immer wieder leidvoll erfahren, dass ihr dies aufgrund der fehlenden Geschlechtsidentität 'männlich' oder 'weiblich' nicht gelang.

Aufgrund dessen ist – insoweit übereinstimmend mit dem angegriffenen Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 29, **Anlage 7**) – der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG eröffnet.

#### **B.II.2.a.bb. Eingriff**

Der gesetzlich vorgesehene Eintrag eines Geschlechts bereits im Zeitpunkt der Geburt der beschwerdeführenden Person durch das Standesamt (...) (Geburtenregistereintrag, **Anlage 4**; Abstammungsurkunde, **Anlage 39**) stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität dar.

Zum Zeitpunkt der Geburt der beschwerdeführenden Person bestand gemäß §§ 16, 18 Abs. 1 PStG i.d.F. Von 1957 (heute: §§ 18, 20 S. 1 PStG) i.V.m § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG eine gesetzliche Pflicht, einen Geschlechtseintrag vorzunehmen, für den nur zwei Möglichkeiten zur Verfügung standen (B.II.1.a). Zu diesem Zeitpunkt war die beschwerdeführende Person – wie jeder Mensch bei seiner Geburt – noch nicht äußerungsfähig und konnte noch keine eigene Geschlechtsidentität artikulieren. Die Zuordnung erfolgte infolgedessen durch Dritte, die dabei das äußerlich erkennbare körperliche Erscheinungsbild des neugeborenen Kindes zugrunde legten.

Diese staatliche Zuordnung anhand körperlicher geschlechtsbezogener Merkmale in eine der zum Eintragungszeitpunkt nur zwei Geschlechtskategorien durch den Registereintrag stellt einen Eingriff dar (vgl. von Roetteken, GiP 3/2019, 23 [25 f.], **Anlage 40**). Denn körperliche, geschlechtsbezogene Merkmale sind zwar mitbestimmend für die Geschlechtsidentität von Menschen, aber nicht allein ausschlaggebend (BVerfGE 115, 1 [15]; 128, 109 [126]; Schweitzer/Köster/Richter-Appelt, Varianten der Geschlechtsentwicklung und Personenstand, Psychotherapeut 2019, S. 106 [108] m.w.N. **Anlage 41**; vgl. auch Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl. 2017, Lemma 'Geschlecht'). Da sich ein Geschlechtsbewusstsein erst in den Kinderjahren mit zunehmender Bewusstwerdung der eigenen Persönlich-

keit entwickelt, kann der äußerlich erkennbare Körper eines Neugeborenen auch nicht als alleiniger Anhaltspunkt für die endgültige Zuordnung zu einer Geschlechtskategorie dienen.

### **B.II.2.a.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden, wenn er sich innerhalb der in Art. 2 Abs. 1 GG genannten Schranken der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung oder des Sittengesetzes bewegt (BVerfGE 7, 92; 8, 328; 70, 1). Dabei gehen die besonderen Zwecke des Schutzes des Sittengesetzes und der Rechte anderer weitgehend in der allgemeinen Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung auf (Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, 90. EL 2020, Art. 2 Rn. 44; Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 8 f.; Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 103; Kunig, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 2 Rn. 19). Die verfassungsmäßige Ordnung umfasst alle formell und materiell verfassungsmäßigen Rechtssätze (st. Rspr. des BVerfG seit BVerfGE 6, 32 [38 f.]). Demnach muss der Eingriff auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die ihrerseits mit dem Grundgesetz vereinbar ist (Murswiek/Rixen, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 2, Rn. 101 m.w.N.).

An einer solchen verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage fehlt es hier, denn § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG wahrt nicht die Verhältnismäßigkeit.

#### **B.II.2.a.cc. (1) Legitimer Zweck**

Es ist schon kein legitimer Zweck zu erkennen, der den Geschlechtseintrag bei Geburt zu rechtfertigen vermag.

#### **B.II.2.a.cc. (1) (a) Geschlechtliche Zuordnung bei Geburt**

Das Bundesverfassungsgericht hat zwar noch 2011 ein Interesse des Staates anerkannt, nach sichtbaren körperlichen Kriterien die Geschlechtszuordnung vorzunehmen:

„Der Gesetzgeber kann bei der Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit eines Menschen grundsätzlich von dessen äußeren Geschlechtsmerkmalen zum Zeitpunkt der Geburt ausgehen und die personenstandsrechtliche Anerkennung des im Widerspruch dazu stehenden empfundenen Geschlechts eines Menschen von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen.“ (BVerfGE 128, 109 [129]).

Das Bundesverfassungsgericht hat aber in derselben Entscheidung auch entschieden, dass das rechtliche Geschlecht mit dem tatsächlichen Geschlecht der Person übereinstimmen soll (BVerfGE 128, 109 [129 f.]; deutlicher: BVerfGE 147, 1 [22]). Denn nur dann kann auch dem Ordnungsinteresse des Staates Rechnung getragen werden. Daher kann das Ord-

nungsinteresse jedenfalls nicht zur Rechtfertigung von nicht den Tatsachen entsprechenden Registereinträgen herangezogen werden.

Zwar hat der Gesetzgeber einen großen Gestaltungsspielraum zur Etablierung des Ordnungsgefüges. Er muss diesen Gestaltungsspielraum jedoch verfassungskonform nutzen. Für die Eintragung eines unzutreffenden Geschlechts zum Zeitpunkt der Geburt gibt es keine verfassungsrechtlichen Gründe. Der pauschale Verweis auf Ordnungsinteressen genügt insoweit nicht. Vielmehr muss aufgezeigt werden, um welche Ordnungsinteressen es sich konkret handelt und warum dafür ein Geschlechtseintrag bereits ab Geburt zwingend erforderlich ist.

Im Personenstandsgesetz sind keine rechtfertigenden Ordnungsinteressen für eine geschlechtliche Zuordnung bei Geburt erkennbar, weil der Gesetzgeber Neuregelungen vorgenommen hat, die ein Offenlassen des Geschlechts bei Geburt ermöglichen. Der Gesetzgeber hat seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2011 das Personenstandsrecht mehrfach substantiell geändert. Im Jahr 2013 ist zunächst § 22 Abs. 3 PStG eingefügt worden. Hiernach hatte der Geschlechtseintrag zu unterbleiben, wenn „das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden“ konnte (BGBl. 2013 I, S. 1122).

In der Folge ist in Erfüllung des Gesetzgebungsauftrages des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 147, 1 [2, 30]) im Jahr 2018 § 22 Abs. 3 PStG verändert worden und die Eintragskategorie 'divers' hinzugefügt worden, zugleich aber auch die Muss- in eine Kann-Vorschrift überführt worden (BGBl. 2018 I, S. 2635). Die Vorschrift lautet nun:

„Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe 'divers' in das Geburtenregister eingetragen werden.“

Wenn also ein Kind aufgrund seiner körperlichen geschlechtsbezogenen Merkmale nicht eindeutig zuzuordnen ist, ist nicht mehr gesetzlich zwingend vorgesehen, welche Eintragung zu erfolgen hat.

Ein pauschales Ordnungsinteresse kann angesichts der schwerwiegenden Leidenserfahrungen der Betroffenen und der daraus folgenden Schwere des Eingriffs nicht genügen. Die Lebensgeschichte der beschwerdeführenden Person belegt eindrücklich, wie viel Leid mit der frühen Festlegung auf ein sich als nicht passend herausstellendes Geschlecht einhergeht, wenn das Finden und Erkennen der eigenen Geschlechtsidentität im Kindesalter beginnt. Die freie Entfaltung der eigenen Persönlichkeit wird behindert, wenn die Entwicklung der eigenen Geschlechtsidentität eines Menschen von vornherein im Widerspruch zu der durch Dritte festgelegten Zuordnung steht.

Im Zuge des allmählich größeren Sichtbarwerdens von anderen als 'männlichen' oder 'weiblichen' Geschlechtsidentitäten und Personen, deren Geschlecht nicht mit dem bei Geburt zugeordneten übereinstimmt, stellt sich mit größerer Dringlichkeit die Frage nach der Rechtfertigung des von den Einzelnen unbeeinflussbaren Geschlechtseintrages unmittelbar nach der Geburt. Denn bei keinem Neugeborenen ist von vornherein klar, welche Geschlechtsidentität es einmal haben wird.

Mag auch nach wie vor die legislative Entscheidung zugunsten eines personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrages verfassungsrechtlich grundsätzlich zulässig sein, so ist die zwangsweise Zuordnung bereits von Neugeborenen allein anhand des für die spätere Geschlechtsidentität nicht ausreichend aussagekräftigen körperlichen Erscheinungsbildes doch in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig. Ein verfassungsrechtlich valider Grund für die geschlechtliche Zuordnung, ein legitimer Zweck, zu einem so frühen Zeitpunkt des Lebens und allein aufgrund der körperlichen Erscheinung bei Geburt ein Geschlecht einzutragen, ist nicht ersichtlich.

#### **B.II.2.a.cc. (1) (b) Rechtliche Ordnungsinteressen des Staates**

In der bereits erwähnten Entscheidung von 2011 hat das Bundesverfassungsgericht die Ordnungsinteressen des Staates benannt, die einen rechtlichen Geschlechtseintrag zu rechtfertigen vermögen:

„Da das Geschlecht maßgeblich für die Zuweisung von Rechten und Pflichten sein kann und von ihm familiäre Zuordnungen abhängig sind, ist es ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers, dem Personenstand Dauerhaftigkeit und Eindeutigkeit zu verleihen, ein Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit möglichst zu vermeiden und einer Änderung des Personenstands nur stattzugeben, wenn dafür tragfähige Gründe vorliegen und ansonsten verfassungsrechtlich verbürgte Rechte unzureichend gewahrt würden.“ (BVerfGE 128, 109 [129 f.]).

Auf diese Passage bezieht sich explizit auch der Bundesgerichtshof im angegriffenen Beschluss (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 43, **Anlage 7**). An anderer Stelle führt der Bundesgerichtshof aus, personenstandsrechtliche Einträge wie der Geschlechtseintrag, hätten eine „dienende Funktion“ und enthielten „Angaben, die nach den Regeln des materiellen Familienrechts grundlegende Bedeutung für die persönliche Rechtsstellung besitzen“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 9, mit Verweis auf BGH, 22.04.2016 – XII ZB 52/15 – FamRZ 2016, 1580 Rn. 15 m.w.N.). Der Bundesgerichtshof

verkennt die grundrechtliche Bedeutung der personenstandsrechtlichen Registrierung, wenn er den Geschlechtseintrag als „lediglich dienend“ beschreibt, zumal er diese dienende Funktion allein mit dem materiellen Familienrecht verknüpft, das für offengelassene Geschlechtseinträge bislang gerade keine ausdrücklichen Regelungen enthält, so dass dieses systematische Argument ins Leere geht.

Konkrete Bereiche und Normen, deren Anwendung von dem Eintrag des Geschlechts im Personenstandsregister abhängig sind, nennt der Bundesgerichtshof nicht. Eine Auseinandersetzung damit, dass an den geschlechtlichen Personenstand in der Rechtsordnung nur noch äußerst selten angeknüpft wird (Bestandsaufnahme bei Völmann, JZ 2019, 381 [385 ff.]), findet sich daher im Beschluss des XII. Zivilsenates nicht.

In weiten Teilen der früher geschlechtlich differenzierten Rechtsgebiete ist die Anknüpfung an den Personenstand obsolet geworden, etwa durch die Streichung des § 175 StGB und die Änderung der Ehedefinition in § 1353 Abs. 1 BGB. Festzuhalten ist, dass geschlechtsspezifische Regelungen wie im Abstammungsrecht und im Strafvollzugsrecht für Neugeborene und Kinder keine Relevanz entfalten, sondern erst in späteren Lebensabschnitten bedeutsam werden.

Geschlechtsspezifische Rechtsnormen müssen bereits jetzt mit der ohnehin schon existierenden Vielfalt an Geschlechtsidentitäten umgehen und weisen insoweit durchweg enormen Anpassungsbedarf auf, um überhaupt nur den aktuellen Stand des Personenstandsrechts abzubilden. Überwiegend hat eine Anpassung an die jüngeren Entwicklungen des Personenstandsrechts, der Reform des § 1353 Abs. 1 BGB und auch des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts zu § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG (BVerfGE 128, 109) noch nicht stattgefunden (vgl. auch Plett, Diskriminierungspotentiale gegenüber trans- und intergeschlechtlichen Menschen im deutschen Recht, Hrsg. Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen Berlin, 2015). Insbesondere in sehr drängenden Bereichen wie dem Familien- und Abstammungsrecht fehlen Anpassungen und Reformen. Das Offenlassen oder Streichen des Geschlechtseintrages existiert schon seit 2013 als rechtlich vorgesehene Option, die bislang kaum in geschlechtsspezifischen Normen der Rechtsordnung berücksichtigt ist. Wenn aber schon das materielle Recht die Änderungen im Personenstandsrecht nicht zeitnah nachvollzieht, ist nicht ersichtlich, wie umgekehrt veraltetes (weil unangepasstes) materielles Recht als Rechtfertigung für die Aufrechterhaltung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrages aufgrund staatlicher Ordnungsinteressen dienen kann.

Im Grunde produziert der Zwang, einen Geschlechtseintrag nach der Geburt zu beurkunden, erst die späteren Probleme, wie das Bundesverfassungsgericht bereits ausgeführt hat:

„Spezifische Bedeutung für die geschlechtliche Identität erlangt der personenstandsrechtliche Eintrag für sich genommen zwar nur, weil das Personenstands-

recht überhaupt die Angabe der Geschlechtszugehörigkeit verlangt. Täte es dies nicht, gefährdete es auch die Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit nicht spezifisch, wenn die konkrete Geschlechtszugehörigkeit einer Person keinen personenstandsrechtlichen Niederschlag fände. Es handelte sich dann beim Geschlecht um keine Größe von personenstandsrechtlicher Relevanz.“ (BVerfGE 147, 1 [22]).

Für die Ordnungsinteressen des Staates bedarf es keines Personenstandsrechts, das den Körper der Einzelnen bei der Geburt zum hauptsächlichen Zuordnungskriterium erhebt, zumal die wenigen nach Geschlecht differenzierenden Normen erst zu einem späteren Zeitpunkt im Leben relevant werden, regelmäßig aber noch nicht im Säuglings- und Kindesalter. Mit der Registrierung von Ort, Datum und Uhrzeit – einschließlich Minute – der Geburt und des Namens des neugeborenen Kindes ist die Unverwechselbarkeit statistisch gesichert und den Ordnungsinteressen des Staates dadurch Genüge geleistet.

### **B.II.2.a.cc. (2) Geeignetheit**

Der Eintrag bei Geburt ist kein geeignetes Mittel, weil es den Zweck eines rechtlichen Ordnungsinteresses des Staates, das auf zutreffenden Tatsachen basiert, nicht fördert. Im Zeitpunkt der Geburt haben Menschen noch kein eigenes Geschlechtsbewusstsein. Dieses entwickelt sich erst während der Kindheit. Die Zuordnung erfolgt also aufgrund der bei Geburt äußerlich erkennbaren geschlechtsbezogenen Merkmale und kann daher lediglich als Vermutung erfolgen. Körperliche Begebenheiten können zwar Einfluss auf die Geschlechtsidentität haben, bestimmen diese aber nicht, wie das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung urteilt (BVerfGE 115, 1 [15]; 116, 243 [264]; 121, 175 [190]; 128, 109 [124]).

### **B.II.2.a.cc. (3) Erforderlichkeit**

Die Eintragung des Geschlechts bei Geburt ist nicht erforderlich, denn ein mildereres, gleich effektives Mittel ist die Eintragung des Geschlechtseintrages im Kindes- oder Jugendalter, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die eigene Geschlechtsidentität artikuliert werden kann. Mögen die rechtlichen Ordnungsinteressen des Staates grundsätzlich einen legitimen Zweck bilden, ist nicht ersichtlich, warum schon Neugeborene und Kinder eines Geschlechtseintrages bedürfen, wenn die zur Rechtfertigung angeführten Rechtsnormen für diese noch gar nicht einschlägig sind. Ein mildereres Mittel zur Verfolgung des an sich legitimen Zwecks, Ordnungsinteressen des Staates zu wahren, wäre deswegen, wenn Menschen erst über den Geschlechtseintrag entscheiden müssten, sobald sie vom Alter her in den Anwendungsbereich der zur Legitimation angeführten rechtlichen Regelungen fallen. So könnten eine Vielzahl unzutreffender Eintragungen verhindert werden.

Wenn auf den Geschlechtseintrag nicht grundsätzlich verzichtet werden soll, so wäre ein milderer Mittel ein nicht mehr zwangsweiser, sondern freiwilliger Geschlechtseintrag. Des Zwangs zur Eintragung bedarf es nicht, um die Ordnungsinteressen des Staates zu bedienen, denn schon jetzt gibt es die Möglichkeit, den Geschlechtseintrag offenzulassen. Würde der Geschlechtseintrag rechtlich als freiwilliger höchstpersönlicher Eintrag ausgestaltet, müsste nicht mehr wie bisher an die körperliche Konstitution bei Geburt angeknüpft werden, um das Geschlecht zu bestimmen. Ein Auseinanderfallen von rechtlichem Geschlechtseintrag und eigener Geschlechtsidentität stünde nicht mehr zu befürchten. Würde die Eintragung des Geschlechts als freiwillige Möglichkeit ausgestaltet, hätte der Registereintrag keinen Eingriffscharakter mehr (vgl. auch die Empfehlungen in der Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, BT-Drucks. 17/9088, S. 59). Dies wäre die grundrechtsschonendste Lösung, soweit ein Geschlechtseintrag nach wie vor für erforderlich gehalten würde.

#### **B.II.2.a.cc. (4) Angemessenheit**

Ordnungsinteressen des Staates vermögen nicht den schweren Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht von Personen aufzuwiegen, bei denen unmittelbar nach der Geburt ein unzutreffendes Geschlecht eingetragen wird. Diese Gefahr besteht grundsätzlich bei allen Neugeborenen.

#### **B.II.2.b. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG**

Der Zwang zur Eintragung des Geschlechts im Geburtenregister unmittelbar nach der Geburt gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG stellt für die beschwerdeführende Person eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts dar, die verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann.

#### **B.II.2.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs Geschlecht**

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bestimmt, dass niemand wegen seines Geschlechtes benachteiligt oder bevorzugt werden darf. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gehört zum Diskriminierungsschutz aufgrund des Geschlechts auch die weder 'weibliche' noch 'männliche' Geschlechtsidentität. Im Beschluss über die personenstandsrechtliche Anerkennung von Personen mit 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' hat das Bundesverfassungsgericht dies explizit ausgeführt:

„Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen die-

ses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts.“ (BVerfGE 147, 1 [28]).

Dass dieser Schutz umfassend ist, macht das Bundesverfassungsgericht sehr deutlich:

„Zweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen (vgl. BVerfGE 88, 87 [96]; Osterloh/Nußberger, in: Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 236, 244). Die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder Frau noch Mann ist, ist in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft besonders hoch. Der Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG lässt es ohne Weiteres zu, sie in den Schutz einzubeziehen. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG spricht ohne Einschränkung allgemein von „Geschlecht“, was auch ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich sein kann.“ (BVerfGE 147, 1 [18]).

Erfasst sind Menschen, die sich nicht den Kategorien 'männlich' und 'weiblich' zuordnen, nach dem umfassenden Schutzkonzept des Bundesverfassungsgerichts aber auch Menschen, die sich überhaupt keiner positiv benannten Kategorie zuordnen und bei denen das Offenlassen des Geschlechtseintrages am ehesten der Geschlechtsidentität entspricht. Denn Menschen, die eine Geschlechtsidentität außerhalb der rechtlich zur Verfügung gestellten Geschlechtskategorien haben, sind in einer binären Welt besonders vulnerabel und deswegen von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG besonders geschützt.

Die beschwerdeführende Person ordnet sich selbst keinem Geschlecht zu, sodass sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht der Schutzbereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet ist.

### **B.II.2.b.bb. Eingriff**

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts darf das Geschlecht gemäß Art. 3 Abs. 3 GG grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (BVerfGE 147, 1 [27]; st.Rspr. seit BVerfGE 85, 191 [206]).

Eine Benachteiligung ist eine Schädigung, in der sich eine strukturelle gesellschaftliche Ungleichheit aktualisiert (Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 420). Erfasst ist jede Maßnahme oder Regelung, die Menschen nur wegen eines Merkmals als 'anders' ausgrenzt oder stigmatisiert (Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 420). Als Merkmal verdeutlicht die Nennung des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 GG die abwertende Markierung von Menschen wegen ihres Ge-

schlechts (Hierarchisierung). Schutz vor Diskriminierung bedeutet daher auch, nicht auf das Merkmal reduziert zu werden, sondern in der eigenen Individualität anerkannt zu werden (Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 441; Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [246], **Anlage 30**). In der Fixierung eines Merkmals als unveränderlich und verhaltenssteuernde Eigenschaft liegt eine Diskriminierung, die das Bundesverfassungsgericht bei Diskriminierungen von Frauen aufgrund des Geschlechts als „überkommene“ oder „tradierte Rollenerwartung“ bezeichnet (BVerfGE 85, 191 [207 f.]). Zwar darf der Gesetzgeber typisieren, dennoch verbietet Art. 3 Abs. 3 GG Stereotype zu Diskriminierungen werden zu lassen (Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 441). Das Diskriminierungsverbot schützt also vor Fixierungen aufgrund von bestimmten Erwartungen an das spezifische Geschlecht und sichert damit die Freiheitsgarantie nicht nur für Männer und Frauen, sondern auch bzw. insbesondere für alle, die nicht in dieses Schema passen (Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 451; Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 258; Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [246], **Anlage 30**).

#### **B.II.2.b.bb. (1) Festlegung des Geschlechtseintrages bei Geburt**

§ 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 18 PStG PStG bestimmt, dass im Geburtenregister das Geschlecht des Kindes unmittelbar nach der Geburt beurkundet wird. Dies benachteiligt Personen wie die beschwerdeführende Person, deren Geschlecht nicht mit dem bei der Geburt aufgrund äußerlicher Merkmale zugeordneten Geschlecht übereinstimmt, weil es für sie schwerer ist, ihren Geschlechtseintrag in zutreffender Art und Weise beurkunden zu lassen. Denn der gesetzlichen Pflicht, das eigene Geschlecht zu beurkunden, liegt ein Geschlechtsverständnis zugrunde, demzufolge ein Mensch bereits bei Geburt ein eindeutig feststehendes und unveränderliches, im Regelfall 'weibliches' oder 'männliches' Geschlecht hat, welches aufgrund äußerlicher körperlicher Merkmale durch Dritte erkennbar ist. Die gesetzliche Regelung in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG ist auf die Festlegung dieses durch Dritte erkennbare und damit anhand allein biologisch-medizinischer geschlechtsbezogener Merkmale bestimmte Geschlecht hin ausgerichtet.

Damit etabliert die Regelung in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG Normalitätserwartungen, die für alle Menschen, die nicht die aufgrund ihrer körperlichen Merkmale erwartete 'männliche' oder 'weibliche' (sowie inzwischen auch eine in das Spektrum 'divers' fallende) Geschlechtsidentität entwickeln, schwerer oder gar nicht zu erfüllen sind. Gerade davor schützt das Grundgesetz, wie das Bundesverfassungsgericht festhält:

„Geschützt ist auch die geschlechtliche Identität jener Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind. Diese Personen

könnten ihre Persönlichkeit möglicherweise ungehinderter entfalten, wenn der geschlechtlichen Zuordnung generell geringere Bedeutung zukäme.“ (BVerfGE 147, 1 [20]).

Die Geschlechtsidentität ist zum Zeitpunkt nach der Geburt, zu dem das 'Geschlecht des Kindes' gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG beurkundet wird, nicht von außen durch die Eltern, die Hebammen oder ärztliches Personal zu erkennen. Dies konstatiert auch die Gesetzesbegründung zu § 45b PStG:

„Zu diesem Zeitpunkt kann das Neugeborene eine eigene Geschlechtsidentität nicht kommunizieren. Die bei Geburt getroffene Geschlechtseinordnung muss daher ab einem Zeitpunkt, zu dem die betroffene Person zur Entwicklung einer eigenen Geschlechtsidentität in der Lage ist, abänderbar sein“. (BT-Drucks. 19/4669, S. 10).

Gleichwohl darf das Geschlecht nach der weiterhin vorherrschenden Auffassung nicht ohne eine spezifische körperliche Konstitution offengelassen werden, § 22 Abs. 3 PStG (Lammers, in: Gaaz/Bornhofen/Lammers, PStG, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 11; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 3. Aufl. 2019, Rn. IV-227; Berkl, Personenstandsrecht, 2015, Rn. 41 f.).

#### **B.II.2.b.bb. (2) Leben mit einem unzutreffenden Geschlechtseintrag**

Die gesetzliche Pflicht, bereits bei Geburt ein Geschlecht einzutragen, führt dazu, dass die geschlechtliche Identität von Menschen, die sich nicht dem zunächst eingetragenen Geschlecht zuordnen, im Zeitpunkt der Geburt unzutreffend beurkundet wird. Dies betrifft wegen der im Regelfall erfolgten Eintragung als 'weiblichen' oder 'männlichen' insbesondere Personen, die sich nicht dem 'weiblichen' oder 'männlichen' Geschlecht zuordnen können. Die Betroffenen müssen bis zur Berichtigung oder Streichung des Geschlechts mit dem unzutreffend eingetragenen Geschlecht leben. Dies führt zu erheblichen Leidens- und Diskriminierungserfahrungen, wie bei der beschwerdeführenden Person. Sie leidet seit ihrer frühesten Kindheit unter dem weiblichen Geschlechtseintrag, den sie noch nie als richtig empfunden hat. Die staatliche Zuordnung als Frau führt unter anderem dazu, dass die beschwerdeführende Person im Alltag bei basalen Dingen wie der Anrede, den akademischen Titeln, der Toilettenwahl, bei der Arbeit und in der Freizeit nicht als genderlos anerkannt wird. Im gesellschaftlichen Leben ist die beschwerdeführende Person mit der wiederkehrenden Zuschreibung einer weiblichen Geschlechtsidentität konfrontiert – auch durch den Bundesgerichtshof –, obwohl diese nicht zutreffend ist und über die auch gerichtlicherseits keine gesicherte Kenntnis besteht. Für das Anderssein hat die beschwerdeführende Person sehr viel persönlichen Hass und Abwertung erfahren. Diese diskriminierenden Erfahrungen haben weitreichende Konsequenzen, was sich exemplarisch daran zeigt, dass die beschwerdeführende Person trotz Verbeamtung ihre Universitätsprofessur aufgab und sich aus dem öffentlichen Leben zurückzog.

### **B.II.2.b.bb. (3) Notwendigkeit der nachträglichen Korrektur des ursprünglichen Geschlechtseintrages**

Nicht nur im ursprünglich falschen Geschlechtseintrag, sondern auch in der Notwendigkeit, diesen wegen der Eintragung im Zeitpunkt der Geburt im Nachhinein korrigieren oder streichen zu müssen, liegt eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts. Die Betroffenen müssen ein besonderes rechtliches Verfahren zur Berichtigung oder Streichung durchlaufen, das seinerseits mit der Erfahrung von Stigmatisierung und Abwertung einhergehen kann, wie es die beschwerdeführende Person erlebt hat, die seit 2014 rechtlich um die Streichung des Geschlechtseintrages streitet. Die Betroffenen sehen sich massiven Rechtfertigungserwartungen durch die konkrete rechtliche Ausgestaltung dieser Verfahren ausgesetzt.

Um in ihrem geschlechtlichen Sosein anerkannt zu werden, muss staatlichen Stellen und vermeintlich sachkundigen Dritten Auskunft über intimes Empfinden gegeben werden. Nur dann kann der bei Geburt ohne eigenes Zutun festgelegte Geschlechtseintrag geändert oder gestrichen werden.

Der gesetzliche Zwang, kurz nach der Geburt ein Geschlecht einzutragen, bringt eine Hierarchisierung von vermeintlich normalen und anomalen Geschlechtsidentitäten zum Ausdruck. Menschen, die sich einem anderen oder keinem Geschlecht zuordnen als bei Geburt eingetragen, müssen großen Aufwand betreiben, um das bei Geburt eingetragene Geschlecht im Nachhinein zu berichtigen. Damit werden sie allein wegen ihres Geschlechts von der Rechtsordnung als 'anders' behandelt und im Sinne von 'nicht normal' abgewertet (vgl. auch von Roetteken, GiP 3/2019, 23 [25 ff.], **Anlage 40**). Dies zeigt sich schon an der Überschrift des § 22 PStG („Fehlende Angaben“) und dem Langtitel des TSG (Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit *in besonderen Fällen*).

### **B.II.2.b.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Das Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wird schrankenlos gewährleistet. Es kommt daher nur eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht (BVerfGE 114, 357 [364]; Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 432; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG, 14. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 61; zu verfassungsimmanenten Grenzen vgl. Nußberger, in: Sachs, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 254; Sodan, in: Sodan, GG, 4. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 24; BVerfGE 92, 91 [109]).

Zur Rechtfertigung wird regelmäßig auf die Zuordnung von Rechten und Pflichten verwiesen, die an das personenstandsrechtliche Geschlecht anknüpfen. Solche staatlichen Zuordnungsinteressen können angesichts des strengen verfassungsrechtlichen Maßstabes für

Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts die Benachteiligung von Personen, die sich weder dem weiblichen noch männlichen Geschlecht zuordnen, durch die zwangsweise Eintragung des Geschlechts bei Geburt jedoch nicht rechtfertigen.

Wie bereits ausgeführt (s.o. B.II.2.a.cc. (1)), ist kein Interesse von Verfassungsrang ersichtlich, Neugeborene allein aufgrund körperlicher Merkmale bei Geburt zwangsweise in ein Geschlecht einzutragen. Soweit rechtliche Ordnungsinteressen des Staates angeführt werden – falls sie überhaupt als Verfassungsgut anerkannt werden sollten –, vermögen diese jedenfalls nicht den Geschlechtseintrag für Neugeborene und Kinder zu rechtfertigen, weil die angeführten Rechtsnormen auf diese noch gar nicht anwendbar sind. Für die diskriminierende Eintragungspflicht bei Geburt gibt es folglich keine verfassungsrechtliche Rechtfertigung.

Auch die gesetzlich zum Ausdruck gebrachte Hierarchisierung kann verfassungsrechtlich nicht mit Ordnungsinteressen gerechtfertigt werden. Die mit den verschiedenen Rechtsregimen einhergehende Verschiedenwertigkeit von als 'normal' vorausgesetzten zutreffend eingetragenen Geschlechtern einerseits und 'abweichenden' unzutreffend eingetragenen Geschlechtern andererseits wäre jedoch nicht mehr zu konstatieren, wenn das Geschlecht freiwillig eingetragen und verändert werden könnte. Nur dann müssten alle Geschlechter in gleicher Weise ein Eintragungsverfahren durchlaufen und nur dann bestünde zwanglos die Möglichkeit, das Geschlecht bei Geburt nicht einzutragen und es der betroffenen Person selbst zu überlassen, das Geschlecht im Kindes-, Jugend- oder Erwachsenenalter zu registrieren.

Der Eintragungszwang für das Geschlecht nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG ist jedenfalls in der ersten Woche nach der Geburt bis zu einem Alter, in dem das Individuum selbst über die eigene Geschlechtlichkeit bestimmen kann, nicht erforderlich und nicht verhältnismäßig.

### **B.II.3. Grundrechtsverletzung durch einengende Auslegung von § 45b Abs. 1 PStG**

Der Bundesgerichtshof hat verkannt, dass durch seine Auslegung des Begriffs 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in § 45b Abs. 1 PStG die beschwerdeführende Person in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG verletzt wird. Der Bundesgerichtshof nimmt an, der Anwendungsbereich des § 45b PStG sei auf Personen mit bestimmten körperlichen Anlagen beschränkt und erstrecke sich daher nicht auf die beschwerdeführende Person (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 12 i.V.m. Rn. 15f., **Anlage 7**). Mit dieser Auslegung verletzt der Bundesgerichtshof die Grundrechte der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (B.II.3.a.) sowie Art. 3 Abs. 3 GG (B.II.3.b.).

### **B.II.3.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG**

#### **B.II.3.a.aa. Eröffnung des Schutzbereiches**

Als natürliche Person ist die beschwerdeführende Person Trägerin des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

Der sachliche Schutzbereich ist eröffnet. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt wie ausgeführt (vgl. B.II.2.a.aa) das 'Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität' (BVerfGE 121, 175 [191]; 128, 109 [124]: „selbstempfundene geschlechtliche Identität“).

Wenn der Staat eine rechtlich verbindliche geschlechtliche Zuordnung verlangt, dann aber das selbst empfundene Geschlecht nicht anerkennt, ist dieses Recht betroffen (BVerfGE 147, 1 [22]).

Zur Anerkennung ihrer individuellen geschlechtlichen Identität hat die beschwerdeführende Person die Streichung ihres Geschlechtseintrages im Geburtenregister beantragt. Aufgrund dessen ist – insoweit übereinstimmend mit dem angegriffenen Beschluss des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 29, **Anlage 7**) – der sachliche Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG eröffnet.

#### **B.II.3.a.bb. Eingriff**

Die enge Auslegung des Begriffs 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' durch den Bundesgerichtshof stellt einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person dar.

Der Bundesgerichtshof versteht unter 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' eine „Intersexualität in körperlicher Hinsicht“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 15 f., **Anlage 7**), lässt allerdings sein genaues Begriffsverständnis offen. So nimmt der Bundesgerichtshof Bezug sowohl auf die Definition der Chicago Konsensuskonferenz 2005 (dazu Hughes/Houk/Ahmed/Lee, Consensus Statement on Management of Intersex Disorders, Arch Dis Child, 2006, 91(7), S. 554, **Anlage 42**) als auch auf die Definition der Bundesärztekammer in ihrer Stellungnahme vom 30.01.2015 (Bundesärztekammer, Dtsch Arztebl 2015, 112(13), S. 1-12, **Anlage 43**). Während nach der Konsensuskonferenz 'disorders of sex development' eine Inkongruenz von Geschlechtschromosomen, Genital oder Gonaden meint, sieht die Bundesärztekammer zusätzlich auch eine hormonale Inkongruenz erfasst. Jedenfalls seien, so der Bundesgerichtshof, nur Personen erfasst, bei denen aufgrund körperlicher Anlagen keine eindeutige Zuordnung zu einem Geschlecht erfolgen könne (BGH,

Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 19, **Anlage 7**). Das Personenstandsrecht in seiner Gesamtheit, so der Bundesgerichtshof, knüpfe an das „biologische Geschlecht“ an (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 25, **Anlage 7**).

Die beschwerdeführende Person, die der Bundesgerichtshof ohne weitere Begründung oder konkrete Anhaltspunkte außer dem Geburtseintrag als „nach ihren körperlichen Merkmalen dem weiblichen Geschlechts zuzuordnende“ Person beschreibt, sei vom Anwendungsbereich des §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG ausgeschlossen (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 12, **Anlage 7**). Der Bundesgerichtshof verweigert deswegen der beschwerdeführenden Person die Streichung ihres Geschlechtseintrages auf Grundlage von § 45b PStG. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs müsste die beschwerdeführende Person Angaben zu ihrer körperlichen Disposition machen, um die begehrte Streichung des Geschlechtseintrages zu erreichen.

Die beschwerdeführende Person müsste ärztliche Untersuchungen und die dafür nötigen Eingriffe erdulden, die womöglich gar invasiven Charakter haben, obgleich gesundheitlich keinerlei Anlass dafür besteht.

Die Anerkennung der geschlechtlichen Identität wird damit von weit in die Intimsphäre des Individuums hineinreichenden Voraussetzungen abhängig gemacht. Die restriktive Auslegung des § 45b PStG durch den Bundesgerichtshof führt deswegen zu einem Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht.

### **B.II.3.a.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Der Eingriff kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

Anders als der Bundesgerichtshof annimmt, ist eine weite Auslegung des § 45b PStG keineswegs aus Gründen der Gewaltenteilung ausgeschlossen. Eine solch weite Auslegung wahrt das Grundrecht der beschwerdeführenden Person auf Anerkennung ihrer selbstbestimmten geschlechtlichen Identität unabhängig von bestimmten körperlichen Anlagen. Eine solche weite Auslegung des § 45b PStG ist wegen der Grundrechtsbindung des Bundesgerichtshof nach Art. 1 Abs. 3 GG geboten und nicht etwa durch den Grundsatz der Gewaltenteilung ausgeschlossen.

### **B.II.3.a.cc. (1) Legitimes Ziel**

Die vom Bundesgerichtshof vorgenommene Auslegung des Begriffs 'Variante der Geschlechtsentwicklung' soll der Wahrung des Gewaltenteilungsgrundsatzes gemäß Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG und der Bindung der Gerichte an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG dienen. Die richterliche Rechtsfindung dürfe „das gesetzgeberische Ziel der Norm in einem wesentlichen Punkten [nicht] verfehlen oder verfälschen oder an die Stelle der Regelungs-

konzeption des Gesetzgebers gar eine eigene treten lassen.“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 17, **Anlage 7**). Damit verfolgt die Auslegung durch den Bundesgerichtshof ein legitimes Ziel.

### **B.II.3.a.cc. (2) Geeignetheit**

Die Auslegung des Bundesgerichtshofs ist zur Förderung des legitimen Ziels jedoch nur insoweit geeignet, als sie den gesetzgeberischen Willen auch tatsächlich widerspiegelt. Der Gesetzgeber wollte mit dem „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“ (BGBl. 2018 I, S. 2635) ausweislich der Gesetzesbegründung im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) eine verfassungskonforme Gesetzeslage herstellen. Diesem Ziel widerspricht die vom Bundesgerichtshof vertretene enge Auslegung des § 45b PStG.

### **B.II.3.a.cc. (3) Erforderlichkeit**

Die vom Bundesgerichtshof vorgenommene enge Auslegung des Begriffs der 'Variante der Geschlechtsentwicklung' ist nicht das mildeste zur Verfügung stehende Mittel, um den Gewaltenteilungsgrundsatz zu wahren. Diese Auslegung ist daher nicht erforderlich. Der Begriff 'Variante der Geschlechtsentwicklung' lässt unter Beachtung des objektivierten gesetzgeberischen Willens eine andere Auslegung zu, welche die verfassungsrechtlich geschützte geschlechtliche Identität wahrt.

Der Erfassung des objektivierten gesetzgeberischen Willens dienen, wie der Bundesgerichtshof im Ausgangspunkt zutreffend ausführt, „die anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung aus dem Wortlaut der Norm, der Systematik, ihrem Sinn und Zweck sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 17, **Anlage 7**). Keine der Auslegungsmethoden genießt dabei einen unbedingten Vorrang vor den anderen (ebd.).

### **B.II.3.a.cc. (3) (a) Wortlaut**

Entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshof bezieht sich der Wortlaut des § 45b Abs. 1 PStG nicht eindeutig auf die körperlichen Anlagen einer Person. Die Norm selbst enthält keine Definition des Begriffs 'Varianten der Geschlechtsentwicklung'. Deswegen ist zunächst eine alltagssprachliche Bedeutung zugrunde zu legen. Laut Definition des Dudens ist eine 'Variante' eine „leicht veränderte Art, Form von etwas; Abwandlung, Abart, Spielart“ (Duden online, Lemma „Variante“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Variante> [03.06.2020]). Das alltagssprachliche Begriffsverständnis legt also nahe, dass es eine normale Geschlechtsentwicklung und daneben Abwandlungen dieser als normal angesehenen Entwick-

lung gibt. Die Formulierung im Gesetz lässt jedoch keinen Rückschluss darauf zu, was genau eine 'Variante' ist. Ebenso wenig expliziert der Begriff der 'Geschlechtsentwicklung', was mit Geschlecht gemeint ist. Alltagssprachlich umfasst 'Geschlecht' alle Facetten, also sowohl körperliche Konstituenten als auch die Geschlechtsidentität und soziale Geschlechternormen. Dementsprechend liegt alltagssprachlich nahe, 'Variante der Geschlechtsentwicklung' als alle Teilbereiche erfassend zu verstehen und nicht etwa nur auf eine biologische Teilfrage bezogen.

Entgegen den Darlegungen des Bundesgerichtshofs ergibt sich ein eindeutig auf körperliche Aspekte beschränktes Begriffsverständnis auch nicht aus der Verwendung des Begriffs in der wissenschaftlichen Fachdiskussion. Innerhalb Medizin, Biologie und Psychiatrie ist der Begriff 'Variante der Geschlechtsentwicklung' umstritten.

### **B.II.3.a.cc. (3) (a) (aa) Medizinische Verständnisse von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung'**

In der medizinischen Fachdiskussion werden mehrere divergierende Definitionen von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' vertreten. 2005 wurde im Rahmen der sogenannten Konsensuskonferenz in Chicago, auf der 50 internationale Fachleute über den Umgang mit Intergeschlechtlichkeit debattierten, erstmals die Bezeichnung „disorder of sexual development“ (DSD) eingeführt. Diese wurde definiert als „congenital conditions in which development of chromosomal, gonadal, or anatomical sex is atypical“ (Hughes/Houk/Ahmed/Lee, Consensus Statement on Management of Intersex Disorders, Arch Dis Child, 2006, 91(7), S. 554, **Anlage 42**). Kritik an der pathologischen Konnotation des Begriffs der 'disorder' hat dazu geführt, dass inzwischen auch von 'Varianten' (varieties) oder 'Differenzen' (differences) der Geschlechtsentwicklung gesprochen wird (vgl. beispielsweise Diamond/Beh, Changes in the management of children with intersex conditions, Nature Clinical Practice Endocrinology & Metabolism, 2008, 4(1), S. 5, **Anlage 44**).

Der Begriff und die Definition der Chicagoer Konsensuskonferenz wurden im deutschen Diskurs durch den Deutschen Ethikrat in seiner Stellungnahme zu Intersexualität 2012 aufgegriffen und dabei verändert (BT-Drucks. 17/9088). Neben einer Begriffsabweichung von 'disorders of sexual development' zu 'differences of sexual development' betont der Deutsche Ethikrat, dass sich seine Stellungnahme nur auf solche Formen von DSD beziehe, die die eindeutige Zuordnung zu einem männlichen oder weiblichen Geschlecht in Frage stellen. Die Stellungnahme betreffe daher z.B. nicht das Turner-Syndrom – um das es in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur sogenannten Dritten Option (BVerfGE 147, 1 [3]) ging – oder das Klinefelter-Syndrom als Formen von DSD, weil hier zwar eine Besonderheit hinsichtlich der Geschlechtschromosomen, aber körperlich ansonsten keine zwischengeschlechtlichen Merkmale vorliegen (BT-Drucks. 17/9088, S. 5).

In den deutschen medizinischen Fachdiskurs wurde der Begriff 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' schließlich am 30.01.2015 durch eine Stellungnahme der Bundesärztekammer zur „Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorders of Sex Development, DSD)“ eingeführt (Bundesärztekammer, Dtsch Arztebl 2015, 112(13), S. 1 ff., **Anlage 42**). Die Bundesärztekammer definiert 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' wie folgt:

„Varianten der Geschlechtsentwicklung stellen eine heterogene Gruppe von Abweichungen der Geschlechtsdeterminierung oder -differenzierung dar. [...] Unter Varianten der Geschlechtsentwicklung werden angeborene Variationen der genetischen, hormonalen, gonadalen und genitalen Anlagen eines Menschen mit der Folge verstanden, dass das Geschlecht einer Person nicht mehr eindeutig den biologischen Kategorien 'männlich' oder 'weiblich' entspricht. Eine Gleichsetzung [...] mit Fehlbildung oder Krankheit ist nicht angemessen“ (Bundesärztekammer, Dtsch Arztebl 2015, 112(13), S. 2, **Anlage 42**).

Dieses Begriffsverständnis erfasst damit auch hormonale Varianten und ist insofern nicht deckungsgleich mit der Definition der Konsensuskonferenz, wie auch der Bundesgerichtshof erkannt hat (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 19, **Anlage 7**).

Der Begriff 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' ist allerdings auch darüber hinaus anders als vom Bundesgerichtshof angenommen in der Medizin mitnichten eindeutig. Die Auseinandersetzung mit diesen divergierenden Begriffsbestimmungen und ihren Konsequenzen für den nach § 45b PStG berechtigten Personenkreis kann nicht einfach mit der Behauptung umgangen werden, wie der Bundesgerichtshof annimmt (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 19, **Anlage 7**), dass die medizinische Wissenschaft allein an körperliche Anlagen anknüpfe. Biologische Aspekte wie chromosomale, gonadale, hormonelle und somatische Ausprägungen sind vielmehr nur Teilelemente des komplexen Geschlechtsverständnisses in der medizinisch-biologischen Forschung. Hinzutreten psychische sowie sozio-kulturelle Aspekte (Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 267. Aufl. 2017, Lemma „Geschlecht; vgl. auch BVerfGE 147, 1 [Rn. 9] m.w.N.).

Über den Entstehungsprozess von Geschlecht besteht in Medizin und Biologie keine Einigkeit. Vielmehr werden immer neue Faktoren entdeckt. So wird inzwischen auch das zelluläre Geschlecht, also die geschlechtliche Bedeutung der Zellebene erforscht (Ainsworth, Sex Redefined, Nature 2015 (518), S. 289 [290] – **Anlage 45**). Ein eindeutiges biologisches Kriterium, das alle anderen überlagert und ein biologisch definiertes Geschlecht, die Geschlechter 'männlich' und 'weiblich' und in Abgrenzung zu diesen weitere Varianten bestimmen könnte, wurde bislang nicht identifiziert (Ainsworth, Sex Redefined, Nature 2015 (518), S. 289 [290] - **Anlage 45**).

Im Bewusstsein dieser Komplexität wird im medizinisch-biologischen Diskurs zunehmend auf die Relevanz der geschlechtlichen Selbsteinordnung des Individuums für die Bestimmung des Geschlechts hingewiesen. So betont die Bundesärztekammer in ihrer Stellungnahme von 2015 den Zusammenhang der Geschlechtsbestimmung mit der personalen Identität (Bundesärztekammer, Dtsch Arztebl 2015, 112(13), S. 1, **Anlage 42**). Auch die S2k-Leitlinie 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' der Deutschen Gesellschaft für Urologie, der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie und der Deutschen Gesellschaft für Kinderendokrinologie und -diabetologie von Juli 2016 unterstreicht als Therapieziel die Begleitung der je individuellen Entwicklung (AWMF-Register Nr. 174/001, **Anlage 46**). In diesem Sinne ist das medizinische Begriffsverständnis von Geschlecht inzwischen auch geprägt von der Selbstzuordnung einer Person und ihrer individuellen Entwicklung.

### **B.II.3.a.cc. (3) (a) (bb) Bestimmtheitsgrundsatz: Keine Delegation von gesetzlichen Definitionen an die Medizin**

Die Auslegung von rechtlichen Normen obliegt nach den Grundsätzen der Gewaltenteilung den Gerichten, die dabei die Grundrechte berücksichtigen müssen (Art. 1 Abs. 3 GG). Vor diesem Hintergrund kann die Begriffsdefinition in einer Fachwissenschaft allenfalls ein Anhaltspunkt oder Ausgangspunkt für eine spezifisch rechtliche Auslegung sein, die den Grundrechten der Betroffenen angemessen Rechnung trägt.

Der Bundesgerichtshof hat in der angegriffenen Entscheidung versucht, als kleinsten gemeinsamen Nenner eine medizinische Definition herauszuarbeiten. Allerdings kann die klare Definition des Personenkreises, der das Verfahren nach § 45b PStG beschreiten darf, aus Gründen der Gewaltenteilung nicht an den medizinischen Diskurs delegiert werden. Das ist schon deshalb unmöglich, weil über die Definition von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in der medizinischen Fachwelt ebenso wenig Einigkeit besteht wie bezüglich der Frage, welche physischen, psychischen und sozialen Prozesse mit welchem Gewicht zur Herausbildung spezifischer Geschlechtsidentitäten bei einer konkreten Person beitragen.

Es ist bei einer grundrechtsausgestaltenden Norm wie § 45b PStG nicht hinnehmbar, dass die Definition des Anwendungsbereiches auf einen unklaren medizinischen Diskurs verlagert wird. Das ist mit dem Bestimmtheitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 GG) nicht vereinbar. Denn eine eingreifende Norm darf „nicht so unbestimmt sein, daß das Verbot einer Betätigung praktisch in das unüberprüfbare Ermessen der Verwaltung gestellt wird“ (BVerfGE 80, 137 [161] unter Verweis auf BVerfGE 6, 32 [42f.]). Wenn freilich noch nicht einmal ärztliche Fachpersonen klare Kriterien zur Hand haben, anhand derer die medizinische Kategorisierung von Menschen in Geschlechter erfolgen kann, so gilt dies in noch stärkerem Maße für Standesämter, die regelmäßig keine medizinische Expertise haben. Auch die Rechtsunterworfenen müssten sich gegebenenfalls intensiv mit den medizinwissenschaftlichen Fachdebatten und Definitionsproblemen auseinandersetzen und unter Umständen aufwendige medizinische Untersuchungen zur Feststellung einer Variante der Geschlechtsentwicklung

vornehmen lassen, und wären in letzter Instanz davon abhängig, welche konkrete Definition die jeweiligen ärztlichen Fachpersonen bevorzugen.

### **B.II.3.a.cc. (3) (a) (cc) Mehrere Auslegungsmöglichkeiten**

Der Wortlaut lässt mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu.

Der Bundesgerichtshof vertritt eine sehr enge Auffassung, derzufolge unter den Begriff 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' nur Personen mit körperlichen Eigenschaften zu fassen seien, die keine klare Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht zuließen. Wie gesehen, wird aber selbst im medizinischen Diskurs ein Begriffsverständnis vertreten, dass die Geschlechtsidentität der einzelnen Personen stärker mitberücksichtigt.

Das enge Wortlautverständnis des Bundesgerichtshof ist deswegen keineswegs zwingend. Vielmehr kann der Wortlaut des § 45b PStG grundrechtsschonend weiter verstanden werden.

### **B.II.3.a.cc. (3) (b) Gesetzgebungshistorie**

Die nach dem Wortlaut möglichen Auslegungen werden nicht durch die Gesetzgebungshistorie derart beschränkt, dass allein die restriktive Auslegung des Bundesgerichtshof zwingend wäre.

Für die Begriffsklärung verweisen die Gesetzgebungsmaterialien (BT-Drucks. 19/4669, S. 7) auf das Verständnis von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' der Konsensuskonferenz 2005. Diese Begriffsherleitung legt zunächst den Schluss nahe, dass die Gesetzgebung körperliche Anlagen für maßgeblich erklären wollte. Zudem wurden im Gesetzgebungsprozess nach der Sachverständigenanhörung alternative Regelungsvorschläge, die explizit auch Geschlechtsidentitäten losgelöst von einer bestimmten Körperlichkeit erfasst hätten, abgelehnt (BT-Drucks. 19/6467, S. 7 ff.). Allerdings wurde auch der Vorschlag abgelehnt, den Begriff 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' durch den eindeutigeren Begriff 'inter' zu ersetzen (BT-Drucks. 19/6467, S. 6f.). Die enge Interpretation des Bundesgerichtshof ergibt sich daher keinesfalls zwingend aus dem Gesetzgebungsprozess.

Darüber hinaus betonen die Gesetzgebungsmaterialien die psycho-soziale Komponente. Bei der Begründung der Altersgrenze spricht die Begründung vom „höchstpersönliche[n] Charakter der Entscheidung über die Geschlechtsidentität“ (BT-Drucks. 19/4669, S. 11). Ab der eingeführten Altersgrenze von 14 Jahren konstatiert die Begründung grundsätzlich die „Entscheidungsfähigkeit über die eigene Geschlechtsidentität“ (BT-Drucks. 19/4669, S. 11).

Die Herausbildung der eigenen Geschlechtsidentität schildert die Gesetzesbegründung als „Prozess“ (BT-Drucks. 19/4669, S. 11). Die Höchstpersönlichkeit der geschlechtlichen Zuordnung wird wie folgt dargelegt:

„Zu diesem Zeitpunkt kann das Neugeborene eine eigene Geschlechtsidentität nicht kommunizieren. Die bei Geburt getroffene Geschlechtseinordnung muss daher ab einem Zeitpunkt, zu dem die betroffene Person zur Entwicklung einer eigenen Geschlechtsidentität in der Lage ist, abänderbar sein“ (BT-Drucks. 19/4669, S. 10).

Hier erscheint das Geschlecht nicht als von außen feststellbar, sondern als individueller und höchstpersönlicher Entwicklungsprozess. Die Gesetzgebungsmaterialien lassen also keinen so eindeutigen Schluss zu, wie der Bundesgerichtshof annimmt. Die Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren können entweder als ein multidimensionales Verständnis von Geschlecht gedeutet werden oder als zwei konfligierende Geschlechtsverständnisse, wobei an einigen Stellen Geschlecht im Sinne eines individuellen Entwicklungsprozesses gedeutet wird und in anderen Passagen auf einen somatischen Zustand Bezug genommen wird. Festhalten lässt sich, dass die Gesetzgebungsmaterialien keinen eindeutigen Schluss zulassen, wie Geschlecht und 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' zu verstehen sind.

### **B.II.3.a.cc. (3) (c) Systematik**

Schließlich ist die enge Auslegung des Bundesgerichtshof auch nicht aus systematischen Gründen zwingend. Die Annahme, das Personenstandsrecht knüpfe in seiner Gesamtheit an das biologische Geschlecht an, verstanden als bloße Körperlichkeit (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 25, **Anlage 7**), verkennt die aktuelle Rechtslage.

Seit 1978 hat das Bundesverfassungsgericht immer wieder darauf verwiesen, dass das Personenstandsrecht die individuelle geschlechtliche Identität einer Person anerkennen muss und insofern nicht ausschließlich an körperliche Anlagen anknüpfen darf (vgl. BVerfGE 49, 286 [298]; BVerfG, Kammerbeschluss vom 15.08.1996 – 2 BvR 1833/95 –, NJW 1997, S. 1632 [1633]; BVerfGE 116, 243 [264]; 121, 175 [190 f.]; 128, 109 [124]; 147, 1 [20]). Um eine entsprechende Änderung des Geschlechtseintrages zu ermöglichen, hat die Gesetzgebung 1980 das TSG erlassen. Seit 2011 ist die Änderung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem TSG nicht mehr an die Fortpflanzungsunfähigkeit und eine operative Veränderung des Körpers geknüpft (BVerfGE 128, 109). Aspekte wie Reproduktionsfähigkeit und Genitalien, die häufig für die biologische Geschlechtsklassifikation herangezogen werden, sind insofern gegenüber der individuellen geschlechtlichen Identität inzwischen ohne Relevanz.

Eine weitere Modifikation des Grundsatzes, dass das Geschlecht basierend auf den nach der Geburt festgestellten körperlichen Merkmalen einzutragen ist, enthält seit dem 22.12.2018 § 22 Abs. 3 PStG. Ab dem 01.11.2013 sah § 22 Abs. 3 PStG zunächst zwingend

vor, den registerrechtlichen Geschlechtseintrag offen zu lassen, wenn ein Kind weder dem männlich noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Durch das Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben (BGBl. 2018 I, S. 2635) wurde § 22 Abs. 3 PStG von einer Muss- zu einer Kann-Regelung geändert. Seitdem muss der Geschlechtseintrag nicht mehr zwangsläufig offengelassen werden, wenn ein Kind insbesondere aufgrund der äußeren Wahrnehmung bei der Geburt weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Stattdessen besteht auch in solchen Fällen die Wahlmöglichkeit zwischen einem 'weiblichen', 'männlichen' und 'diversen' Geschlechtseintrag und der Eintragung ohne Geschlechtsangabe.

Die personenstandsrechtliche Geschlechtsangabe knüpft durch die geschaffene Wahlmöglichkeit, welche explizit auch den weiblichen und männlichen Geschlechtseintrag umfasst, nicht mehr unmittelbar an einen körperlichen Zustand an. Zudem sollte die Einführung des § 45b PStG ausweislich der Begründungen im Gesetzesentwurf zumindest auch dazu dienen, der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität Ausdruck zu verleihen (BT-Drucks. 19/6467, S. 1).

Selbst bei einer Auslegung des § 45b PStG im Sinne des Bundesgerichtshof verknüpft dieser nicht zwingend einen bestimmten körperlichen Zustand mit dem Personenstandseintrag. Denn wenn eine Variante der Geschlechtsentwicklung im Sinne des Bundesgerichtshof vorliegt, dann kann gemäß § 45b Abs. 1 PStG beispielsweise auch eine Änderung des Eintrags von 'divers' in 'männlich' erfolgen.

Insofern ist nach dem gesetzgeberischen Willen nicht mehr davon auszugehen, dass das Personenstandsrecht in seiner Gesamtheit an ein biologisches Geschlecht anknüpfte.

Schließlich geht der Bundesgerichtshof davon aus, dass ein enges Verständnis des § 45b PStG aus gesetzessystematischen Erwägungen mit Blick auf das TSG geboten sei (BGH, Beschluss vom 22.04.2020, – XII ZB 383/19 –, Rn. 24, **Anlage 7**). Werde ein weites Verständnis von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' zugrundegelegt, das auch die beschwerdeführende Person erfasse, so verbliebe kaum Anwendungsspielraum für das TSG.

Dabei verkennt der Bundesgerichtshof jedoch, dass die Situation der beschwerdeführenden Person im TSG gar nicht geregelt wird, das im Unterschied zu § 45b PStG gerade keine Streichung des Geschlechtseintrages vorsieht. Zudem ist das TSG aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits jetzt in weiten Teilen obsolet und gleicht einer Gesetzesruine (Jäschke, NZFam 2019, S. 895 [895] m.w.N.; Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [233] **Anlage 30**; Sieberichs, FamRZ 2019, S. 329 [332]). So hat auch die Bundesregierung durch einen im Mai 2019 vorgelegten Referentenentwurf zu erkennen gegeben, dass an den im TSG getroffenen Regelungen nicht festgehalten werden soll (BMJV/BMI, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neurege-

lung der Änderung des Geschlechtseintrages, Mai 2019, S. 1 – **Anlage 47**; einen ins Stocken geratenen Änderungswillen diagnostizieren Gössl/Dannecker/Schulz, NZFam 2020, S. 145 [147]). Insofern ist das TSG aus legislativer Sicht bereits zum jetzigen Zeitpunkt veraltet.

Zudem verkennt der Bundesgerichtshof, dass eine systematische Auslegung des Anwendungsbereichs des PStG im Verhältnis zum TSG jedenfalls nicht darüber hinweghelfen kann, dass die mit dem Verweis verbundene Geschlechtsdiskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG nicht gerechtfertigt ist.

Aus diesen Gründen besteht kein regelungssystematischer Grund, aus der Existenz des TSG auf die Notwendigkeit einer einschränkenden Auslegung des § 45b PStG zu schließen. Ebenso wenig besteht Raum für eine analoge Anwendung des TSG (dazu sogleich B.II.5.).

### **B.II.3.a.cc. (3) (d)Teleologische Auslegung: Verfassungsakzessorietät**

Wie auch vom Bundesgerichtshof festgestellt (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 22, **Anlage 7**), diene die Einführung des § 45b PStG der Umsetzung des Bundesverfassungsgerichtsbeschluss vom 10.10.2017 (BT-Drucks. 19/6467, S. 1). Der Bundesgerichtshof führt aus, dass die Gesetzgebung sich aufgrund des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts allein gehalten gesehen habe, „eine zusätzliche Eintragungsmöglichkeit für Personen mit 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' zu schaffen“ und dass sie diesen Personenkreis deckungsgleich mit der Definition der Konsensuskonferenz 2005 in Chicago verstanden hätte (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 22, **Anlage 7**). Der Bundesgerichtshof reduziert damit den an die Gesetzgebung erteilten Auftrag allein auf die Schaffung einer zusätzlichen Eintragungsmöglichkeit für Personen, bei denen eine entsprechende medizinische Diagnose gestellt wurde.

Damit verkennt der Bundesgerichtshof den Gehalt der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

In der mit § 45b PStG teilweise umgesetzten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 wird primär das eigene geschlechtliche Empfinden der Person jenseits von männlich und weiblich als grundrechtlicher Ausgangspunkt gewählt (BVerfGE 147, 1 [21]). Obwohl das Bundesverfassungsgericht den Begriff der 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in dieser Entscheidung heranzieht, spielen die körperlichen Anlagen der beschwerdeführenden Person darin eine untergeordnete Rolle. Stattdessen betont das Bundesverfassungsgericht die Selbstzuordnung des Individuums, das sein geschlechtliches Selbstverständnis nicht innerhalb der Zweigeschlechterordnung artikuliert (BVerfGE 147, 1 [20 ff., 25], Rn. 42, 43, 47, 48, 51, 52).

In diesem Sinne hat das Oberlandesgericht Düsseldorf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) so verstanden, dass dem Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen unabhängig von körperlichen Merkmalen Rechnung zu tragen sei (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.07.2019 – I-25 Wx 76/17 –, FamRZ 2019, S. 1663 [1664]).

Schließlich verdeutlicht die langjährige Rechtsprechungsgeschichte zu Transgeschlechtlichkeit das verfassungsrechtliche Gebot, die selbstbestimmte geschlechtliche Identität zu achten und rechtlich anzuerkennen (vgl. z.B. BVerfG, Kammerbeschluss vom 15.08.1996 – 2 BvR 1833/95 –, NJW 1997, S. 1632 [1633]; BVerfGE 121, 175 [192]; 128, 109 [124]). Das Bundesverfassungsgericht hat als wissenschaftlich gesichert anerkannt,

„dass die Zugehörigkeit eines Menschen zu einem Geschlecht nicht allein nach den äußerlichen Geschlechtsmerkmalen im Zeitpunkt seiner Geburt bestimmt werden kann, sondern sie wesentlich auch von seiner psychischen Konstitution und selbstempfundener Geschlechtlichkeit abhängt“ (BVerfGE 115, 1 [15]; BVerfGE 128, 109 [124]).

Konsequent wird nicht länger ein operativer Eingriff zur deutlichen Annäherung an das als normal angenommene Erscheinungsbild des Geschlechts für eine Personenstandsänderung vorausgesetzt (BVerfGE 128, 109). Die gesetzlich in § 9 Abs. 3 i.V.m. § 6 Abs. 1 TSG eröffnete Möglichkeit, ohne erneute genitalverändernde Operationen die Änderung des Geschlechtseintrages wieder rückgängig zu machen, bewirkte bereits vor 2011 ein Auseinanderfallen von personenstandsrechtlich eingetragendem Geschlecht und der körperlichen Verfassung, wie auch das Bundesverfassungsgericht konstatiert hat (BVerfGE 128, 109 [133]). Als Nachweis für die Dauerhaftigkeit und die Irreversibilität des tatsächlichen Geschlechts ist nicht das genitale Erscheinungsbild entscheidend, sondern wie eine transgeschlechtliche Person ihr (empfundenes) Geschlecht lebt und sich in ihm angekommen fühlt (BVerfGE 128, 109 [132]). Das verfassungsrechtliche Verständnis von Geschlecht ist somit nicht mehr an eine bestimmte Körperlichkeit gekoppelt.

Im Lichte der Bedeutung der geschlechtlichen Identität als „regelmäßig konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit“ gebietet eine am Zweck der Norm orientierte Auslegung der 'Varianten der Geschlechtsentwicklung', der selbstempfundener Geschlechtlichkeit gegenüber körperlichen Aspekten eine vorrangige Bedeutung einzuräumen (vgl. Bruns, StAZ 2019, S. 97 [99 f.]; Gössl, FF 2019, S. 298 [303]; Gössl/Dannecker/Schulz, NZFam, S. 145 [147]; Jäschke, NZFam 2019, S. 895 [898]; Mangold/Markwald/Röhner, Rechtsgutachten zum Verständnis von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in § 45b Personenstandsgesetz, 2019, S. 9, **Anlage 33**).

### **B.II.3.a.cc. (4) Angemessenheit: Verfassungskonforme Auslegung möglich**

Die restriktive Auslegung des Bundesgerichtshof ist kein verhältnismäßiges Mittel, um den verfolgten Zweck – Achtung der Gewaltenteilung – zu erreichen. Sie ist nicht verhältnismäßig. Der Eingriff kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

Das vom Bundesgerichtshof vertretene enge Verständnis des Begriffs 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' ist nicht die einzige mit dem objektivierten Willen der Gesetzgebung vereinbare Auslegung von § 45b PStG. Eine verfassungskonforme Interpretation ist möglich, ohne die durch Art. 20 Abs. 2 GG und Art. 20 Abs. 3 GG gesetzten Grenzen zu überschreiten. Aufgrund der Grundrechtsbindung der Rechtsprechung nach Art. 1 Abs. 3 GG ist diese Auslegung sogar geboten.

Eine verfassungskonforme Auslegung des § 45b PStG stellt in Einklang mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ohne Bezug auf bestimmte körperliche Anlagen die geschlechtliche Identität der beschwerdeführenden Person ins Zentrum. Ein Verständnis von 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' unter Anerkennung eines geschlechtlichen Spektrums an biologischen, psychischen und sozio-kulturellen Ausprägungen achtet die selbstbestimmte geschlechtliche Identität der beschwerdeführenden Person. Als Person, deren Geschlecht sich jenseits der Kategorien von männlich, weiblich oder einem Eintrag als 'divers' befindet, wird die beschwerdeführende Person von dieser weiten Auslegung des § 45b Abs. 1 PStG erfasst. Dadurch erlangt die beschwerdeführende Person Zugang zur Streichung des Geschlechtseintrages im Personenregister, die für die Anerkennung der geschlechtlichen Identität erforderlich ist.

### **B.II.3.b. Benachteiligung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch enge Auslegung des § 45b PStG**

Indem der Bundesgerichtshof das Tatbestandsmerkmal 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in § 45b PStG nicht verfassungskonform auslegt, benachteiligt er die beschwerdeführende Person aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Diese Benachteiligung kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

#### **B.II.3.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs**

Die beschwerdeführende Person ordnet sich selbst keinem Geschlecht zu, sodass sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht der Schutzbereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet ist (vgl. B.II.2.b.aa).

#### **B.II.3.b.bb. Eingriff**

Der Bundesgerichtshof verneint, dass eine Streichung des weiblichen Geschlechtseintrages nach § 45b PStG erreicht werden kann, weil die beschwerdeführende Person keine Variante der Geschlechtsentwicklung, sondern ein weibliches Geschlecht aufweise. Die Streichung des Geschlechtseintrages nach § 45b PStG wird, wie soeben ausgeführt, aufgrund einer bestimmten Geschlechtskonzeption verweigert (vgl. B.II.3.a).

Das Benachteiligungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt gerade vor Fixierungen aufgrund von bestimmten Erwartungen an das (zugeschriebene) Geschlecht und sichert damit die Freiheitsgarantie nicht nur für Männer und Frauen, sondern auch für alle, die nicht in das Schema passen. Indem der Bundesgerichtshof § 45b PStG verengend auslegt und dabei eine bestimmte Geschlechtsinterpretation vorgibt (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 19, **Anlage 7**), knüpft er unmittelbar an das Geschlecht an.

Der Bundesgerichtshof nimmt an, § 45b PStG sei nur dann einschlägig, „wenn das Geschlecht nicht eindeutig anhand angeborener körperlicher Merkmale als weiblich oder männlich bestimmt werden kann“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 14, **Anlage 7**). Deswegen könne sich die beschwerdeführende Person im Unterschied zu Personen mit solchen „angeborenen körperlichen Merkmalen“ nicht auf § 45b PStG stützen, um die Streichung des Geschlechtseintrages zu erreichen. Damit knüpft der Bundesgerichtshof unmittelbar an körperliche Anlagen an, um eine Ungleichbehandlung zu etablieren. Der Bundesgerichtshof legt seiner Auslegung also ein primär von „körperlichen Gegebenheiten“ determiniertes Geschlechtsverständnis zugrunde.

Die Benachteiligung kommt zudem darin zum Ausdruck, dass der Bundesgerichtshof den Ausschluss der beschwerdeführenden Person damit begründet, dass eine „lediglich empfundene Intersexualität“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 14, **Anlage 7**) gegeben und diese nicht vom Anwendungsbereich der §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG erfasst sei. Der Bundesgerichtshof schwenkt dabei unversehens um von dem im Gesetzestext verwendeten Ausdruck 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' und setzt diese gleich mit 'Intersexualität'. In der Verwendung des Wortes „lediglich“ kommt eine abwertende Hierarchisierung zum Ausdruck. Der Bundesgerichtshof differenziert zwischen angeblich 'echten', gemeint ist wohl: über eine ärztliche Bescheinigung verfügenden, und daher staatlich anzuerkennenden Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehören, einerseits und Personen, die eine solche Identität „lediglich“ empfinden und daher dem weiblichen oder männlichen Geschlecht rechtlich zuzuordnen seien andererseits. Damit sondert der Bundesgerichtshof Menschen, wie die beschwerdeführende Person, als 'anders' aus und benachteiligt sie.

### **B.II.3.b.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wird schrankenlos gewährleistet. Es kommt daher nur eine Rechtfertigung durch kollidierendes Verfassungsrecht in Betracht.

Eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts hat das Bundesverfassungsgericht nur für zulässig erachtet, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind“ (BVerfGE 85, 191 [207]). Mit diesem Maßstab sind heutzutage vor allem die Erfahrungen des Gebärens und des Stillens gemeint, also solche Erfahrungen, die mit einer bestimmten körperlichen Konstitution verbunden sind. Ein Anknüpfen an das Geschlecht ist also nur dann zulässig, wenn es darum geht, Probleme zu lösen, die ihrer Natur nach nur bei Personen mit einer bestimmten körperlichen Konstitution auftreten können. Um solche körperspezifischen Erfahrungen oder Probleme geht es bei der personenstandsrechtlichen Anerkennung nicht. Nach dem verfassungsrechtlichen Geschlechtsverständnis kann es gerade nicht auf biologische Anlagen oder medizinische Diagnosen für die staatliche Anerkennung der geschlechtlichen Identität – des Soseins – ankommen.

Vielmehr garantiert das allgemeine Persönlichkeitsrecht die geschlechtliche Selbstzuordnung unabhängig von den körperlichen Anlagen bei Geburt (BVerfGE 147, 1 [20]; zuvor bereits BVerfGE 115, 1 [15]; 116, 243 [263]; 128, 109 [124]), und das gilt auch für das Verständnis des Schutzes vor Benachteiligung in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

Bei der personenstandsrechtlichen Anerkennung der geschlechtlichen Identität gemäß § 45b PStG geht es sachlich nicht um geschlechtsspezifische Probleme. Die Erfahrung, das bei Geburt unzutreffend eingetragene Geschlecht ändern oder streichen zu wollen, teilen alle Menschen, deren Geschlechtsidentität nicht mit dem bei Geburt eingetragenen Geschlecht übereinstimmt. Dass das Geschlechts unzutreffend eingetragen wurde, kann von der körperlichen Konstitution oder anderen Faktoren abhängen. Einen zwingenden Zusammenhang gibt es jedenfalls nicht, der allein die Benachteiligung nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG zu rechtfertigen vermag.

Der Verweis auf die Achtung der Gewaltenteilung kann nicht zur Rechtfertigung herangezogen werden, weil der objektive Wille der Gesetzgebungsorgane mehrere Deutungen zulässt und die vom Bundesgerichtshof gewählte Auslegung anders als behauptet keineswegs zwingend ist (siehe bereits B.II.3.a.cc. (4) und auch B.II.5). Sie verkennt gerade die Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) für die personenstandsrechtliche Anerkennung von Personen formuliert hat, die sich weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnen.

Das Bundesverfassungsgericht hat zudem explizit festgehalten, dass gerade Menschen besonders schutzwürdig, weil vulnerabel sind, „deren geschlechtliche Identität weder Frau noch Mann ist“ (BVerfGE 147, 1 [28]). Es kann deswegen schon kein legitimer verfassungsrechtlicher Zweck sein, das für diese Situation neu geschaffene Verfahren in § 45b PStG zu verengen und so gerade für Menschen unzugänglich zu machen, die besonders schutzbedürftig sind. Es geht um eine gesellschaftliche Minderheit, für die der Schutz vor Benachteiligung

gung von essentieller Bedeutung ist und für die Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG als Schutznorm konzipiert wurde.

#### **B.II.4. Grundrechtsverletzung durch das Erfordernis der Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung in § 45b Abs. 3 PStG**

Der Bundesgerichtshof geht auf Grundlage des § 45b Abs. 3 PStG davon aus, dass zur Streichung des Personenstandes nach §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen sei. Er verkennt dabei, dass dies die beschwerdeführende Person in ihren Grundrechten verletzt. Wird, wie eben dargelegt (B.II.3.a.cc. (4)), der Begriff 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' nicht als ausschließlicher Verweis auf medizinisch feststellbare körperliche Anlagen, sondern verfassungskonform unter Berücksichtigung der Geschlechtsidentität interpretiert, so ist das Erfordernis einer ärztlichen Bescheinigung nach § 45b Abs. 3 PStG verfassungswidrig. Es verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (B.II.4.a.) und das Benachteiligungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S.1 GG (B.II.4.b.).

##### **B.II.4.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG**

###### **B.II.4.a.aa. Eröffnung des Schutzbereichs**

Der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist sowohl in personaler als auch in sachlicher Hinsicht eröffnet (vgl. B.II.2.a.aa).

###### **B.II.4.a.bb. Eingriff**

Das Erfordernis in § 45b Abs. 3 PStG, eine Variante der Geschlechtsentwicklung durch eine entsprechende ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, verletzt die beschwerdeführende Person in ihrem durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht verbürgten Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität ebenso wie in dem garantierten Schutz ihrer Intimsphäre.

Durch die gesetzliche Anforderung, eine ärztliche Bescheinigung über eine Variante der Geschlechtsentwicklung vorzulegen, wird die Anerkennung der beschwerdeführenden Person entsprechend ihrer selbst empfundenen Geschlechtlichkeit von einer Bestätigung durch Dritte abhängig gemacht. Wie gesehen ist in der Medizin hochumstritten, wann eine Variante der Geschlechtsentwicklung zu diagnostizieren ist. Während manche der individuellen

Selbstbestimmung maßgebliches Gewicht beimessen wollen, legen andere ein stark auf körperliche Zustände bezogenes Verständnis zugrunde. In jedem Fall aber ist durch die Fremdbestimmung über die Anerkennung der geschlechtlichen Identität das Selbstbestimmungsrecht der Person verletzt. Der Artikulation der eigenen geschlechtlichen Identität, die von dem bei Geburt festgelegten Geschlechtseintrag abweicht, geht ein langjähriger Prozess der Auseinandersetzung mit der eigenen Identität und sozialen geschlechtlichen Erwartungen voraus, wie die beschwerdeführende Person berichtet (s. **Anlage 8**). Ihre in einem individuellen Entwicklungsprozess gefundene Identität wird nicht an sich anerkannt. Dies ist ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht als Anspruch auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität der beschwerdeführenden Person.

#### **B.II.4.a.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist nicht gerechtfertigt. Die ärztliche Bescheinigung ist als objektivierter Nachweis weder geeignet noch erforderlich oder angemessen.

#### **B.II.4.a.cc. (1) Legitimes Ziel**

Die ärztliche Bescheinigung über das Vorliegen einer Variante der Geschlechtsentwicklung muss einem legitimen Ziel dienen. Ein solcher wird in der Gesetzesbegründung des § 45b Abs. 3 PStG nicht explizit genannt.

Sofern § 45b Abs. 3 PStG den Zweck verfolgen sollte, durch die ärztliche Bescheinigung den Zugang zum Verfahren nach § 45b PStG auf Personen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung im Sinne bestimmter körperlicher Anlagen zu begrenzen, läge darin kein verfassungskonformer Zweck. In diesem Versuch sicherzustellen, dass allein Personen mit bestimmten körperlichen Anlagen eine Änderung ihres Geschlechtseintrages nach § 45b Abs. 1 PStG bewirken können, läge, wie oben aufgezeigt (B.II.3.), eine Grundrechtsverletzung, so dass dieses Ziel nicht legitim sein kann.

Ein legitimer Zweck der Regelung könnte jedoch sein, eine klare personenstandsrechtliche Zuordnung dadurch sicherzustellen, dass beliebige Personenstandswechsel ausgeschlossen werden und nachgewiesen wird, dass der begehrte Geschlechtseintrag dauerhaft und ernsthaft ist. Das Bundesverfassungsgericht hat das Erfordernis eines objektivierbaren Nachweis wiederholt als verfassungsmäßig angesehen (BVerfGE 128, 109 [130]; BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222 [Rn. 10]).

#### **B.II.4.a.cc. (2) Geeignetheit**

Soweit der Zweck der gesetzlichen Regelung die klare personenstandsrechtliche Zuordnung ist, wird dieser jedenfalls nicht durch den Nachweis mittels einer ärztlichen Bescheinigung gefördert.

Wie oben ausgeführt, kommt es für die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung maßgeblich auf die selbstbestimmte geschlechtliche Identität der Person an. Für deren Feststellung ist eine ärztliche Bescheinigung jedoch ungeeignet. Allein die betroffene Person kann Auskunft über ihre geschlechtliche Identität geben. Eine Verknüpfung zwischen körperlichen geschlechtsbezogenen Anlagen und Identität, wie der angegriffene Beschluss des Bundesgerichtshofs in Randnummer 48 darstellt, mag vielfach vorliegen, ist aber nicht zwingend, wie auch der medizinische Diskurs zeigt (vgl. S. 44). So entwickeln beispielsweise Personen, die von der Medizin unter die vom Bundesgerichtshof angeführte Definition der Konsensuskonferenz fallen, eine Vielzahl an unterschiedlichen Identitäten. Während sich manche außerhalb der Kategorien männlich und weiblich verorten, definieren sich viele als Frauen oder Männer (vgl. u.a. BVerfGE 147, 1 [Rn. 51]).

Das hat auch das Bundesverfassungsgericht anerkannt, wenn es in der Entscheidung vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) stets die Selbstzuordnung der beschwerdeführenden Person betont. Dem folgt auch die gesetzliche Regelung, die vier Eintragungsoptionen eröffnet. Daher wäre eine ärztliche Bescheinigung bei der gebotenen verfassungskonformen Auslegung von § 45b Abs. 1 PStG nur noch als Protokollieren der Selbstidentifikation denkbar, wofür freilich ärztliche Fachpersonen nicht besser qualifiziert sind als das Standesamt (Mangold/Markwald/Röhner, Gutachten zu § 45b PStG, S. 13; auch Petričević geht davon aus, dass „das schlichte Abstellen auf die Selbst-Identifikation eines Menschen zielgerichteter (...) [ist]“, *Betrifft Justiz*, S. 12).

#### **B.II.4.a.cc. (3) Erforderlichkeit**

Der Nachweis durch eine ärztliche Bescheinigung ist für den verfolgten Zweck einer klaren personenstandsrechtlichen Zuordnung nicht erforderlich.

Die Protokollierungsfunktion ist bereits durch die Erklärung gegenüber dem Standesamt nach § 45b Abs. 1 PStG als milderer Mittel erfüllt. Hierdurch gibt die antragstellende Person zu erkennen, dass es sich bei der von ihr geltend gemachten Geschlechtszuordnung um eine ernsthafte Entscheidung handelt. Die Bestätigung der Ernsthaftigkeit der begehrten personenstandsrechtlichen Zuordnung kann somit durch eine öffentlich beglaubigte Erklärung beim Standesamt oder bei einem Notariat weniger grundrechtseingreifend vorgenommen werden. Erfahrungen in anderen Ländern zeigen, dass die Einzelnen diese Möglichkeit

nicht zu wiederholten Änderungen nutzen (Althoff/Schabram/Follmar-Otto, Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht, Hrsg: BMFSFJ, 2017, S. 53).

#### **B.II.4.a.cc. (4) Angemessenheit**

Schließlich steht das Erfordernis, eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, außer Verhältnis zu dem mit der Norm verfolgten Zweck einer klaren personenstandsrechtlichen Zuordnung. Der Eingriff durch die Involvierung Dritter wiegt besonders schwer, da die betroffenen Personen, um eine entsprechende Bescheinigung zu erhalten, Details aus ihrem intimsten Erleben zu offenbaren haben und unter Umständen eine ebenfalls höchst intime körperliche Untersuchung über sich ergehen lassen müssen. Bei einer Variante der Geschlechtsentwicklung handelt es sich, wie auch vom Bundesverfassungsgericht näher ausgeführt (BVerfGE 147, 1 [7]), gerade nicht um eine Krankheit, sodass auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass sich die betroffenen Personen notwendig bereits in geschlechtsspezifischer ärztlicher Behandlung befinden.

Im Rahmen eines ohnedies herausforderungsvollen Prozesses der Selbstfindung (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222, Rn. 9) ist es nicht zumutbar, zusätzlich ungewünschte ärztliche Untersuchungen ohne konkreten medizinischen Behandlungsbedarf über sich ergehen lassen zu müssen und Diagnosen über das Vorliegen einer Variante der Geschlechtsentwicklung in Erfahrung bringen zu müssen, die für das geschlechtliche Selbstbild der Person nicht notwendig relevant sind, aber durchaus belastend sein können.

Bereits der Weg zur Artikulation der eigenen geschlechtlichen Identität, die von dem bei Geburt festgelegten Geschlechtseintrag abweicht, ist zumeist langwierig sowie häufig mit massiver Ablehnung und Diskriminierung verbunden, wie der Bericht der beschwerdeführenden Person eindrucksvoll zeigt (s. **Anlage 8**, insbes. S. 2 und 4). Es ist der beschwerdeführenden Person unzumutbar, ihre gefestigte geschlechtliche Identität und die damit verbundenen privaten Gefühle und Entscheidungen nochmals gegenüber ärztlichen Fachpersonen offenlegen zu müssen.

Bei alledem ist zu bedenken, dass medizinische Fachpersonen weder demokratisch legitimiert sind, eine für die Grundrechtsausübung so zentrale Entscheidung zu treffen, noch Rechtsschutz möglich ist, wenn die Ausstellung einer ärztlichen Bescheinigung verweigert wird. Eine solche Gefahr besteht aber vor allem aufgrund der im rechtlichen und medizinischen Diskurs nach wie vor umstrittenen Definition der 'Varianten der Geschlechtsentwicklung'. Angesichts der Schwere des Eingriffs in das Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität und der Intimsphäre ist die Attestpflicht in § 45b Abs. 3 PStG unverhältnismäßig und deswegen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

#### **B.II.4.b. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG**

Die Pflicht, gemäß § 45b Abs. 3 PStG eine ärztliche Bescheinigung über eine Variante der Geschlechtsentwicklung als Voraussetzung für die Berichtigung oder Streichung des Geschlechtseintrages vorzulegen, benachteiligt die beschwerdeführende Person aufgrund des Geschlechts. Die Benachteiligung kann verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

##### **B.II.4.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs**

Die beschwerdeführende Person ordnet sich selbst keinem Geschlecht zu, sodass sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht der Schutzbereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet ist.

##### **B.II.4.b.bb. Eingriff**

Die Attestpflicht nach § 45b Abs. 3 PStG stellt eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Sinne einer Hierarchisierung dar.

Mit § 45b PStG wurde neben §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3, 47, 48, 49 PStG ein weiteres rechtliches, spezielles Verfahren zur Berichtigung bzw. Streichung des Geschlechtseintrages eingeführt. § 45b Abs. 3 PStG setzt jedoch eine ärztliche Bescheinigung voraus. Damit wird ein objektiver Nachweis über das Vorliegen einer Variante der Geschlechtsentwicklung gefordert und zur Voraussetzung für die Berichtigung bzw. Streichung des Geschlechtseintrages gemacht. Es wird so die besondere Kontrollwürdigkeit von Rechtsunterworfenen suggeriert, welche die nachträgliche Korrektur des Geschlechtseintrages beantragen. Bereits in der Vorlagepflicht ist daher eine Benachteiligung zu sehen (von Roetteken, GiP 3/2019, 23 [26 f.], **Anlage 40**).

Zu berücksichtigen ist, dass der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag im Regelfall direkt nach der Geburt erfolgt und dem neugeborenen Menschen ein Geschlecht anhand körperlicher Merkmale zuschreibt (zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Eintragungspflicht bei Geburt s.o. B.II.2). Wollen Erwachsene ihren Geschlechtseintrag berichtigen oder streichen lassen, dann reicht ihre eigene Erklärung über ihre Geschlechtsidentität alleine nicht aus, sondern muss von ärztlichen Fachpersonen bestätigt werden. Die Geschlechtsidentität der Einzelnen trifft auf staatliches Misstrauen.

Können Personen eine solche ärztliche Bescheinigung nicht vorlegen, weil die ärztliche Fachperson aufgrund fehlender für einschlägig gehaltener medizinischer Diagnose eine Bescheinigung nicht ausstellen möchte, so wird das geschlechtliche Sosein infrage gestellt. In vielen Fällen wissen Personen mit einer vom Geburtseintrag abweichenden Geschlechtsidentität gar nicht, ob sie eine rein körperlich verstandene Variante der Geschlechtsidentität aufweisen. Diesen Menschen wird abverlangt, sich erstmals ärztlich kategorisieren und dia-

agnostizieren lassen zu müssen, womöglich noch mit invasiven Methoden (dazu Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, BT-Drucks. 17/9088, S. 18 f.). Im Ergebnis wird gesetzlich eine Hierarchie geschaffen zwischen Personen mit ärztlicher Bescheinigung und Personen ohne ärztliche Bescheinigung.

#### **B.II.4.b.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Verfassungsgüter, die die Benachteiligung der beschwerdeführenden Person aufgrund des Geschlechts rechtfertigen können, sind nicht ersichtlich. Eine Differenzierung aufgrund des Geschlechts ist verfassungsrechtlich nur zur Regelung von Problemen zulässig, die mit einer bestimmten körperlichen Konstitution verbunden sind. Um solche körperspezifischen Erfahrungen oder Probleme geht es bei der personenstandsrechtlichen Anerkennung nicht. Mit der Ungleichbehandlung von Menschen mit und ohne ärztliche Bescheinigung wird kein Problem gelöst, das seiner Natur nach nur bei einem bestimmten Geschlecht bzw. einer bestimmten Körperlichkeit auftreten kann.

Die Erfahrung, das bei Geburt unzutreffend eingetragene Geschlecht nach dem Verfahren gemäß § 45b PStG ändern oder streichen zu wollen, teilen alle Menschen, deren Geschlechtsidentität nicht mit dem bei Geburt eingetragenen Geschlecht übereinstimmt.

Wie ausgeführt, ist das Tatbestandsmerkmal 'Variante der Geschlechtsentwicklung' verfassungskonform zu interpretieren. Ausschlaggebend ist allein die verfassungsrechtlich geschützte Geschlechtsidentität einer Person. Die ärztliche Bescheinigung soll das Vorliegen einer Variante der Geschlechtsentwicklung objektiv nachweisen. Eine solche Bescheinigung ist aber schon nicht geeignet, eine Variante der Geschlechtsentwicklung im skizzierten verfassungskonformen Sinne nachzuweisen. Über die geschlechtliche Selbstzuordnung vermag nur die betroffene Person selbst Auskunft zu geben. Das gesetzliche Erfordernis einer ärztlichen Bescheinigung als Nachweis für das Verfahren der Änderung oder Streichung des Geschlechtseintrages nach § 45b Abs. 3 PStG ist daher verfassungsrechtlich unzulässig.

Die Auslegung des Bundesgerichtshof vermag an der Verfassungswidrigkeit des § 45b Abs. 3 PStG nichts zu ändern.

Der Bundesgerichtshof begründet die Benachteiligung der beschwerdeführenden Person damit, dass ohne Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung ein strengerer Nachweis – nämlich durch das gerichtliche Verfahren nach TSG – als bei einer medizinisch festgestellten Variante der Geschlechtsentwicklung sachlich begründet sei (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 49, **Anlage 7**). Denn mit dem Geschlecht seien Rechte und Pflichten verbunden, die auch die familiäre Zuordnung betreffen. Daraus ergebe sich das berechtigte Anliegen der Legislative, ein Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit zu vermeiden und einem Antrag auf Änderung des Personenstandes

nur stattzugeben, wenn dafür tragfähige Gründe vorlägen (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 43, **Anlage 7**).

Dabei bezieht sich der Bundesgerichtshof auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 2011 (BVerfGE 128, 109 [129 f.]), die das Sonderregime des TSG betraf (ebenso BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222). Mit § 45b PStG, inklusive seines Absatzes 3, sollte freilich der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 umgesetzt werden (BVerfGE 147, 1). Dieser Beschluss hat Menschen, deren Geschlechtsidentität weder weiblich noch männlich ist, das Recht zuerkannt, „sich in der Öffentlichkeit als die Person zu bewegen und von anderen als die Person gesehen zu werden, die sie in geschlechtlicher Hinsicht sind“ (BVerfGE 147, 1 [23]). Das erfasst auch die Option, ohne einen Geschlechtseintrag zu leben. Die Attestpflicht nach § 45b Abs. 3 PStG ist eine nicht zu rechtfertigende Benachteiligung aufgrund des Geschlechts.

#### **B.II.5. Grundrechtsverletzung durch eine Analogie des TSG zulasten der beschwerdeführenden Person**

Der Bundesgerichtshof verweist die beschwerdeführende Person auf ein gerichtliches Verfahren nach dem TSG in analoger Anwendung, um die Streichung des Geschlechtseintrages zu erreichen (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 54, **Anlage 7**). Diese Analogie zulasten der beschwerdeführenden Person ist verfassungsrechtlich unzulässig. Der Verweis auf das TSG stellt aufgrund des Verbots belastender Analogien im öffentlichen Recht schon keinen Teil der verfassungsgemäßen Ordnung dar, der den in dieser Verweisung liegenden Grundrechtseingriff in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG zu rechtfertigen vermag (B.II.5.a.). In dem Verweis der beschwerdeführenden Person auf ein Verfahren nach dem TSG in analoger Anwendung liegt zugleich eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung wegen des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (B.II.5.b.).

##### **B.II.5.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art 2. Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG durch den Verweis auf eine analoge Anwendung des TSG**

Die Verweisung auf das Verfahren nach dem TSG in analoger Anwendung vermag die Grundrechtsverletzung nicht auszuräumen, denn die analoge Anwendung eines Gesetzes ist kein verfassungsmäßiges Gesetz, das allein den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person rechtfertigen könnte.

##### **B.II.5.a.aa. Eröffnung des Schutzbereichs**

Der persönliche und sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist eröffnet, denn es geht um die Anerkennung der Geschlechtsidentität der beschwerdeführenden Person.

#### **B.II.5.a.bb. Eingriff**

Indem der Bundesgerichtshof die beschwerdeführende Person mit ihrem Begehren einzig auf einen Rechtsverfahrensweg nach dem analog anzuwendenden TSG verweist, greift er in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person ein. Dieser Eingriff erlangt hier durch die Analogiebildung eine spezifische Qualität. Denn beim TSG handelt es sich um ein personenstandsrechtliches Spezialgesetz, das den Personenstandswechsel zu einem anderen Personenstand regelt, wobei darunter bislang stets 'weiblich' oder 'männlich' verstanden wurden (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 35 (**Anlage 7**); BT-Drucks. 19/17050, S. 2; von Roetteken, GiP 3/2019, S. 23 [25], **Anlage 40**).

Das Verfahren soll – wie der Langtitel des Gesetzes zeigt – eine „Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen“ ermöglichen. Es stellt somit eine lex specialis gegenüber den regulären Verfahrenswegen des PStG dar, über die grundsätzlich eine Änderung der personenstandsrechtlichen Geschlechtsangabe möglich ist.

Da der Wortlaut des TSG keine Streichung des Geschlechtseintrages aufgrund der Nichtzugehörigkeit zum beurkundeten Geschlecht vorsieht, kommt eine Anwendung allenfalls im Wege einer Analogiebildung in Betracht, wie sie der Bundesgerichtshof in der hier angegriffenen Entscheidung vorgenommen hat. Diese genügt jedoch nicht den freiheitsrechtsschützenden Anforderungen an eine rechtsstaatliche Rechtsfortbildung durch die Judikative. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist demnach hier in seiner Bedeutung als Freiheitsschutz vor illegitimen staatlichen Eingriffen in seinem spezifischen Verhältnis zum Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3 GG tangiert.

#### **B.II.5.a.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht kann verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt werden, wenn er auf einer gesetzlichen Grundlage beruht, die ihrerseits mit dem Grundgesetz vereinbar ist. An einer solchen verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage fehlt es hier.

Eine analoge Anwendung genügt dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage als Grundrechtsschranke nicht und darf im vorliegenden Fall nicht vorgenommen werden.

Eine analoge Anwendung des TSG wäre als richterliche Rechtsfortbildung lediglich statthaft, wenn kein Analogieverbot bestünde (B.II.5.a.cc. (1)) und eine planwidrige Regelungslücke

vorläge (B.II.5.a.cc. (2)), die aufgrund der gleichgelagerten Interessenlage (B.II.5.a.cc. (3)) auch auf den vorliegenden Fall übertragen werden könnte (vgl. Hemke, Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht, 2006; Larenz/Canaris, Methodenlehre, 3. Aufl. 1995, S. 191 ff.; Engisch, Einführung in das juristische Denken, 12. Aufl. 2018, Rn. 235 ff.). All dies ist hier nicht der Fall.

Die analoge Anwendung des TSG verstößt außerdem gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (B.II.5.a.cc. (4)).

### **B.II.5.a.cc. (1) Verbot belastender Analogien im öffentlichen Recht**

Ein explizites Analogieverbot ist im Bereich des Personenstandsrechts nicht geregelt. Jedoch ergibt sich für das öffentliche Recht ein Analogieverbot hinsichtlich belastender Verfahren (so zum Beispiel BVerfG, Kammerbeschluss vom 14.08.1996 – 2 BvR 2088/93 –, NJW 1996, 3146; für das Disziplinarrecht des öffentlichen Dienstes: BVerfGE 116, 69 [83]; bezüglich steuerverschärfender Analogien: BVerfG, Beschluss vom 30.01.1985 – 1 BvR 279/83 – NJW 1985, 1891; vgl. auch Beaucamp, AöR 134 (2009), S. 83 [86 ff. m.w.N.]).

Da mit der vom Bundesgerichtshof vorgenommenen Analogiebildung auf ein grundrechtsbelastendes Verfahren verwiesen wird, stellt dies eine Analogiebildung zulasten der Rechtsunterworfenen dar. Belastende Analogien sind aus rechtsstaatlichen Gründen insbesondere im öffentlichen Recht grundsätzlich nicht statthaft, weil der Staat für Grundrechtsbeschränkungen eine hinreichend bestimmte Eingriffsgrundlage als Ergebnis eines demokratischen Prozesses bedarf, wohingegen Analogieschlüsse zugunsten Betroffener zulässig sind, da bei diesen der beschränkende Charakter in der Regel fehlt (vgl. Beaucamp, AöR, Bd. 134 (2009), S. 83 [86 ff., 105] m.w.N.]).

Das gerichtliche Verfahren nach dem TSG ist – direkt oder analog – mit schweren Grundrechtseingriffen verbunden. So ist nach dem TSG ein zeit- und kostenaufwendiges Gerichtsverfahren zu durchlaufen. Zudem wird die Privat- und Intimsphäre der Betroffenen in zwei psychologischen Gutachten tiefgreifend ausgeforscht. Auch die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des TSG genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht (hierzu sogleich gesondert B.II.6). Mithin greift das Verbot, Analogien zulasten von Grundrechtsberechtigten im Öffentlichen Recht zu bilden. Das TSG darf auf den vorliegenden Fall nicht analog angewendet werden.

### **B.II.5.a.cc. (2) Keine Regelungslücke**

Doch selbst wenn man davon ausginge, das TSG wäre analogiefähig, bestünde trotzdem keine planwidrige Regelungslücke.

Eine Regelungslücke liegt vor, wenn ein Gesetz eine Lücke aufweist, die mit Mitteln der Auslegung nicht zu schließen ist (vgl. Wank, Juristische Methodenlehre, 2020, S. 77; Beaucamp, AöR 134 (2009), S. 83 [84], m.w.N.).

Auf den vorliegenden Fall kann in verfassungskonformer Anwendung die sachgerechte, jüngere lex specialis des § 45b PStG angewendet werden (siehe bereits B.II.3.a.cc. (4)).

Doch selbst, wenn die Regelung des § 45b PStG nicht für einschlägig erachtet würde, läge keine Regelungslücke vor. Denn die vorliegende Konstellation könnte auf den allgemeinen Verfahrenswegen des PStG gelöst werden. Das deutsche Recht ist generell kodifiziertes Recht und nicht wie beispielsweise noch das Allgemeine Preußische Landrecht an einer umfassenden Aufzählung aller denkbaren Fallkonstellationen orientiert. Nur weil für eine spezifische Fallkonstellation keine explizite Regelung normiert ist, führt dies nicht zu einer Lücke in der Rechtsordnung, solange generell formulierte Auffangklauseln bestehen.

Eine solche Auffangregelung bildet die allgemeine personenstandsrechtliche Korrekturregelung in §§ 47, 48 PStG. Danach kann das Standesamt aufgrund einer Mitteilung nach § 47 Abs. 2 Nr. 1 PStG den Geschlechtseintrag berichtigen. Darüber hinaus kann eine Berichtigung nach § 48 Abs. 1 PStG auch auf Anordnung durch das Gericht erfolgen. Diese Regelungen sind – unabhängig davon ob das Amt von einer Berichtigung oder einer Änderung ausgeht – anwendbar, soweit keine spezielleren Regelungen bestehen. Dies wurde genau für diese Normen bereits 1978 durch das Bundesverfassungsgericht für den Fall entschieden, dass für die aufgrund von Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 GG gebotenen rechtliche Anerkennung einer im sozialen Leben bereits gelebten geschlechtlichen Identität kein spezieller Verfahrensweg zu Verfügung steht (BVerfGE 49, 286). Auch der Bundesgerichtshof hatte vor Einführung des § 45b PStG noch eine Anwendbarkeit von §§ 48 Abs. 1, 47 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG zur Streichung des Geschlechtseintrages einer erwachsenen Person auf deren Antrag hin angenommen (BGH, Beschluss vom 22.06.2016 – XII ZB 52/15 –, FamRZ 2016, S. 1580 [1581, Rn. 22]; vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 11.05.2017 - 17 W 5/17, Rn. 19, **Anlage 32**).

Die Einführung des § 45b PStG lässt die Anwendbarkeit von §§ 47, 48 PStG nicht entfallen. Wenn im Falle der beschwerdeführenden Person § 45b PStG nicht anwendbar sein sollte, verbleibt es bei der Anwendbarkeit der allgemeinen Norm als Auffangnorm für nicht spezieller geregelte Fälle.

### **B.II.5.a.cc. (3) Keine vergleichbare Interessenlage**

Es fehlt auch an einer vergleichbaren Interessenlage. Das TSG regelt den Wechsel zwischen den Personenstandseinträgen männlich oder weiblich und knüpft an einen Zwang an, die

Geschlechtsidentität nach außen zu leben, die mit dem begehrten Personenstandseintrag verbunden ist. Die beschwerdeführende Person strebt jedoch keine Änderung des Geschlechtseintrages an, sondern die vollständige Streichung. Denn sie findet sich in den zur Verfügung stehenden geschlechtlichen Zuschreibungen und rechtlich positiv bezeichneten Geschlechtsangaben mit ihrer eigenen geschlechtlichen Identität nicht wieder. Die beschwerdeführende Person verspürt keinen Zwang, eine spezifische Geschlechtlichkeit zu leben, sondern begehrt, frei von solchen – für sie unpassenden – Geschlechtserwartungen und Zuordnungszwängen als „genderfreier Mensch“ zu leben (**Anlage 8**, S. 10).

Eine Analogie setzt nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung voraus, dass der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand der Norm vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (u.a. BGHZ 170, 187 [juris Rn. 15] m.w.N.).

Bei dieser Betrachtung aus Sicht des Gesetzgebers ist nicht der Zeitpunkt des Erlasses des TSG im Jahr 1980 relevant, sondern eine sachgemäße Interessensabwägung, die der gegenwärtige Gesetzgeber vornehmen würde. Der Gesetzgeber würde aktuell keinesfalls die Anwendung des TSG auf weitere Personen ausdehnen. Dies wurde in verschiedenen Beratungen der letzten Jahre hinreichend deutlich, beispielsweise in der Begründung des Referentenentwurfs eines Gesetzes zur Neuregelung der Änderung des Geschlechtseintrages, in welchem festgehalten wird:

„Darüber hinaus hat sich die Beurteilung von Transgeschlechtlichkeit, d.h. Abweichen der Geschlechtsidentität einer Person von ihrem eindeutig weiblichen oder männlichen Körperbild, sowohl in der Medizin als auch in der Gesellschaft fortentwickelt; *dem trägt die geltende Fassung des TSG nicht hinreichend Rechnung.*“ (BMJV/BMI, Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Änderung des Geschlechtseintrages, Mai 2019, S. 1 – **Anlage 47**, Hervorh. nur hier).

Noch im Februar 2020 antwortete die Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion:

„In Verfahren nach dem Transsexuellengesetz kann der Geschlechtseintrag nicht gelöscht oder „divers“ gewählt werden.“ (BT-Drucks. 19/17050, S. 2).

Dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des TSG erweitern würde, ist auch schon deshalb abwegig, weil dies dem Gesetzgeber unterstellte, einen verfassungswidrigen Zustand perpetuieren zu wollen. Denn der Gesetzgeber wurde zuletzt in der jüngsten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aufgefordert, verfassungskonforme Regelungen zur Änderung des Personenstandes zu schaffen. So heißt es:

„Die Verfassungswidrigkeit von § 8 Abs. 1 Nr. 3 und 4 TSG führt nicht zur Nichtigkeit, sondern zur Unvereinbarkeit dieser Norm mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG. Denn der Gesetzgeber hat, wie ausgeführt, die Möglichkeit, [...] spezifiziertere Voraussetzungen [...] aufzustellen oder kann eine Gesamtüberarbeitung des Transsexuellenrechts vornehmen, um einen verfassungsgemäßen Rechtszustand herbeizuführen.“ (BVerfGE 128, 109 [137]).

Weder den einen noch den anderen Weg hat der Gesetzgeber seit 2011 eingeschlagen. Ein Untätigbleiben des Gesetzgebers im Anschluss an eine Unvereinbarkeitserklärung durch das Bundesverfassungsgericht hat für verfassungsrechtliche Schlussfolgerungen in nachfolgenden Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen Auswirkungen (BVerfGE 88, 87 [101 ff.]). Auch wenn der Gesetzgeber dieser Verantwortung, die als verfassungswidrig feststehenden Teile des TSG zu reformieren oder zu streichen, noch nicht nachgekommen ist, kann man ihm schlechterdings nicht unterstellen, er hätte den Anwendungsbereich für ein (zumindest in Teilen) verfassungswidriges Gesetz noch ausweiten wollen.

Die entsprechende Behauptung, der Gesetzgeber hätte sich erneut für die Wertungen des TSG entschieden, wird auch durch den erkennenden Senat des Bundesgerichtshofs nicht weiter dargelegt als durch einen Verweis auf die eigenen Wertvorstellungen, dass „körperliche Gegebenheiten“ den stärkeren Anknüpfungspunkt bildeten als die Geschlechtsidentität (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 40 (**Anlage 7**)).

Dass keine vergleichbare Interessenlage vorliegt, ergibt sich auch aus dem gedanklichen Versuch, die Regelungen des TSG auf den Fall der beschwerdeführenden Person anzuwenden. Hierbei wird deutlich, dass nicht einmal hinreichend bestimmbar ist, welche Tatbestandsvoraussetzungen in welcher Weise analog angewendet werden sollen.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass es bei einer analogen Anwendung auf eine 'transsexuelle Prägung' nicht ankomme, ist für die Regelungen des TSG die Feststellung der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht – und dies seit mindestens drei Jahren und prognostisch für den Rest des Lebens – prägend. Doch die beschwerdeführende Person begehrt nicht die gerichtliche Feststellung, dass die Zugehörigkeit zu einem anderen Geschlecht besteht. Vielmehr hat die beschwerdeführende Person (vgl. Selbstbericht **Anlage 8**) noch nie eine traditionelle Geschlechtsform als passend erlebt und strebt auch keine positiv benannte Geschlechtsform an. Die beschwerdeführende Person begreift und empfindet sich selbst als „genderloser Mensch“. Wie soll nun analog geprüft werden, ob die beschwerdeführende Person nicht mehr sein soll, was sie nie war, und wie soll geprüft werden, welchem Geschlecht sie sich zugehörig empfindet, wenn sie doch unabhängig von allen Geschlechterzuschreibungen lebt? Die analoge Anwendung der materiellen Voraussetzungen des TSG wäre mithin für alle beteiligten Personen, Behörden und Gerichte völlig unbestimmt und könnten nicht rechtsförmig angewandt werden.

Neben der Verdeutlichung der fehlenden vergleichbaren Interessenslage zeigt dieser Aspekt einen eklatanten Verstoß gegen den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz auf, der besonders in grundrechtssensiblen Bereichen wie hier eine fundamentale Rolle in der Architektur des Grundrechtsschutzes spielt. Das TSG ist in solch immensem Umfang für verfassungswidrig erklärt worden, dass von seiner ursprünglichen Konzeption nur noch eine Ruine übrig ist – darin ist sich die juristische Literatur einig (Jäschke, NZFam 2019, S. 895 [895]; Wiggerich, StAZ 2017, S. 8 (9); Jäschke, StAZ 2019, S. 106 [106]); Schmidt, in: Schoch-ow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [233] **Anlage 30**); Sieberichs, FamRZ 2019, S. 329 [332]; zu den Reformbestrebungen des TSG: Gössl, FF 2019, S. 298 [303]). Wegen dieses konzeptlos gewordenen Zustandes des TSG kann es als Eingriffsgrundlage dem Bestimmtheitsgrundsatz und dem Wesentlichkeitsprinzip nicht (mehr) genügen.

#### **B.II.5.a.cc. (4) Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

Auch angenommen, die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung des TSG lägen vor, könnte der in dieser Verfahrensweise liegende Eingriff in Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 GG nicht gerechtfertigt werden, da die analoge Anwendung des TSG gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstieße. Sollte aufgrund einer Regelungslücke die analoge Anwendung einer einfachgesetzlichen Norm für notwendig erachtet werden, wäre nicht § 8 TSG, sondern § 45b PStG analog heranzuziehen. Denn die Anwendung von § 45b PStG analog wäre im Vergleich zu § 8 TSG analog das mildere Mittel und der Rückgriff auf das eingriffsintensivere TSG somit nicht erforderlich.

Die Anwendung des § 45b PStG analog statt des § 8 TSG analog wäre auch wegen des Grundsatzes *lex posterior derogat legi priori* geboten. Diesem allgemeinen Grundsatz kommt bei der Beurteilung des TSG besondere Bedeutung zu, da wie soeben dargelegt (B.II.5.a.cc. (3)), davon auszugehen ist, dass das TSG aufgrund der geänderten wissenschaftlichen Erkenntnisse zu Geschlecht (vgl. u.a. BVerfGE 115, 1 [21 ff.]; 128, 109 [132 f.]; 147, 1 [7] m.w.N.), der gesellschaftlichen Entwicklung zu mehr geschlechtlicher Diversität (vgl. u.a. BVerfGE 115, 1 [21 ff.]) und insbesondere der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht zur personenstandsrechtlichen Anerkennung des empfundenen Geschlechts (BVerfGE 60, 123; 88, 87; 115, 1; 116, 243; 121, 175; 128, 109) in seiner jetzigen Gestalt nicht mehr vom demokratischen Normgeber verabschiedet würde.

Die Verweisung auf das Verfahren nach dem TSG in analoger Anwendung ist deswegen nicht verfassungsgemäß und kann daher den Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person nicht rechtfertigen.

### **B.II.5.b. Verletzung von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG durch den Verweis auf eine analoge Anwendung des TSG**

Der Verweis auf eine analoge Anwendung des TSG durch den Bundesgerichtshof benachteiligt die beschwerdeführende Person zudem aufgrund des Geschlechts, was verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden kann und deshalb gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verstößt.

#### **B.II.5.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs**

Die beschwerdeführende Person ordnet sich selbst keinem der positiv möglichen Geschlechtseinträge zu, sodass sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht der Schutzbereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet ist.

#### **B.II.5.b.bb. Eingriff**

##### **B.II.5.b.bb. (1) Benachteiligung durch das Anknüpfen an eine körperbezogene Geschlechtskonzeption**

Der Bundesgerichtshof benachteiligt die beschwerdeführende Person, indem er sie aufgrund des unterstellten 'weiblichen' Geschlechts auf eine analoge Anwendung des TSG verweist. So heißt es im amtlichen Leitsatz des Bundesgerichtshofs:

„Personen mit einer lediglich empfundenen Intersexualität können aber entsprechend § 8 Abs. 1 TSG erreichen, dass ihre auf 'weiblich' oder 'männlich' lautende Geschlechtsangabe im Geburtenregister gestrichen oder durch 'divers' ersetzt wird.“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Ls. B, **Anlage 7**).

In der Begründung des Beschlusses heißt es:

„Die Vorschrift (scil. § 8 Abs. 1 TSG) ist jedoch analog auf Fälle anwendbar, in denen sich biologisch weibliche – wie die hier antragstellende Person – oder männliche Personen keinem dieser beiden Geschlechter zugehörig fühlen“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 35, **Anlage 7**).

Der Bundesgerichtshof verweigert in der angegriffenen Entscheidung nicht nur sprachlich die Anerkennung der beschwerdeführenden Person als geschlechtsfreie Person, indem er – jeweils ohne Sachvortrag dieser Art – einerseits unterstellt, dass die beschwerdeführende Person eine intergeschlechtliche Geschlechtsidentität aufweise, andererseits körperlich eine Frau sei.

Damit legt der Bundesgerichtshof eine bestimmte Geschlechtskonzeption zugrunde, die den Körper einer Person auch in einem Lebensstadium, in dem sich die Person – anders als im Zeitpunkt der Geburt – über die eigene Geschlechtsidentität gewahr werden und diese äußern kann, zum entscheidenden Kriterium der rechtlichen Zuordnung macht. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt jedoch gerade davor, durch die Rechtsordnung oder die Rechtsanwendung auf eine bestimmte Definition von Geschlecht festgelegt zu werden. Indem der Diskriminierungsschutz gerade die Anerkennung der eigenen Individualität schützt, wird den Einzelnen ermöglicht, verschiedene Konzeptionen von Geschlecht zu leben und nicht durch den Staat auf eine Geschlechtskonzeption festgelegt zu werden. Der Staat darf daher auch nicht eine Geschlechtskonzeption bevorzugen und auf deren Grundlage die beschwerdeführende Person benachteiligen (vgl. auch von Roetteken, GiP 3/2019, 23 [25 f.], **Anlage 40**; Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [246] **Anlage 30**).

#### **B.II.5.b.bb. (2) Benachteiligung durch höhere Nachweisanforderungen**

Der Bundesgerichtshof geht darüber hinaus davon aus, dass Personen ohne ärztliche Bescheinigung einer körperlichen Variante der Geschlechtsentwicklung höhere Anforderungen für den Nachweis ihrer eigenen Geschlechtsidentität erfüllen müssen:

„Das Personenstandsgesetz trifft eine Regelung allein für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, die also körperlich weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden können, für die daher keines dieser beiden Geschlechter den Ausgangspunkt für die Herausbildung einer sexuellen Identität darstellt und bei denen mithin nicht davon ausgegangen werden kann, dass der ursprüngliche Geschlechtseintrag auch der nachhaltig empfundenen Geschlechtsidentität entspricht. Demgegenüber hat das Transsexuellengesetz die Fälle zum Gegenstand, in denen das körperliche Geschlecht eindeutig weiblich oder männlich ist, der Personenstandseintrag damit übereinstimmt und sich die geschlechtliche Identität der betroffenen Person ausnahmsweise abweichend hiervon unterscheidet. An den Nachweis dieser vom biologischen Geschlecht abweichenden Entwicklung der Geschlechtsidentität sind – wie derzeit mit dem Transsexuellengesetz – erhöhte Anforderungen zu stellen, um einen beliebigen Personenstandswechsel auszuschließen [...]“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –,Rn. 48, **Anlage 7**).

Damit müssen nach Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs Personen ohne ärztliche Bescheinigung einer Variante der Geschlechtsentwicklung höhere rechtliche Anforderungen bewältigen. Es besteht nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ein erhöhtes staatliches Kontrollbedürfnis, „um einen beliebigen Personenstandswechsel auszuschließen“. Damit wird diesem Personenkreis unterstellt, sie könnten die Möglichkeit einer Anpassung oder

Streichung des Geschlechts missbrauchen, ohne dass für diese Vermutung ein konkreter Anlass bestünde. Dies stellt eine Hierarchisierung und Benachteiligung aufgrund des Geschlechts dar.

Der Bundesgerichtshof verweigert der beschwerdeführenden Person die Anerkennung ihres Soseins und verweist sie allein aufgrund eines zugeschriebenen 'weiblichen' Geschlechts auf ein Verfahren, das strengere Voraussetzungen für die Berichtigung des Geschlechtseintrages vorsieht, und zwar auf dem rechtsstaatlich unhaltbaren Wege einer Analogie zulasten der grundrechtsberechtigten Person.

#### **B.II.5.b.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Verfassungsgüter, die die Benachteiligung von Personen mit einer angenommenen körperlichen Konstitution durch einen Verweis auf die analoge Anwendung des TSG rechtfertigen können, sind nicht ersichtlich.

Mit dieser Ungleichbehandlung wird kein Problem gelöst, das seiner Natur nach nur bei einem bestimmten Geschlecht bzw. einer bestimmten Körperlichkeit auftreten kann. Die Erfahrung, das bei Geburt unzutreffend eingetragene Geschlecht ändern oder streichen zu wollen, teilen alle Menschen, deren Geschlechtsidentität nicht mit dem bei Geburt eingetragenen Geschlecht übereinstimmt.

Es ist daher verfassungsrechtlich unzulässig, die beschwerdeführende Person als einzige Möglichkeit auf eine analoge Anwendung auf das Verfahren nach dem TSG zu verweisen.

Der Bundesgerichtshof verkennt den strengen Rechtfertigungsmaßstab für eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Er geht davon aus, dass Personen aufgrund ihres Geschlechts von der Rechtsordnung unterschiedlich behandelt werden dürfen, weil die unterschiedliche körperliche Konstitution von Menschen auf unterschiedliche biologische Geschlechter verweise. Die biologische Disposition eines Menschen soll als Differenzierungskriterium dienen dürfen. Doch genau vor derartigen geschlechtlichen Zuschreibungen und auf diesen basierende Ungleichbehandlungen schützt das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

Die Verkennung des strengen verfassungsrechtlichen Maßstabes zum Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts zeigt sich in einer Reihe von argumentativen Schritten des Bundesgerichtshofs.

Der Bundesgerichtshof ist der Rechtsauffassung, dass Personen ohne eine ärztliche Bescheinigung einer Variante der Geschlechtsentwicklung auf ein Vorgehen nach dem Transsexualengesetz analog zu verweisen seien und dies verfassungsrechtlich nicht zu beanstan-

den sei (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 41, **Anlage 7**). Insbesondere stelle dies keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar:

„Durch die Vorschriften des Transsexuellengesetzes werden Menschen, die sich in ihrer geschlechtlichen Identität weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugehörig fühlen, nicht anders behandelt als Menschen mit einer abweichend von ihren eindeutig weiblichen oder männlichen körperlichen Gegebenheiten empfundenen männlichen oder weiblichen Geschlechtsidentität. Soweit Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, nicht aber Personen mit körperlich eindeutig weiblichem oder männlichem Geschlecht eine Änderung des Personenstandseintrags gemäß §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG eröffnet ist, erscheint bereits zweifelhaft, ob der Schutzzweck des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG berührt ist. Denn bei der Gruppe aller Frauen und Männern handelt es sich nicht um eine diskriminierungsgefährdete Gruppe, sondern um nahezu die vollständige Bevölkerung.“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 53, **Anlage 7**).

Diese einigermaßen rätselhafte Passage ist wohl so zu verstehen, dass der Bundesgerichtshof annimmt, alle Menschen mit einem „körperlich eindeutigen weiblichen oder männlichen Geschlecht“ stellen „nahezu die vollständige Bevölkerung dar“. Trotz der direkt zuvor (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 52, **Anlage 7**) korrekt zitierten Aussage des Bundesverfassungsgerichts zur besonderen Vulnerabilität und Schutzwürdigkeit von Personen, die in einer binär strukturierten Gesellschaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht angehören, verkennt der Bundesgerichtshof die Schutzbedürftigkeit dieser Personengruppe nicht nur, sondern zeigt geradezu exemplarisch die Benachteiligung der beschwerdeführenden Person auf. Entgegen der Geschlechtsidentität rechnet der Bundesgerichtshof die beschwerdeführende Person aufgrund eines unterstellten eindeutigen biologischen Geschlechts der Gruppe der Frauen zu. Worauf der Bundesgerichtshof seine „eindeutigen“ Erkenntnisse über das Geschlecht der beschwerdeführenden Person stützt, wird nicht ausgeführt. Mit einer solchen Auslegung des Schutzbereiches von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG entzieht der Bundesgerichtshof gerade jenen Personen den Schutz des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, die als Minderheit in einer sowohl binär als auch anhand von Wahrnehmungen des Körpers strukturierten Gesellschaft des Schutzes besonders bedürfen (vgl. Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Rn. 447, 451, 453 ff.).

Der Bundesgerichtshof erkennt nicht, dass es gerade Sinn und Zweck des Schutzes nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist, Menschen in ihrer geschlechtlichen Individualität anzuerkennen und vor Benachteiligungen aufgrund ihres Geschlechts und ihrer geschlechtlichen Lebensgestaltung zu schützen (vgl. auch Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [232] **Anlage 30**). Es ist gerade die staatliche Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität, die den Betroffenen den Rücken stärkt und sie unterstützt, gesellschaftliche Anerkennung zu erlangen. Dies zeigen die Leidens- und Diskriminie-

erfahrungserfahrungen der beschwerdeführenden Person eindrücklich. Ohne staatliche Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität ist der Kampf um Anerkennung im Alltag, sei es bei der Anrede (auch bei akademischen Titeln), am Arbeitsplatz, im öffentlichen oder im privaten Leben noch viel schwerer.

Der Bundesgerichtshof verkennt mithin die Reichweite des Schutzes durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, der auch die beschwerdeführende Person umfasst. Aufgrund dieses Fehlverständnisses gelangt der Bundesgerichtshof überhaupt nur zu der benachteiligenden Schlussfolgerung, das TSG analog anzuwenden. Für diesen Schluss fehlt es wegen des gravierenden Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG an einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.

### **B.II.6. Grundrechtsverletzung durch die Anwendung der Voraussetzungen des TSG auf die beschwerdeführende Person**

Die beschwerdeführende Person darf, wie gerade dargelegt, von Verfassungen wegen nicht auf eine analoge Anwendung des TSG verwiesen werden. Doch auch für sich genommen ist die Verweisung auf das Verfahren nach dem TSG verfassungswidrig, weil das TSG (mindestens in Teilen) verfassungswidrig ist.

Es ist bereits fraglich, ob das TSG aufgrund des Entfalls seines Gesamtkonzeptes wegen eines Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz und das Wesentlichkeitsprinzip überhaupt noch in verfassungskonformer Weise anwendbar ist.

Der Verweis auf ein Verfahren nach dem TSG ist jedenfalls verfassungswidrig, weil die Anwendung der § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG und §§ 9 Abs. 3, 4 Abs. 3 TSG sowohl einen nicht gerechtfertigten Eingriff in Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 GG (B.II.6.a) als auch eine nicht gerechtfertigte Benachteiligung aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG darstellt (B.II.6.b).

#### **B.II.6.a. Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG**

Die Anwendung von § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG und § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG analog auf die beschwerdeführende Person stellt eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 Art. 1 Abs. 1 GG dar.

##### **B.II.6.a.aa. Eröffnung des Schutzbereichs**

Der persönliche und sachliche Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist eröffnet, denn es geht um die Anerkennung der Geschlechtsidentität der beschwerdeführenden Person.

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gebietet es, dem Persönlichkeitsrecht Rechnung zu tragen und die selbstempfundene geschlechtliche Identität rechtlich anzuerkennen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährt das Recht, entsprechend dem empfundenen Geschlecht leben zu dürfen, ohne in der Intimsphäre durch den Widerspruch zwischen einem dem empfundenen Geschlecht angepassten Äußeren und der rechtlichen Behandlung bloßgestellt zu werden. Es obliegt dem Gesetzgeber, die Rechtsordnung so auszugestalten, dass diese Anforderungen erfüllt sind. Dabei darf die rechtliche Zuordnung zum nachhaltig empfundenen Geschlecht nicht von unzumutbaren Voraussetzungen abhängig gemacht werden (vgl. u.a. BVerfGE 128, 109 [124] m.w.N.).

#### **B.II.6.a.bb. Eingriff**

§ 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG und § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG in analoger Anwendung greifen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein, weil sie die rechtliche Zuordnung als Person ohne Geschlechtseintrag für die beschwerdeführende Person von unzumutbaren Voraussetzungen abhängig machen.

Gemäß § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG setzt eine Änderung des geschlechtlichen Personenstandes voraus, dass sich eine Person aufgrund 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. Nach § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG hat das zuständige Gericht zudem Gutachten von zwei Sachverständigen einzuholen, welche diese Voraussetzungen festzustellen haben und dazu Stellung nehmen müssen, ob sich nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft das Zugehörigkeitsempfinden der antragstellenden Person mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändern wird. Dies sind unzumutbare Zugangsvoraussetzungen für die Streichung des Geschlechtseintrages der beschwerdeführenden Person.

#### **B.II.6.a.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Diese Voraussetzungen können verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden.

#### **B.II.6.a.cc. (1) Seit 2011 veränderte Bewertung legitimer Ziele des TSG (analog)**

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 11.01.2011 (BVerfGE 128, 109) zwar festgestellt, dass der Gesetzgeber die personenstandsrechtliche Anerkennung

der Geschlechtsidentität, die im Widerspruch zu dem nach der Geburt eingetragenen Geschlecht steht, von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen kann. Daher sei es verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, die personenstandsrechtliche Anerkennung daran zu knüpfen, dass eine Person, die sich dem anderen als dem zugeordneten Geschlecht zugehörig fühlt, durch zwei Gutachten voneinander unabhängiger Sachverständiger, die über einschlägige fachliche Kenntnisse und berufliche Erfahrungen auf dem Gebiet der Transsexualität verfügen, nachweist, mindestens seit drei Jahren unter dem Zwang zu stehen, den Vorstellungen über ihr Geschlecht entsprechend zu leben und mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen sei, dass sich das Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird (BVerfGE 128, 109 [130]).

Die Maßstäbe zur Rechtfertigung dieser Voraussetzungen haben sich seit dem Zeitpunkt dieser Entscheidung jedoch geändert.

Das Bundesverfassungsgericht ging in der genannten Entscheidung davon aus, dass es ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers ist, dem Personenstand Dauerhaftigkeit und Eindeutigkeit zu verleihen, ein Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit möglichst zu vermeiden und einer Änderung des Personenstands nur stattzugeben, wenn dafür tragfähige Gründe vorliegen und ansonsten verfassungsrechtlich verbürgte Rechte unzureichend gewahrt würden, da das Geschlecht maßgeblich für die Zuweisung von Rechten und Pflichten sein kann und von ihm familiäre Zuordnungen abhängig sind. Dabei könne der Gesetzgeber, um beliebige Personenstandswechsel auszuschließen, einen auf objektivierte Kriterien gestützten Nachweis verlangen, dass die selbstempfundene Geschlechtszugehörigkeit, die dem festgestellten Geschlecht zuwiderläuft, tatsächlich von Dauer und ihre Anerkennung für den Betroffenen von existentieller Bedeutung ist (BVerfGE 128, 109 [129 f.]).

Neben der Weiterentwicklung des Stands der Wissenschaft (vgl. zur Entpathologisierung von Transgeschlechtlichkeit: The World Professional Association for Transgender Health (WPATH), Standards of Care for the Health of Transsexual, Transgender and Gender-Nonconforming People, 7. Version 2012, S. 4 ff., <https://www.wpath.org/publications/soc> [09.06.2020]; World Medical Association, Statement on Transgender People, <https://www.wma.net/policies-post/wma-statement-on-transgender-people/> [09.06.2020]; Adamietz/Bager, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, Hrsg. BMFSFJ, 2017, S. 36 f., 249 ff.; Nieder/Briken/Richter-Appelt, Transgender, Transsexualität und Geschlechtsdysphorie: Aktuelle Entwicklungen in Diagnostik und Therapie, Psychotherapie Psychosomatik Medizinische Psychologie 2014(64), S. 232 [233] (**Anlage 48**); in der ICD-11 ist die Diagnose 'Gender Incongruence' (Geschlechtsinkongruenz) dem neu geschaffenen Kapitel 'conditions related to sexual health' (Probleme/Zustände im Bereich der sexuellen Gesundheit) zugeordnet und somit nicht mehr als Persönlichkeits- und Verhaltensstörung, s. Homepage des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte,

<https://www.dimdi.de/dynamic/de/klassifikationen/icd/icd-11/> [12.06.2020]) und der gesellschaftlichen Diversität (vgl. u.a. Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [250] **Anlage 30**) haben sich seit dem Zeitpunkt dieser Entscheidung die Rechtslage außerhalb des TSG und die Einschätzung des Gesetzgebers zur Regelung des geschlechtlichen Personenstandes erheblich geändert.

Hinsichtlich der vom Bundesverfassungsgericht als Rechtfertigungszweck angenommenen familiären Zuordnung ist insbesondere auf die Änderung des § 1353 BGB hinzuweisen, die nicht länger die Grenzen des Anwendungsbereichs der Ehe von dem geschlechtlichen Personenstand der beteiligten Personen abhängig macht. Als weitere familiäre Zuordnungen von rechtlicher und geschlechtlicher Relevanz kommt die Elternschaft in Betracht. Hier steht eine notwendige Reform des Abstammungsrechts aus. Nach der derzeit bestehenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes kommt es jedoch auch für die rechtliche Zuordnung der Eltern nicht auf den aktuell eingetragenen Personenstand an, sondern ausschließlich auf den nach der Geburt eingetragenen Personenstand bzw. auf die Gebäh-/Zeugungsfähigkeit an (BGHZ 215, 318; BGH, Beschluss vom 29.11.2017 – XII ZB 459/16 –, NZFam 2018, S. 80). Insofern sind öffentliche oder private Interessen nicht mehr ersichtlich, die rechtfertigen könnten, die in den Normen des TSG normierten Anforderungen noch aufrechtzuerhalten.

Eine weitere erhebliche Änderung ist die durch die Einführung des § 22 Abs. 3 PStG 2013 erfolgte rechtliche Anerkennung, dass ein Geschlecht nicht zwingend bei Geburt feststehen muss.

Im Anschluss an die hierzu eindeutigen Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) hat sich der Gesetzgeber mit der Reform des noch jungen § 22 Abs. 3 PStG und der Einführung des § 45b PStG dafür entschieden, im Geltungsbereich dieser Normen vier verschiedene Eintragungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen und somit keine Verknüpfung von biologischer und rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit mehr vorzusehen.

Insofern ist der Gesetzgeber bewusst und verfassungsrechtlich überzeugend von dem 2011 noch angenommenen Anliegen einer Verknüpfung einer biologischen und rechtlichen Geschlechtszugehörigkeit abgewichen. Wenn dieser Grundsatz im PStG nicht mehr durchgehend aufrechterhalten bleibt, stellt sich jedoch die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung des TSG – mindestens im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit – anders dar als noch 2011.

Dies betrifft auch die 2011 geäußerte Annahme des Bundesverfassungsgerichts, es sei ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers, dem Personenstand Dauerhaftigkeit und Eindeutigkeit zu verleihen. Der Gesetzgeber hat bei der Verabschiedung des § 45b PStG auf den Stand der Wissenschaft Bezug genommen, dass eine Erklärung zur Geschlechtsidentität

nicht zwingend dauerhaft sein muss, um dennoch eine ernsthafte und keineswegs beliebige Erklärung zu sein, und hat das Gesetz so gestaltet, dass eine mehrfache Änderung des Eintrags möglich ist (BT-Drucks. 19/4669, S. 11). Der Gesetzgeber geht also davon aus, dass auch geringere Anforderungen als im TSG ausreichen können, um Ernsthaftigkeit und ausreichende Nachhaltigkeit des Eintrags im Personenstandsregister zu gewährleisten.

Dieser deutlich geänderten Einschätzung des Gesetzgebers zu den Voraussetzungen für eine Änderung oder Berichtigung des Geschlechtseintrages muss bei der verfassungsrechtlichen Prüfung Rechnung getragen werden. Ob die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG und § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG auch aktuell noch als Schranke des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Art. 1 GG in seiner Ausprägung als rechtliche Anerkennung der individuellen Geschlechtsidentität gerechtfertigt sind, ist im Lichte dieser Entwicklungen zu erörtern.

Die Zweite Kammer des Ersten Senats hat in ihrem Nichtannahmebeschluss vom 17.10.2017 mangels Rüge ausdrücklich keine Bewertung der inhaltlichen Voraussetzungen des Personenstandswechsels nach § 8 Abs. 1 TSG vorgenommen (BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222, Rn. 10).

Das Bundesverfassungsgericht hatte sich also bislang nicht mit den seit der letzten Senatsentscheidung im Jahre 2011 erfolgten rechtlichen Änderungen auseinanderzusetzen.

### **B.II.6.a.cc. (2) Verhältnismäßigkeitsprüfung der einzelnen Voraussetzungen des TSG analog**

#### **B.II.6.a.cc. (2) (a) Anforderung „transsexuelle Prägung“ analog**

Die Voraussetzung eine Person zu sein, die „auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet“, kann nicht sinnhaft auf die beschwerdeführende Person übertragen werden. Diese Voraussetzung ist nach der Selbsterklärung der beschwerdeführenden Person, als „genderloser Mensch“ zu leben, ausgeschlossen (**Anlage 8**).

#### **B.II.6.a.cc. (2) (b) Anforderung „unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben“ analog**

Nach § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG reicht es nicht aus, dass eine nachhaltige, vom Geburtseintrag abweichende Geschlechtsidentität besteht. Es muss zusätzlich der Zwang bestehen, diese Geschlechtsidentität nach außen auszuleben.

Wie bereits dargelegt, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als Rechtfertigung grundsätzlich das Anliegen in Betracht, dem Personenstand Dauerhaftigkeit und Ernsthaftigkeit zu verleihen, da das Geschlecht maßgeblich für die Zuweisung von Rechten und Pflichten sein könne.

Zur Sicherstellung der Dauerhaftigkeit kann die Darlegung eines Zwangs jedoch nicht beitragen und ist mithin ungeeignet. Es sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass ein sich als Zwang darstellendes Bedürfnis, die selbstbestimmte Geschlechtsidentität nach außen zu tragen, in einem höheren Maße Nachhaltigkeit indiziert, als eine nach reiflicher Überlegung und Abwägungen in freier Willensausübung getroffene Entscheidung, die für sich selbst erkannte geschlechtliche Zugehörigkeit nach außen tragen zu wollen. Die Anforderung ist überschießend.

Die beschwerdeführende Person hat in den schriftlichen Anträgen und der Anhörung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf deutlich gemacht, dass dem Antrag auf Streichung eine langjährige und intensive Auseinandersetzung auf persönlicher, struktureller und wissenschaftlicher Ebene vorausgegangen ist und der Antrag Ausdruck der hieraus gezogenen selbstreflektierten Schlussfolgerungen für die eigene Lebensgestaltung ist. Diese Lebensgestaltung ist kein zwanghafter Zustand.

Als Zwang erlebt die beschwerdeführende Person vielmehr die bei Geburt stattgefundenen und nach wie vor bestehende Geschlechtszuordnung, die sie an ihrer selbstbestimmten Lebensführung hindert und kontinuierlich diskriminierenden Situationen aussetzt (vgl. **Anlage 8**).

Das Kriterium des Zwangs in analoger Anwendung auf die beschwerdeführende Person zu übertragen, ist mangels Geeignetheit unverhältnismäßig und daher verfassungsrechtlich unzulässig.

#### **B.II.6.a.cc. (2) (c) Anforderung „seit mindestens drei Jahren“ analog**

Die soeben dargelegte Grundrechtsverletzung wird dadurch vertieft, dass eine rechtliche Anerkennung der bestehenden Geschlechtsidentität erst erreicht werden kann, wenn sowohl die geschlechtliche Identität als auch der Zwang, diese nach außen zu tragen, seit mindestens drei Jahren bestehen.

Der Schutz der geschlechtlichen Identität wird damit von einer pauschal vorausgesetzten zeitlichen Dauer abhängig gemacht. Selbst wenn, wie bei der beschwerdeführenden Person, eine ausreichend gefestigtes Selbstbild vorliegt, muss ein Nachweis über diesen Zeitraum zusätzlich geführt werden. Daraus folgt auch, dass der Geschlechtseintrag von Personen, die den Prozess des Findens und Erkennens ihrer geschlechtlichen Identität bereits abge-

geschlossen haben, weiterhin für drei Jahre im Widerspruch zu ihrer geschlechtlichen Identität steht. Sie sind währenddessen mit einer permanenten Infragestellung ihrer Identität und ihrer geschlechtlichen Zugehörigkeit durch Dritte konfrontiert. Dies ist nicht nur ein Eingriff in den Schutz der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität, sondern auch eine Verletzung der Intimsphäre, da die Individuen immer wieder gezwungen werden, höchstpersönliche Aspekte ihrer Identität offenzulegen. Dass die beschwerdeführende Person ihre langjährige Identität jenseits der Geschlechtskategorien zweifelsfrei nachzuweisen im Stande wäre, ist unerheblich. Denn allein die Voraussetzung, die Dauer der geschlechtlichen Nichtverortung noch einmal gesondert für einen Zeitraum von drei Jahren nachweisen zu müssen, stellt eine Beschränkung des Zugangs zum Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität dar.

Dies ist durch das Ziel, die Eindeutigkeit des Personenstandsregisters zu sichern, nicht gerechtfertigt, da diese Voraussetzung bereits ungeeignet ist, den verfolgten Zweck zu fördern. Denn durch diese Voraussetzung wird mindestens für den Zeitraum von drei Jahren eine nicht zutreffende Eintragung des Geschlechts im Personenstandsregister aufrechterhalten und entspricht damit gerade nicht eindeutig und klar den Tatsachen (vgl. hierzu auch Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [250] **Anlage 30**).

Die Voraussetzung, dass dieser Zustand seit mindestens drei Jahren bestehen muss, könnte das verfolgte Ziel der Dauerhaftigkeit des Eintrags – wenn darin trotz der oben dargelegten Änderungen der Rechtslage ein legitimes gesetzgeberisches Anliegen gesehen wird – jedoch in dem Sinne fördern, dass aus den drei Jahren eine Indizwirkung für die Zukunft abgeleitet werden könnte.

Selbst wenn die Voraussetzung jedoch geeignet wäre, wäre sie nicht erforderlich. Zum einen ist es neben der weiteren Voraussetzung, dass sich die Geschlechtszugehörigkeit mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändert, ein überschießendes Merkmal. Zum anderen besteht ein milderer, aber genauso effektives Mittel zum Nachweis über die Dauerhaftigkeit und Ernsthaftigkeit der Geschlechtszugehörigkeit – bzw. im Fall der beschwerdeführenden Person der Nichtzugehörigkeit – in Form einer öffentlich beglaubigten Selbstauskunft der betroffenen Person gegenüber einer Behörde. Wie bereits erläutert, kann allein die beschwerdeführende Person eine zuverlässige Aussage über ihre Nichtzugehörigkeit zu einem Geschlecht treffen. Aus der Tatsache, dass ein Antrag unter Offenlegung einer abweichenden Geschlechtsidentität gestellt und damit ein staatliches Verfahren eingeleitet wird, ergibt sich bereits der gefestigte und ernsthafte Wunsch, den Geschlechtseintrag entsprechend zu ändern. Die antragstellende Person gibt dabei zu erkennen, sich verbindlich dem neuen Personenstand mit allen damit einhergehenden Pflichten unterwerfen zu wollen. Über die administrativen und rechtlichen Folgen hinaus nimmt die antragstellende Person die sozialen Konsequenzen einer geänderten Geschlechtszuordnung in Kauf. Denn die Änderung

des Geschlechtseintrages ist regelmäßig nicht nur gegenüber offiziellen Stellen anzuzeigen, sondern ebenso gegenüber dem sozialen Umfeld, in der Familie, im Freundes- und Bekanntenkreis, am Arbeitsplatz und bei der Teilnahme am Wirtschaftsverkehr.

Schließlich scheint auch die Gesetzgebung davon auszugehen, dass die Dauerhaftigkeit und Eindeutigkeit des Personenstands gewahrt werden kann, ohne einen seit drei Jahren bestehenden Zwang für die Änderung der Geschlechtszuordnung vorauszusetzen. Denn bei der Einführung des § 45b PStG, der die Änderung des Geschlechtseintrages gleichfalls ermöglicht, wurde auf eine derartige Voraussetzung komplett verzichtet. Dies ist ein Indiz dafür, dass – auch aus gesetzgeberischer Sicht – die ausreichende Dauerhaftigkeit und Ernsthaftigkeit des geschlechtlichen Empfindens ohne solche Anforderungen gewahrt werden kann.

#### **B.II.6.a.cc. (2) (d) Anforderung der Unveränderlichkeit analog**

Nach § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 TSG wird des Weiteren gefordert, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich das Zugehörigkeitsempfinden zu der Geschlechtsidentität nicht mehr ändern wird.

Dabei wird verkannt, dass das Finden und Erkennen der geschlechtlichen Identität dynamische Prozesse sind (vgl. u.a. von Roetteken, GiP 3/2019, S. 23 [26], **Anlage 40**; Schweitzer/Köster/Richter-Appelt, Varianten der Geschlechtsentwicklung und Personenstand, Psychotherapeut 2019, S. 106 [108] m.w.N. **Anlage 41**). Diese mögen in vielen Fällen irgendwann im Leben abgeschlossen sein. Doch muss dies nicht immer und ausnahmslos der Fall sein. Gerade aufgrund des enormen Anpassungsdrucks in unserer Gesellschaft, geschlechtlichen Erwartungen zu entsprechen, sich vielleicht auch erst nur in diesen binären Fassungen denken und benennen zu können, liegt es nicht fern, zuerst eine Identität in einer anderen als der ursprünglich eingetragenen Geschlechtsidentität zu suchen, um dann festzustellen, dass diese ebenfalls nicht dem eigenen geschlechtlichen Erleben entspricht (vgl. auch OLG Celle, Beschluss vom 11.05.2017 – 17 W 5/17 –, **Anlage 31**).

Der Nachweis einer mit hoher Wahrscheinlichkeit bestehenden Unveränderlichkeit des geschlechtlichen Selbstbildnisses stellt sehr hohe Anforderungen, die weder geeignet noch erforderlich noch angemessen sind.

Die Unverhältnismäßigkeit zeigt sich auch in der geänderten Rechtslage. Denn es ist insbesondere zu beachten, dass der Gesetzgeber bei der Einführung des § 45b PStG auf eine vergleichbare Voraussetzung verzichtet hat, ja vielmehr noch betont, dass die Antragstellung nach § 45b PStG mehrfach möglich sein soll, um persönlichen Entwicklungsverläufen Rechnung zu tragen (BT-Drucks. 19/4669, S. 11). Nach alledem ist festzuhalten, dass dem Ziel der Dauerhaftigkeit des Personenstandseintrags seit Erlass des TSG unterdessen nur noch verminderte Bedeutung zukommt. Die Bedeutung dieses Ziels steht damit außer Ver-

hältnis zum Erfordernis, eine Dauerhaftigkeit vom Grad einer hochwahrscheinlichen Lebenslänglichkeit nachzuweisen. Indem § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 TSG dies jedoch fordert, beschränkt es massiv den Entwicklungsraum des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG in zeitlicher Hinsicht.

### **B.II.6.a.cc. (2) (e) Nachweis über zwei Sachverständigengutachten**

Nach § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG sind zudem zwei Sachverständigengutachten einzuholen, die neben den bereits genannten Voraussetzungen prüfen sollen, ob sich nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft das Zugehörigkeitsempfinden der antragstellenden Person mit hoher Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändern wird, § 4 Abs. 3 TSG.

Durch das Erfordernis von zwei Sachverständigengutachten wird die Anerkennung der Nicht-Zugehörigkeit zu einem Geschlecht von einer Bestätigung durch Dritte abhängig gemacht. Durch ein solches Erfordernis wird das Selbstbestimmungsrecht der beschwerdeführenden Person missachtet und ihr eine Anerkennung als eigenverantwortliches Individuum versagt. Denn im Rahmen der Begutachtung werden zwingend Fragen regelmäßig intimen Charakters gestellt (BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222, Rn. 12). Die ausführlichen Gutachten enthalten eine biographische Anamnese, Angaben über körperliche Untersuchungen und Ausführungen zu einer psychologischen oder psychiatrischen Differenzialdiagnose, d.h. Untersuchungen zu psychischen Beeinträchtigungen (vgl. hierzu u.a. Sieberichs, FamRZ 2019, S. 329 [332]).

Sachverständigengutachten stellen ein ungeeignetes Mittel dar. Der zweifachen Begutachtung nach § 4 Abs. 3 TSG soll eine „dienende Funktion gegenüber der Vorschrift des § 1 Abs. 1 TSG [zukommen], welche die inhaltlichen Voraussetzungen des Namenswechsels und des Personenstandswechsels (§ 8 Abs. 1 TSG) festlegt“ (BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222, Rn. 10). Für eine solche dienende Funktion sind Sachverständigengutachten nicht geeignet. Der Stand der Wissenschaft hat sich insofern weiterentwickelt. Eine Fremdbegutachtung kann nicht mehr als Nachweis der inneren Tatsachen die Geschlechtsidentität betreffend angesehen werden. Die Geschlechtsidentität ist von außen nicht zugänglich. Mehrere Sachverständige, die jeweils langjährig in TSG-Verfahren tätig waren, haben anhand ihrer bisher erstellten Gutachten empirisch dargelegt, dass die Gutachten im Kern schlicht die zum Ausdruck gebrachte Geschlechtsidentität der Begutachteten wiedergeben. So bestätigten 99 % der erfassten Gutachten die von der antragstellenden Person bereits angegebene Geschlechtsidentität (Meyenburg/Renter-Schmidt/Schmidt, Begutachtung nach den TSG, Z Sexualforsch 2015(28), S. 107 [114] m.w.N. **Anlage 49**; Meyenburg, Expertendiskussion der Begutachtung nach dem TSG, Z Sexualforsch 2016(29), S. 57 [58], **Anlage 50**). Es bestehen dementsprechend erhebliche Zweifel daran, ob die Erstellung von Gutachten über die geschlechtliche Identität tatsächlich ein sachgemäßes Mittel zum objektiven Nachweis der Geschlechtszugehörigkeit sein kann (daher die Gutachten ablehnend: Meyenburg/Renter-Schmidt/Schmidt, Begutachtung nach

den TSG, Z Sexualforsch 2015(28), S. 107 [119] m.w.N. **Anlage 49**; die Gutachten ablehnenden Meinungen im Kollegium darstellend: Meyenburg, Expertendiskussion der Begutachtung nach dem TSG, Z Sexualforsch 2016(29), S. 57 [58] **Anlage 50**; ablehnend auch: Sieberichs, FamRZ 2019, S. 329 [332]; Güldenring, Zur „Psychodiagnostik von Geschlechtsidentität“ im Rahmen des TSG, Z Sexualforsch 2013(26), S. 160 [173] (**Anlage 51**); Uneinigkeit im Kollegium bezüglich der Gutachten bei gleichzeitigem Reformbedarf im TSG sehen: Nieder/Briken/Richter-Appelt, Transgender, Transsexualität und Geschlechtsdysphorie: Aktuelle Entwicklungen in Diagnostik und Therapie, Psychotherapie Psychosomatik Medizinische Psychologie 2014(64), S. 232 [242] **Anlagen 48**).

Sachverständigengutachten sind zudem nicht erforderlich. Es stehen im Prozessrecht die weiteren regulären Beweismöglichkeiten zur Verfügung, die ebenso geeignet, jedoch weniger grundrechtsintensiv sind. Zudem sprechen rechtsstaatliche Gründe dafür, die Möglichkeiten des Beweisantritts in Gerichtsverfahren, die das Handeln staatlicher Hoheitsträger zum Gegenstand haben, nicht ohne Not zu verkürzen. Aus welchem Anlass und mit welcher Rechtfertigung hier eine prozessuale Sonderregelung zwingend nötig sein soll, ist nicht ersichtlich.

Hinzukommt, dass die Prognose bezüglich der Unveränderlichkeit nach einem medizinischen Maßstab festgestellt werden soll, § 4 Abs. 3 S. 2 TSG. Zumindest dieser Teil der Voraussetzungen des § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG ist somit schon kein gerechtfertigter Eingriff, um eine Dauerhaftigkeit des Personenstandsregisters festzustellen.

Die Delegation von personenstandsrechtlichen Geschlechterfragen an die medizinischen und ggf. psychologische Disziplinen stellt nämlich einen unüberbrückbaren Widerspruch zum demokratisch legitimierten Rechtsstaatsprinzip dar, insbesondere zum Wesentlichkeits- und Bestimmtheitsgebot. Insofern wird auf die Ausführungen in Abschnitt (B.II.3.a.cc. (3) (a) (bb)) verwiesen.

Die Anordnung der Fremdbegutachtung nach § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG ist somit weder geeignet noch erforderlich und insgesamt unverhältnismäßig.

#### **B.II.6.a.cc. (2) (f) Gesamtschau der Voraussetzungen des TSG analog**

Abschließend zeigt eine Gesamtschau der soeben im einzelnen geprüften Voraussetzungen, dass die verfolgten Ziele der § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG und §§ 9 Abs. 3 i.V.m. 4 Abs. 3 TSG analog in einem unzumutbaren Verhältnis zu den durch das Verfahren bedingten Persönlichkeitsverletzungen stehen und mithin unangemessen sind.

Die bislang zur Rechtfertigung genannten Ziele und Zwecke wurden durch die oben dargelegten Änderungen der Rechtslage stark relativiert (B.II.6.a.cc. (1)).

Auch liegen keinerlei Anhaltspunkte für eine tatsächlich bestehende Gefahr von leichtfertigen oder missbräuchlichen Anträgen vor. Es ist nur eine sehr abstrakte und insgesamt als gering einzustufende Gefahr festzustellen, dass durch Änderung des Geschlechtseintrages ohne die genannten materiellen Voraussetzungen die Dauerhaftigkeit und Eindeutigkeit des Personenstands im Vergleich zur bisherigen Entwicklung nicht mehr gewährleistet wäre. Beliebige oder leichtfertige Personenstandswechsel sind angesichts der oben dargestellten Vulnerabilität der antragstellenden Personen fernliegend. Insbesondere wurde bislang weder durch die Gesetzgebung noch durch den Bundesgerichtshof dargelegt, inwiefern eine Person ein Interesse an einem Geschlechtseintrag haben sollte, der ihrer geschlechtlichen Identität nicht entspricht. Ein auf Selbsterklärung basierendes Verfahren der Personenstandsänderung wurde bereits in verschiedenen Ländern etabliert, darunter beispielsweise Malta, Irland, Argentinien, Dänemark, Norwegen und Luxemburg (Report of the Independent Expert on protection against violence and discrimination based on sexual orientation and gender identity to the General Assembly, 2018, A/73/152, Rn. 52; vgl. zur Rechtslage bis November 2016: Adamietz/Bager, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, Hrsg. BMFSFJ, 2017, S. 108, 136 ff.; Überblick über die aktuellen Anforderungen der Personenstandsänderungsverfahren: <https://tgeu.org/trans-rights-europe-central-asia-index-maps-2020/>, [04.06.2020]). Empirische Nachweise für beliebige Personenstandswechsel, wenn für die Änderung des Geschlechtseintrages ausschließlich auf die Selbsterklärung der Person abgestellt wird, gibt es bislang nicht (Sieberichs, FamRZ 2019, S. 329 [334]). Der pauschale Hinweis auf ein vermutetes Risiko ist jedenfalls zur Rechtfertigung der hier bestehenden schwerwiegenden Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht unzureichend. Die geschlechtliche Identität betrifft einen intimen Lebensbereich (BVerfGE 115, 1 [14]; 121, 175 [190, 192]; 128, 109 [124]) und weist daher eine besondere Nähe zur Menschenwürde auf. Deren Anerkennung wird hier von einem aufwendigen, kostenintensiven und langjährigen Verfahren abhängig gemacht, in welchem die beschwerdeführende Person hochpersönliche Aspekte ihres Lebens offenlegen müsste (vgl. Adamietz/Bager, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, Hrsg. BMFSFJ, 2017, S. 106, 195 f.).

Die Gerichtskosten belaufen sich nach einer Datenerhebung bei den zuständigen Amtsgerichten im Stichprobenjahr 2013 auf durchschnittlich 1.868 Euro, die grundsätzlich von der antragstellenden Person getragen werden müssen. Nur bei Verfahrenskostenhilfe werden diese von der Justizkasse zu übernommen. Eine solche wurde in ca. 36 % der Fälle gewährt (siehe Datenerhebung bei Adamietz/Bager, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, Hrsg. BMFSFJ, 2017, S. 106, 196 f.).

Die durchschnittliche Verfahrensdauer der Gerichtsverfahren nach dem TSG betrug nach der Erhebung durchschnittlich 9,3 Monate, wobei die Mindestdauer fünf und die Höchstdauer 20 Monate waren (Adamietz/Bager, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, Hrsg. BMFSFJ, 2017, S. 196). Dieser Zeitraum, in dem der Geschlechtseintrag weiterhin im Widerspruch zur geschlechtlichen Identität der antragstellen-

den Person steht, kommt zu der nach § 8 Abs. 1 TSG vorausgesetzten Dreijahresfrist noch hinzu. Dabei muss die antragstellende Person in einem Zustand verweilen, in dem sie, wie auch die beschwerdeführende Person darlegt, im Alltag massiven Diskriminierungen ausgesetzt ist. Die selbstbestimmte geschlechtliche Identität wird über mehr als drei Jahre hinweg ignoriert, obwohl aufgrund einer solchen pauschalen Frist nicht unmittelbar auf die Nachhaltigkeit des geschlechtlichen Selbstbildes geschlossen werden kann.

§ 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 TSG stellt enorm hohe Anforderungen, indem vorausgesetzt wird, dass sich „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ die Geschlechtszugehörigkeit nicht mehr ändert. Da hier kein zeitlicher Rahmen gesetzt wird, scheint damit eine Prognose auf Lebenszeit gemeint zu sein. Es verbleibt also kaum noch Raum für die unter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützte Persönlichkeitsentwicklung. Staatlicherseits darf aber nicht die Erwartung gestellt werden, dass die individuelle Entwicklung eines Menschen zu einem bestimmten Zeitpunkt im Leben abgeschlossen ist und statisch bleibt.

Schließlich ist die zweifache Begutachtung der antragstellenden Person in ihrem geschlechtlichen Selbstbild angesichts des oben aufgeführten eher geringen Aussagewerts unverhältnismäßig. Mit der doppelten Begutachtung wird impliziert, dass der Selbstauskunft der antragstellenden Person und ihrer eigenverantwortlichen Lebensweise sehr geringe Glaubwürdigkeit zuzubilligen sind. Dies scheint in der Lesart der hier angegriffenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs einzig und allein darauf zu beruhen, dass bestimmte körperliche Merkmale bei der Geburt festgestellt wurden.

Damit stehen die materiellen Voraussetzungen des TSG im fundamentalen Widerspruch zu dem grundgesetzlichen Menschenbild, das die Autonomie der Person in den Mittelpunkt stellt (Höfling, in: Sachs, GG, 8. Aufl 2018, Art. 1 Rn. 37). Sie behandeln die von der beschwerdeführenden Person erfahrenen Diskriminierungen und die Abwertung ihrer geschlechtlichen Nichtzugehörigkeit als nicht real, unglaubwürdig und als Anlass für externe Ausforschungen. Aufgrund der Unzumutbarkeit dieser Voraussetzungen sind die Eingriffe in das Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität unangemessen und unverhältnismäßig, sie können verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt werden (vgl. von Roetteken, GiP 3/2019, 23 [25 f.], **Anlage 40**).

Nach alledem ist auch die vom Bundesgerichtshof vorgesehene analoge Anwendung der Voraussetzungen des TSG unverhältnismäßig und deswegen verfassungswidrig.

#### **B.II.6.b. Benachteiligung wegen des Geschlechts, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG**

Der Verweis der beschwerdeführenden Person auf eine analoge Anwendung des TSG stellt bereits für sich eine verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigte Benachteiligung der beschwerdeführenden Person wegen des Geschlechts dar und verstößt deswegen gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Eine ungerechtfertigte Benachteiligung wegen des Geschlechts zu Lasten

der beschwerdeführenden Person ergibt sich auch aus einer analogen Anwendung der Voraussetzungen des TSG.

#### **B.II.6.b.aa. Eröffnung des Schutzbereichs**

Die beschwerdeführende Person ordnet sich keinem Geschlecht zu, sodass sowohl in sachlicher als auch in persönlicher Hinsicht der Schutzbereich von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG eröffnet ist.

#### **B.II.6.b.bb. Eingriff**

##### **B.II.6.b.bb. (1) Seit drei Jahren bestehender Zwang**

Dass eine Streichung des Eintrags nach § 8 TSG analog erst möglich ist, wenn bereits seit drei Jahren der Zwang besteht, die eigene Geschlechtsidentität offen auszuleben, stellt eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts dar. Es reicht im Unterschied zu §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3, 47, 48, 49 PStG und zu § 45b PStG nicht aus, dass sich eine nachhaltige, vom Geburtseintrag abweichende Geschlechtsidentität herausgebildet hat.

In dem Erfordernis des Zwangs kommt eine Pathologisierung von Personen zum Ausdruck, deren Geschlechtsidentität nicht mit dem bei Geburt eingetragenen Geschlecht übereinstimmt. Dies ist historisch begründet. Das TSG ist zu einer Zeit entstanden, zu der „Transsexualismus“ noch als Krankheit betrachtet wurde.

Indem die beschwerdeführende Person einen Zwang von drei Jahren nachweisen muss, ihr Geschlecht offen zu leben, um den Geschlechtseintrag streichen lassen zu können, wird ihre Geschlechtsidentität pathologisiert und sie im Vergleich zu Personen mit einem individuell zutreffenden Geschlechtseintrag abgewertet. Auch liegt eine Benachteiligung gegenüber Personen mit einer ärztlichen Bescheinigung über eine Variante der Geschlechtsentwicklung vor, denen nach Auffassung des Bundesgerichtshof der Weg über § 45b PStG offensteht, ohne dass ihnen der Nachweis eines dreijährigen Zwangs abverlangt wird.

Dass die beschwerdeführende Person ihre langjährige Identität jenseits der rechtlichen Geschlechtskategorien nachweisen kann, ist unerheblich. Denn bereits in dem Umstand, dass ihre Geschlechtsidentität rechtlich als Zwang pathologisiert und als von der Normalität abweichend konzipiert wird und daher rechtfertigungsbedürftig sein soll, liegt eine gesetzliche Hierarchisierung aufgrund des Geschlechts.

##### **B.II.6.b.bb. (2) Unveränderlichkeit**

§ 8 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 2 TSG setzt für eine Personenstandsänderung voraus, dass „mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr [der Person] Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird“.

Die Benachteiligung besteht darin, dass eine Konzeption von feststehender Geschlechtsidentität gesetzlich niedergelegt ist, die der tatsächlichen Entwicklung von Geschlechtsidentität nicht hinreichend Rechnung trägt (vgl. auch von Roetteken, GiP 3/2019, 23 [25 f.], **Anlage 40**). In vielen Fällen mag der dynamische Prozess des „Findens und Erkennens“ der eigenen Geschlechtsidentität (st. Rspr. seit BVerfGE 115, 1 [14]) irgendwann im Leben abgeschlossen sein. Doch dies ist wie bereits dargestellt (B.II.6.a.cc. (2) (d)) nicht immer und ausnahmslos der Fall. Gerade bei einem Abweichen der geschlechtlichen Entwicklung von der bei Geburt erwarteten Entwicklung, kann sich zunächst die gegengeschlechtliche Identität als richtig darstellen und erst im späteren biographischen Verlauf auch diese zugunsten einer nicht-binären oder offenen Geschlechtsidentität zurückstehen.

Jenen Menschen, die für sich nicht ausschließen können, dass sie eines Tages eine andere Geschlechtsidentität entwickeln, ist der Weg nach dem TSG versperrt. Sie werden wegen ihrer Geschlechtsidentität, die sie als nicht für immer festgelegt ansehen bzw. dies nicht ohne weiteres nachweisen können, benachteiligt.

Im Vergleich hierzu setzt § 45b PStG weder implizit noch explizit eine abgeschlossene und prognostisch unveränderliche Geschlechtsidentität voraus. Der Wortlaut des § 45b PStG stellt keinerlei Anforderungen an eine Erklärung der Dauerhaftigkeit und dies ist vom Gesetzgeber auch so beabsichtigt gewesen (BT-Drucks. 19/4669, S. 11). Insbesondere wurde die Möglichkeit geschaffen, den Geschlechtseintrag offen zu lassen oder zu streichen, um Personen nicht an einem falschen Geschlechtseintrag festzuhalten, wenn zumindest die Nichtzugehörigkeit zum eingetragenen Geschlecht feststeht. Dabei sollte jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass die betreffende Person später eine andere Geschlechtsidentität entwickeln und eintragen lassen kann.

### **B.II.6.b.bb. (3) Begutachtungspflicht**

Während in den Verfahren zum Wechsel oder der Streichung des Geschlechts nach §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3, 47, 48, 49 PStG und nach § 45b PStG keine Gutachten erforderlich sind, sind im gerichtlichen Verfahren gemäß § 9 Abs. 3 i.V.m. § 4 Abs. 3 TSG zwei Sachverständigengutachten einzuholen. Damit werden Menschen aufgrund ihrer Körper unterschiedlich behandelt.

Das Erfordernis zweier, zumeist psychiatrischer, Sachverständigengutachten benachteiligt die Betroffenen, weil damit in die durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG geschützte Intim- und die Sexualsphäre erheblich eingegriffen wird. Im Rahmen der Begutachtungen werden zwin-

gend Fragen regelmäßig intimen Charakters gestellt (BverfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222, Rn. 10, 12). Indem die Geschlechtsidentität, welche eine Streichung des Geburtseintrages erforderlich macht, durch zwei Sachverständigengutachten nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft geklärt werden muss, wird die vom Geburtenregister abweichende Geschlechtsidentität pathologisiert und die betroffene Person im Vergleich zu Personen, deren Geschlechtsidentität mit dem bei Geburt eingetragenen Geschlecht dauerhaft übereinstimmt, abgewertet. Im Verfahren nach dem TSG liegt dem Gericht nicht allein das Ergebnis der Begutachtung vor, sondern ausführliche Gutachten mit einer biographischen Anamnese, Angaben über körperliche Untersuchungen und Ausführungen zu einer psychologischen oder psychiatrischen Differenzialdiagnose, d.h. Untersuchungen zu psychischen Beeinträchtigungen (vgl. hierzu u.a. Sieberichs, FamRZ 2019, S. 329 [332]). Dies greift tief in die Intim- und Sexualsphäre der Betroffenen ein.

Allein die Tatsache, dass mit Hinweis auf die eigene Geschlechtsidentität eine Änderung der Geschlechtsangabe beantragt wird, soll zudem zu einer Reduktion der Beweismittel im Vergleich zu anderen personenstandsrechtlichen Verfahren führen. Das Geschlecht wird so Ausgangspunkt der Beschneidung von Beweismitteln.

In der externen Begutachtung kommt eine Hierarchisierung zwischen verschiedenen Geschlechtsidentitäten und verschieden gewerteten Körpern zum Ausdruck. Das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts schützt als Anknüpfungsverbot gerade davor, dass der Staat den intimen Bereich der eigenen Identität ausforscht und den Einzelnen zumutet, sich für das eigene Sosein zu rechtfertigen.

Die hohen Kosten für die zwei Sachverständigengutachten sind zudem prohibitiv und führen dazu, dass der Zugang zur staatlichen Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität von ökonomischen Ressourcen abhängig gemacht wird, soweit nicht Verfahrenskostenhilfe gewährt wird.

#### **B.II.6.b.bb. (4) Gerichtliches Verfahren**

Die Notwendigkeit der Durchführung eines gerichtlichen Verfahren nach dem TSG analog benachteiligt die beschwerdeführende Person, weil es mit höheren Kosten und teils erheblichen Zeitverzögerungen einhergeht im Vergleich zu den Verfahren nach dem PStG (siehe B.II.6.a.cc. (2) (f)).

#### **B.II.6.b.cc. Fehlende Rechtfertigung**

Verfassungsgüter, die die Benachteiligung von Personen ohne ärztliche Bescheinigung einer Variante der Geschlechtsentwicklung durch die Anwendung der Vorschriften des TSG rechtfertigen können, sind nicht ersichtlich. Bei der personenstandsrechtlichen Anerkennung der

geschlechtlichen Identität für diese Personen entstehen keine Probleme, die nur bei einer spezifischen Körperlichkeit auftreten können und daher zwingend durch die rechtliche Differenzierung gelöst werden müssen. Die Erfahrung, das bei Geburt unzutreffend eingetragene Geschlecht ändern oder streichen zu wollen, teilen alle Menschen, deren Geschlechtsidentität nicht mit dem bei Geburt eingetragenen Geschlecht übereinstimmt.

Die hier angegriffenen Voraussetzungen des TSG sollten beim Erlass des TSG dem Nachweis eines stabilen Wunsches nach einem Geschlechtswechsel dienen (BT-Drucks. 8/2947, S. 13). Die Voraussetzungen des TSG sind jedoch veraltet und verweisen auf ein Geschlechtsverständnis, das nicht mehr den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Anerkennung der selbstempfundenen Geschlechtsidentität entspricht.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs besteht ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers darin, dem Personenstand Dauerhaftigkeit und Eindeutigkeit zu verleihen und einer Änderung des Personenstands nur stattzugeben, „wenn dafür tragfähige Gründe vorliegen und ansonsten verfassungsrechtlich verbürgte Rechte unzureichend gewahrt würden“ (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 43, **Anlage 7**). Der Bundesgerichtshof verweist dafür auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum TSG aus dem Jahr 2011 (BVerfGE 128, 109 [129 f.]). In der entsprechenden Passage ist jedoch nichts darüber ausgesagt, ob in den verschiedenen Verfahren zur Berichtigung bzw. Streichung des Geschlechtseintrages zwischen verschiedenen Gruppen aufgrund des (zugeschriebenen) Geschlechts differenziert werden darf und manche Personengruppen umfangreicheren Nachweiserfordernissen genügen müssen als andere.

Der Rechtfertigungsmaßstab des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist streng. Verfassungsgüter, die eine solche unterschiedliche Behandlung in den Nachweiserfordernissen rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich. Auch aus der Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs ergeben sich keine Verfassungsgüter, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen können. Der Bundesgerichtshof geht davon aus, dass Personen aufgrund ihres Geschlechts von der Rechtsordnung unterschiedlich behandelt werden dürfen, weil die unterschiedliche körperliche Konstitution von Menschen auf unterschiedliche biologische Geschlechter verweise, die das rechtfertigen sollen (BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19 –, Rn. 48, **Anlage 7**). Doch genau vor derartigen geschlechtlichen Zuschreibungen und auf diesen basierenden Ungleichbehandlungen schützt das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

Von der beschwerdeführenden Person zu verlangen, ihre Geschlechtsidentität als unveränderlich und zwanghaft im Zuge eines Gerichtsverfahrens mittels zweier Sachverständigen-gutachten nachweisen zu müssen, stellt daher eine verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigende Benachteiligung aufgrund des Geschlechts dar.

### **B.II.7. Grundrechtsverletzung durch Ungleichbehandlung entgegen Art. 3 Abs. 1 GG**

Hilfsweise wird auch eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG, gerügt.

Der Bundesgerichtshof behandelt die beschwerdeführende Person anders als Personen in einer vergleichbaren Lage, die ebenfalls die Streichung des Geschlechtseintrages begehren, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund ersichtlich wäre. Während Personen mit 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in der auf körperliche Anlagen bezogenen Interpretation des Bundesgerichtshofs nach §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG vorgehen können, verwehrt der Bundesgerichtshof dies der beschwerdeführenden Person.

Für diese unterschiedliche Behandlung an sich gleicher Sachverhalte ist ein sachlicher Grund nicht ersichtlich. Insbesondere vermag der Verweis auf unterschiedliche körperliche Anlagen bzw. deren Nachweis die personenstandsrechtlich unterschiedliche Behandlung hinsichtlich der Streichung des Geschlechtseintrages nicht zu rechtfertigen.

Dies ergibt sich aus den ausführlichen Darlegungen zu den Verstößen gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, welche zugleich Ungleichbehandlungen im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG darstellen.

## **C. Annahmeveraussetzungen**

Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen. Sie ist von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung (§ 93 Abs. 2 lit. a BVerfGG), und ihre Annahme ist zur Durchsetzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person angezeigt (§ 93 Abs. 2 lit. b BVerfGG).

### **C.I.1. Grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung**

Eine Verfassungsbeschwerde hat nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 90, 22 [24 f.]; 96, 245 [248]; 108, 129 [136]; siehe auch die Entscheidung des Plenums BVerfGE 107, 395 [414 f.]) grundsätzliche verfassungsrechtliche Bedeutung, wenn sie verfassungsrechtliche Fragen aufwirft, die sich nicht ohne weiteres aus dem Grundgesetz beantworten lassen und durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts noch nicht geklärt worden sind. An ihrer Klärung muss zudem ein über den Einzelfall hinausgehendes Interesse bestehen. Schließlich muss bei der Prüfung der Annahme absehbar sein, dass sich das Bundesverfassungsgericht bei seiner Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde mit der Grundsatzfrage befassen muss.

Die Verfassungsbeschwerde wirft die grundsätzliche Frage danach auf, welche Voraussetzungen und Nachweise für die Streichung eines nach der Geburt unzutreffend eingetragenen Geschlechtseintrages gefordert werden können.

In Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) wurde mit der Regelung des § 45b PStG ein standesamtliches Verfahren zur nachträglichen Änderung des Geschlechtseintrages und des Vornamens für Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung eingeführt.

Durch die Einführung des § 45b PStG sollte den Anforderungen, die sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie den Gleichheitsrechten des Art. 3 Abs. 1, 3 GG für die personenstandsrechtliche Anerkennung von Menschen, die sich weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnen, Rechnung getragen werden. Insofern darf § 45b PStG als verfassungsakzessorische Norm bezeichnet werden.

Sowohl der personelle Anwendungsbereich dieser Norm als auch die Anforderungen an die der Behörde vorzulegenden Nachweise werden seit Einführung der Norm in der Fachliteratur wie vorgehend umfassend dargelegt wurde, kontrovers diskutiert und sind in der Rechtsprechung umstritten (neben den hier im Instanzenzug ergangenen Entscheidungen u.a.: OLG Nürnberg, Beschluss vom 03.09.2019 – 11 W 1880/19 –, FamRZ 2019, S. 1948; OLG München, Beschluss vom 15.04.2020 – 11 Wx 114/20 –, **Anlage 38**; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 19.11.2019 – 3 W 78/19 –, **Anlage 37**; AG Dortmund, Beschluss vom 24.09.2019 – 310 III 10/19 –, **Anlage 35**; AG Münster, Beschluss vom 16.12.2019 – 22 III 36/19 –, FamRZ 2020, S. 626; AG Münster, Beschluss vom 05.02.2020 – 22 III 130/18 –, **Anlage 34**; AG Saarbrücken vom 14.05.2019 – 10 III UR (G) 14/19 –, **Anlage 52**; AG Oldenburg, Beschluss vom 20.04.2020 – 93 III 15/20 –, **Anlage 36**).

Eine erhebliche Anzahl weiterer Klageverfahren zu diesen Fragen sind, wie die Prozessbevollmächtigten aus eigener Anschauung und Prozessvertretungen wissen, anhängig, nicht zuletzt, weil die Standesämter die neue Norm des § 45b PStG sehr unterschiedlich anwenden. Dabei ist zu betonen, dass einige Verfahren auch im Rahmen einer Zweifelsvorlage durch die jeweiligen Standesämter selbst eingeleitet worden sind. Es besteht also auch auf behördlicher Seite große Rechtsunsicherheit, insbesondere hinsichtlich der auch im vorliegenden Fall relevanten Frage des personellen Anwendungsbereiches und des Attesterfordernisses. Schon deshalb kommt den mit dieser Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Fragen über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu (siehe zum Streitstand auch oben B.II.1.c).

Entscheidend für die anhängigen Verfahren und die Behördenpraxis ist, wie die Voraussetzungen der Norm des § 45b PStG verfassungskonform auszulegen sind.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt es hierzu bislang nicht. Die recht junge, einfachrechtliche Rechtsgrundlage des § 45b PStG ist bislang nicht verfassungsgerichtlich auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz untersucht worden.

Die aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen lassen sich nicht ohne Weiteres aus der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Grundrechten inter- und transgeschlechtlicher Personen beantworten. Bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zu transgeschlechtlichen Personen ging es jeweils um die Situation von Personen, die eine Identität als männlich bzw. weiblich hatten. Insofern stellte sich nur die Frage nach den Voraussetzungen für eine rechtliche Eintragung als männlich oder weiblich. Zudem hat sich die Rechtslage seit 2011 erheblich verändert (s. o. B.II.6.a.cc. (1)).

Das Bundesverfassungsgericht hat sich in der Entscheidung vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) erstmals mit den Grundrechten von Personen, die weder eine weibliche noch eine männliche Geschlechtsidentität haben, befasst. § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG wurde mit Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 und mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG für unvereinbar erklärt, „soweit sie eine Pflicht zur Angabe des Geschlechts begründen und dabei Personen, deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, keinen positiven Geschlechtseintrag ermöglichen, der nicht 'weiblich' oder 'männlich' lautet.“ Im konkreten Fall ging es damals um eine Person, bei der das sogenannte Turner-Syndrom diagnostiziert worden war, welches in manchen medizinischen Definitionen als 'Variante der Geschlechtsentwicklung' angesehen wird, in anderen hingegen nicht.

Welche Anforderungen sich aus den genannten Grundrechten für die Bestimmung des Personenkreises, deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, durch den Gesetzgeber ergeben, ist seither strittig. Die Auslegung des Wortlautes des § 45b PStG, der zur Umsetzung gerade des verfassungsgerichtlichen Beschlusses vom 10.10.2017 (BVerfGE 147, 1) erlassen wurde, ist insbesondere hinsichtlich des Begriffs 'Variante der Geschlechtsentwicklung' hoch umstritten.

Gleichwohl verweist der Bundesgerichtshof im angegriffenen Beschluss im Wesentlichen auf den medizinischen Fachdiskurs. Wäre diese enge Auslegung und der Verweis auf medizinische Definitionen zutreffend, hätte § 45b PStG (anders als im Gesetzgebungsverfahren intendiert) mithin möglicherweise – je nach der von der entscheidenden ärztlichen Fachperson vertretenen Auffassung – einen so engen Anwendungsbereich, dass der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts schon deshalb nicht zutreffend umgesetzt worden wäre, weil

nicht einmal die in dem damaligen Verfahren beschwerdeführende Person erfasst wäre (BVerfGE 147,1). Allein aus diesem Grunde bedarf es verfassungsgerichtlicher Klärung, welche Vorgaben der Verfassung für eine personenstandsrechtliche Ausgestaltung der Streichung des Geschlechtseintrages für Personen, die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, zu entnehmen sind.

Der Bundesgerichtshof möchte auf Personen, die eine Streichung des Geschlechtseintrages erstreben, aber nach Auffassung des Bundesgerichtshofs nicht in den Anwendungsbereich des § 45b PStG fallen, das Transsexuellengesetz analog anwenden. Viele Regelungen des TSG sind bereits vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärt worden. In einem Nichtannahmebeschluss vom 17.10.2017 (BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222) hat zuletzt die 2. Kammer des Ersten Senats an der Senatsentscheidung vom 11.01.2011 (BVerfGE 128, 109) festgehalten. Mit der nicht zur Entscheidung angenommenen Verfassungsbeschwerde wurde allein das Begutachtungserfordernis in § 4 Abs. 3 TSG gerügt, nicht jedoch die inhaltlichen Voraussetzungen des Personenstandswechsels im TSG (BVerfG, Kammerbeschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17 –, NJW 2018, S. 222, Rn. 10). Über die analoge Anwendung des TSG auf Personen, die eine Streichung des Geschlechtseintrages erstreben, hat das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden.

Das Fehlen einer verfassungsgerichtlichen Vorklärung impliziert die grundsätzliche Bedeutung (vgl. Graßhof, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 58. EL Januar 2020, § 93a Rn. 91). Dies ist hier auch deswegen der Fall, weil die Voraussetzungen des geschlechtlichen Personenstandseintrages noch nicht mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG Gegenstand einer verfassungsgerichtlichen Prüfung waren (vgl. Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 [234] **Anlage 30**).

### **C.I.2. Zur Durchsetzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person angezeigt**

Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist auch zur Durchsetzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person angezeigt. Nach der Interpretation des § 93a Abs. 2 lit. b BVerfGG ist dies insbesondere dann der Fall, wenn die geltend gemachte Grundrechtsverletzung besonderes Gewicht hat und die beschwerdeführende Person in existenzieller Weise betrifft (BVerfGE 90, 22 [25]). Mit ihrer Geschlechtsidentität wird die beschwerdeführende Person in einem existenziellen Belang ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts getroffen, wegen ihres Geschlechts benachteiligt und gegenüber Personen ungleich behandelt, deren Geschlechtsidentität mit ihrem bei Geburt eingetragenen Geschlecht übereinstimmt.

Die beschwerdeführende Person wäre ohne eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts darauf zurückgeworfen, geschlechtlich entweder ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht

nicht wahrnehmen zu können oder im Recht mit einem Geschlecht bezeichnet zu sein, das der eigenen Geschlechtsidentität nicht entspricht. Sie wäre (weiter) dazu gezwungen, dem nicht passenden Geschlechtseintrag immer wieder aktiv entgegen treten und die Anerkennung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts stets neu einfordern zu müssen. Ohne rechtliche Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität müsste sich die beschwerdeführende Person von Behörden, ärztlichem Personal, dem beruflichen und sozialen Umfeld und der Öffentlichkeit immer wieder den unzutreffenden Geschlechtseintrag entgegenhalten lassen.

Wegen der vom Bundesgerichtshof vorgesehenen Verweisung der beschwerdeführenden Person auf ein gerichtliches Verfahren analog TSG drohen weitere tiefgreifende Verletzungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und eine schwerwiegende Benachteiligung wegen des Geschlechts, weil dieses Verfahren ersichtlich nicht auf diesen Fall zugeschnitten ist und die Voraussetzung des TSG analog nicht verfassungskonform auf die beschwerdeführende Person anwendbar sind.

## Resümee

1. Der Zwang zur Eintragung des Geschlechts im Geburtenregister unmittelbar nach der Geburt gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.
2. Die Auslegung des Tatbestandsmerkmals 'Varianten der Geschlechtsentwicklung' in § 45b Abs. 1 PStG seitens des Bundesgerichtshofs verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.
3. Die Pflicht, gemäß § 45b Abs. 3 PStG eine ärztliche Bescheinigung über eine 'Variante der Geschlechtsentwicklung' als Voraussetzung für die Berichtigung oder Streichung des Geschlechtseintrages vorzulegen, verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.
4. Der Verweis auf die analoge Anwendung des TSG zur Erreichung des Geschlechtseintrages zulasten der beschwerdeführenden Person verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

5. Die Anwendung von § 8 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG und §§ 9 Abs. 3, 4 Abs. 3 TSG auf die beschwerdeführende Person verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und gegen das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.
  
6. Die unterschiedliche Behandlung von Personen, die in der Auslegung des Bundesgerichtshofs eine Streichung des Geschlechtseintrages nach § 45b PStG verlangen können, und der beschwerdeführenden Person verstößt gegen den allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG.