

Bundesverfassungsgericht  
Schloßbezirk 3  
76131 Karlsruhe

, den 02.09.2016

### Verfassungsbeschwerde

von xxx

– beschwerdeführende Person –

Bevollmächtigte:

xxxxx

gegen:

1. Beschluss des Amtsgerichts Hannover, v. 13.10.2014, Az. 85 III 105/14
2. Beschluss des OLG Celle, v. 21.01.2015, Az. 17 W 28/14
3. Beschluss des Bundesgerichtshofs, XII. Zivilsenat, v. 22.06.2016, Az. XII ZB 52/15

sowie mittelbar gegen §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG. Wir zeigen an, dass uns die beschwerdeführende Person Vollmachten erteilt und mit der Wahrnehmung ihrer Interessen beauftragt hat (**Anlage 1**).

Namens und im Auftrage der beschwerdeführenden Person erheben wir

### **Verfassungsbeschwerde**

gegen

1. Beschluss des Amtsgerichts Hannover, v. 13.10.2014, Az. 85 III 105/14

**(Anlage 2),**

2. Beschluss des OLG Celle, v. 21.01.2015, Az. 17 W 28/14 (**Anlage 3**),
3. Beschluss des Bundesgerichtshofs, XII. Zivilsenat, v. 22.06.2016, Az. XII ZB 52/15 (**Anlage 4**), zugestellt am 02.08.2015 (**Anlage 5**).

sowie mittelbar gegen §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG. Gerügt wird die Verletzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG.

## **Begründung:**

### **A. Sachverhalt**

#### **1. Sachlicher Hintergrund**

Die beschwerdeführende Person wendet sich gegen die Ablehnung des Antrages auf Berichtigung des bisherigen Geschlechtseintrages im Geburtenregister dahingehend, dass der alte Eintrag zu streichen und das Geschlecht als „inter/divers“, hilfsweise als „divers“ einzutragen ist.

Der Hintergrund des Antrages der beschwerdeführenden Person vom 27.07.2014 an das Standesamt Gehrden (**Anlage 6**) ist folgender:

Die beschwerdeführende Person ist intergeschlechtlich geboren. Das Geschlecht der beschwerdeführenden Person wurde jedoch im Jahr 1989 auf schriftliche Anzeige des xxx-Krankenhauses in Gehrden im Geburtenregister des Standesamts Gehrden als weiblich eingetragen. Konkret heißt es dort, es sei „ein Mädchen geboren“ (**Anlage 7**).

Die Hintergründe der eigenen Geschlechtsidentität wurden in der Antragsbegründung vom 27.07.2014 ausführlich geschildert (**Anlage 6**). Die beschwerdeführende Person führt aus, dass der bisherige Eintrag in der Geburtsurkunde als „Frau“ ebenso wenig zutreffe, wie es eine Änderung des Eintrags zu „Mann“ tun würde. Beides entspräche nicht der Wahrheit.

(.....)

Da der bisherige Eintrag nicht mit dem empfundenen und gelebten Geschlecht der beschwerdeführenden Person übereinstimmt, beantragte diese mit Schriftsatz vom 27.07.2014 (**Anlage 6**) die Berichtigung des Geburtseintrages Nr. 813 des Standesamts Gehrden vom 23.11.1989. Die Berichtigung sollte dahingehend vorgenommen werden, dass die bisherige Geschlechtsangabe gestrichen und in die Angabe „inter/divers“ geändert werden sollte, hilfsweise nur „divers“. Dies begründet die beschwerdeführende Person damit, dass nur ein anderer Eintrag als „männlich“ oder „weiblich“ den Tatsachen entspreche. Ein Offenlassen des Geschlechtseintrages komme für sie nicht in Frage, da dies eine Leerstelle manifestiere und damit erneut ein Unsichtbarmachen einhergehe, wie es bisher in ähnlicher Weise durch die Zuordnung zu einer Geschlechtsgruppe erfolgte, die nicht der eigenen Geschlechtsidentität entspricht.

## **2.      Verfahrensverlauf**

Das Standesamt Gehrden leitete den Antrag über die Aufsichtsbehörde (Regionspräsident Hannover) an das Amtsgericht Hannover weiter (**Anlagen 9** und **10**). Das Amtsgericht Hannover lehnte den Antrag mit Beschluss vom 13.10.2014 ab (**Anlage 2**). Gegen diese Entscheidung erhob die beschwerdeführende Person mit Schriftsatz vom 19.11.2014 Beschwerde (**Anlage 11**) beim Oberlandesgericht Celle, das die Beschwerde mit Beschluss vom 21.01.2015 zurückwies (**Anlage 3**). Am 16.02.2015 legte die beschwerdeführende Person die vom OLG Celle zugelassene Rechtsbeschwerde beim Bundesgerichtshof ein (**Anlage 12**), welche mit Schriftsatz vom 23.04.2015 (**Anlage 13**) begründet wurde. Der Bundesgerichtshof hat die Rechtsbeschwerde mit Beschluss vom 22.06.2016 (**Anlage 4**), zugestellt am 02.08.2016 (**Anlage 5**), als unbegründet zurückgewiesen.

### **2.1     Antragsverfahren bei dem Standesamt Gehrden**

In dem Antrag an das Standesamt Gehrden vom 27.07.2014 (**Anlage 6**) führte die beschwerdeführende Person aus, der momentane Eintrag im Geburtsregister entspreche nicht den Tatsachen, da sie keine Frau sei. Auch eine Änderung des Eintrags auf „männlich“ würde nicht den Tatsachen entsprechen. Ebenso sei die Streichung des Eintrags gemäß § 22 Abs. 3 PStG nicht korrekt, da ihre Geschlechtsidentität nicht – wie bei einem Neugeborenen – unsicher sei, sondern eine gefestigte Geschlechtsidentität bestehe.

Zudem sei ein fehlender Eintrag des Geschlechts diskriminierend, solange die Eintragung des Geschlechts als Norm vorgesehen ist. Sie erhoffe sich von einem gleichberechtigten Eintrag ihres Geschlechts einen Schutz gegen Diskriminierung und empfinde eine Nicht-Eintragung als Unsichtbarkeit, die eine gesellschaftliche Unsichtbarkeit von intergeschlechtlichen Personen perpetuiere. Neben dem Hinweis darauf, dass in der Biologie Geschlecht komplexer sei als eine Einteilung in männlich und weiblich – und auch die Sozialwissenschaft eine komplexere Realität annehme –, verweist die beschwerdeführende Person auf ihre Biografie. (.....)

Mit der Findung einer klaren Identität als intergeschlechtlich gehe für sie auch die Notwendigkeit der entsprechenden Eintragung im Personenstandsregister einher, da sie andernfalls alltäglich damit konfrontiert sei, dass es sie „nicht gebe“. Aus diesem Grund sei auch die Streichung des Eintrags als weiblich nicht ausreichend.

Zur rechtlichen Begründung des Antrags hat die beschwerdeführende Person ausgeführt, das Recht auf eine der eigenen Geschlechtsidentität entsprechende Eintragung ergebe sich aus verfassungsrechtlich garantierten Grundrechten, konkret aus dem Grundrecht auf Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG), der freien Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG), dem Recht auf körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 2 GG) und dem Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 GG). Dass die staatliche Anerkennung der geschlechtlichen Identität grundgesetzlich geschützt sei, ergebe sich auch aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Soweit demnach die Geschlechtsidentität Teil des grundrechtlich geschützten Persönlichkeitsrechts sei, müsse dies insbesondere für Personen gelten, die eine andere Identität als männlich oder weiblich hätten, da diese im Besonderen auf den Schutz und die Anerkennung der geschlechtlichen Identität angewiesen seien.

Das Standesamt führte in seinem Schreiben vom 29.07.2014 an das Amtsgericht aus, dass die beantragte Eintragung nicht möglich sei, da der Gesetzgeber eine solche nicht vorgesehen habe (**Anlage 9**). Dieser habe lediglich die Möglichkeit geschaffen, gar kein Geschlecht einzutragen. Der Antrag sei folglich zurückzuweisen. Der Regionspräsident Hannover als Aufsichtsbehörde hat sich mit Schreiben vom 01.08.2014 der Rechtsauffassung des Standesamts angeschlossen und den Antrag der beschwerdeführenden Person mit der Stellungnahme des Standesamts an das Amtsgericht weitergeleitet (**Anlage 10**).

## 2.2 Amtsgerichtliches Verfahren

Im amtsgerichtlichen Verfahren wurde durch die Prozessbevollmächtigte der beschwerdeführenden Person ergänzend zu dem Vorbringen im Antrag mit Schriftsatz vom 30.9.2014 (**Anlage 14**) vorgetragen, der gesetzgeberische Wille stünde dem Antrag nicht entgegen, da § 22 Abs. 3 PStG nicht die Situation der beschwerdeführenden Personen erfasse. Der Gesetzestext sei kurzfristig erstellt worden und habe versäumt, eine Regelung für erwachsene Personen zutreffen. Es sei daher von einer Regelungslücke auszugehen. Es müsse eine verfassungskonforme Auslegung des Personenstandsgesetzes erfolgen. Sollte eine solche nach Ansicht des Gerichts nicht möglich sein, sei das Personenstandsgesetz wegen der Verletzung von Grundrechten der beschwerdeführenden Person verfassungswidrig und die Voraussetzungen für eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG wären gegeben.

Das Amtsgericht hat den Berichtigungsantrag mit Beschluss vom 13.10.2014 zurückgewiesen, da das Geschlecht eines Kindes mit der Angabe „weiblich“ oder „männlich“ oder ohne eine Angabe einzutragen sei. Eine andere Eintragung sei nicht vorgesehen. Eine Verfassungswidrigkeit der §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG sei nicht erkennbar. Eine weitere Begründung erfolgte nicht, namentlich nicht zur Verfassungsgemäßheit der gesetzlichen Regelung (**Anlage 2**).

Hiergegen legte die beschwerdeführende Person Beschwerde ein (**Anlage 11**). Begründet wurde diese damit, der Beschluss des AG Hannover verletze sie in ihren Rechten, da sich das Recht auf eine der eigenen Geschlechtsidentität entsprechende Eintragung in Personenstandsurkunden aus den verfassungsrechtlich garantierten Grundrechten ergebe. Dem daraus folgenden Anspruch auf eine Eintragung in das Geburtenregister, welche der tatsächlichen Geschlechtsidentität entspricht, könne nicht mit einem „Offenlassen“ des Eintrages Genüge getan werden. Dem Beschluss des Amtsgerichts Hannover seien zudem keine rechtlichen Gründe zu entnehmen, die der beantragten Eintragung in das Geburtenregister entgegenstünden.

Der beantragte Eintrag sei darüber hinaus auch aus Gründen der Registerwahrheit erforderlich. Nach dem Grundsatz der Wahrheit und Klarheit von öffentlichen Registern müssten Tatsachen möglichst vollständig und in jedem Fall zutreffend eingetragen werden. Im vorliegenden Fall entspreche die Eintragung „weiblich“ nicht der Wahrheit. Ein Offenlassen des

Eintrags widerspreche auch dem Gebot der Registerklarheit, da hier keine Unkenntnis der Geschlechtsidentität vorliege – also eine Eintragung möglich sei.

### **2.3 Oberlandesgerichtliches Verfahren**

Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichtes mit der Begründung zurückgewiesen, das Amtsgericht habe den Berichtigungsantrag in Übereinstimmung mit dem Wortlaut von §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG sowie Nr. 21.4.3 PStG-VwV zurückgewiesen (**Anlage 3**). Die beschwerdeführende Person könne lediglich eine Streichung des Geschlechtseintrages „weiblich“ erreichen. Dies sei aufgrund der Neufassung der Regelung des § 22 Abs. 3 PStG möglich, da diese nicht lediglich den Fall betreffe, in dem bei einem Neugeborenen für eine Übergangszeit eine Geschlechterzuordnung nicht möglich sei. Dies folge aus einer Gegenüberstellung der Regelung über die Angabe der Vornamen (§ 22 Abs. 1 PStG), für die eine Monatsfrist gilt, und der Regelung über die Geschlechtsangabe (§ 22 Abs. 3 PStG), für die keine Frist vorgesehen ist.

Das Oberlandesgericht ist der Auffassung, dass der Gesetzgeber der Problematik der Geschlechterzuordnung von intergeschlechtlichen Personen mit der Regelung des § 22 Abs. 3 PStG hinreichend Rechnung getragen habe. Die primäre Wirkung der Neuregelung in § 22 Abs. 3 PStG sei in der Anerkennung von Intersexualität durch den Gesetzgeber zu sehen. Daher müsse das Tatbestandsmerkmal „Geschlecht“ in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG auch nicht verfassungskonform so ausgelegt werden, dass neben „männlich“ und „weiblich“ eine dritte Eintragungsmöglichkeit vorzusehen sei.

Das Oberlandesgericht führt zwar aus, die geschlechtliche Identität einer Person sei Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG), und deshalb werde die Anerkennung der Intersexualität grundrechtlich geschützt. Das personenstandsrechtliche Geschlecht solle daher das empfundene Geschlecht widerspiegeln. Ein rein binäres Geschlechtersystem, bestehend aus „männlich“ und „weiblich“, sei nach überwiegender Auffassung verfassungswidrig. Daraus folge jedoch nicht, dass die rechtliche Anerkennung von Intersexualität im Personenstandsrecht ausschließlich durch einen Geschlechtseintrag „inter“ oder „divers“ erfolgen könne. Der Deutsche Ethikrat habe in seiner Stellungnahme zu Intersexualität von 2012 zwar die Empfehlung abgegeben, bei Personen, deren Geschlecht nicht eindeutig feststellbar ist, neben der Eintragung als „weiblich“ oder „männlich“ auch „anderes“ zu ermöglichen. Zusätzlich sollte nach der Stellungnahme des Deutschen Ethik-

rates geregelt werden, dass kein Eintrag erfolgen müsse, bis sich die betroffene Person selbst entschieden hat. Daneben habe der Deutsche Ethikrat in seiner Stellungnahme aber auch andere denkbare Varianten außer der Anerkennung eines dritten Geschlechts dargestellt, namentlich die Zuordnung zu beiden Geschlechtern, das Offenlassen des Geschlechts oder die gänzliche Abschaffung des Geschlechtseintrags. Der Gesetzgeber habe sich für das Offenlassen der Geschlechtsangabe entschieden. Die Nichtbezeichnung des „unbestimmten Geschlechts“ im Personenstandsrecht sei verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die aktuelle Fassung des § 22 Abs. 3 PStG erweise sich deshalb nicht als verfassungswidrig.

Gegen die Entscheidung des OLG erhob die beschwerdeführende Person Rechtsbeschwerde (**Anlage 12 und 13**), mit der der ursprüngliche Antrag weiter verfolgt wurde. Zudem wurde beantragt, der beschwerdeführenden Person eine entsprechende Geburtsurkunde auszustellen. Mit der Beschwerde wurde die Verletzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie aus Art. 3 GG und die Verletzung einfachen Rechts, insbesondere der §§ 21, 22 PStG, gerügt. Sowohl für inter- als auch transgeschlechtliche Personen sei die Anerkennung der Geschlechtsidentität – gerade weil sie vom traditionellen gesellschaftlichen Geschlechterverständnis abweiche – von existentieller Bedeutung. Die damit häufig verbundenen schwierigen Selbstfindungsprozesse und Ausgrenzungserfahrungen habe die beschwerdeführende Person anschaulich dargelegt. Auf diese Ausgangslage seien weder das Amtsgericht noch das OLG eingegangen.

Der Gesetzgeber habe anerkannt, dass es Personen gebe, die intergeschlechtlich sind und des Schutzes des Gesetzgebers bedürfen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die geschlechtliche Identität rechtlich anzuerkennen sei und somit Transsexuellen ermöglicht werden müsse, den Eintrag im Personenstandsregister zu ändern, sei auf intergeschlechtliche Personen übertragbar. Die beschwerdeführende Person könne nicht auf ein Abwarten einer gesetzgeberischen Lösung verwiesen werden, da aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG die Verpflichtung der Gerichte erfolge, bis zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers die bestehende Gesetzeslücke zu schließen. Ebenfalls bestehe ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 GG, welcher eine Benachteiligung wegen des Geschlechts und somit auch eine Ungleichbehandlung Intersexueller gegenüber Männern und Frauen verbiete.

Die beschwerdeführende Person könne keinesfalls auf § 22 Abs. 3 PStG verwiesen werden. Dies hätte zur Folge, dass gerade die Regelung, die nach einem Jahrhundert der Leugnung

der Existenz von intergeschlechtlichen Personen diese Existenz anerkennen soll, diese Personen wieder in eine personenstandsrechtliche Nicht-Existenz verbannt.

## **2.4 Verfahren vor dem Bundesgerichtshof**

Der XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshof hat die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des Oberlandesgerichtes als unbegründet zurückgewiesen (**Anlage 4**), mit der Begründung, die rechtlichen Ausführungen des Oberlandesgerichts hielten der rechtlichen Überprüfung stand. Im Einzelnen wurde dies damit begründet, dass eine Änderung der Eintragung im Geburtenregister als „inter“ bzw. „divers“ nach geltendem Recht nicht möglich sei. Dies ergebe sich aus dem eindeutigen Wortlaut der §§ 21, 22 PStG.

Auch eine (verfassungskonforme) Auslegung dahingehend, dass das Tatbestandsmerkmal Geschlecht in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG nicht nur das weibliche oder männliche, sondern auch ein drittes Geschlecht umfasse, käme nicht in Betracht. Dies ergebe sich aus der systematischen Auslegung der Norm. Der Personenstand sei gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 PStG die sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person. Das Personenstandsregister habe nur dienende Funktion und enthalte Angaben, die nach dem Familienrecht grundlegende Bedeutung für die persönliche Rechtsstellung besitzen. Da die Rechtsordnung, namentlich das Familienrecht, von einem binären Geschlechtersystem ausgehe, könne kein drittes Geschlecht wie „inter“ oder „divers“ davon umfasst sein. Zwar habe der Gesetzgeber mit § 22 Abs. 3 PStG auch „zwischen Geschlechtliche Menschen“ vor Benachteiligungen schützen, aber nicht zugleich ein neues Geschlecht bilden wollen. Dafür fehle es bereits an entsprechenden materiell-rechtlichen Regelungen, wie zur Abstammung und Partnerschaft.

Das Schaffen eines weiteren Geschlechts sei auch nicht Wille des Gesetzgebers gewesen. Vielmehr habe die Bundesregierung die Empfehlung des Bundesrates, die Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zu Intersexualität (BT-Drs. 17/9088) bereits in diesem Gesetz zu berücksichtigen, abgelehnt, da die Materie zu komplex für eine kurzfristige Gesetzesänderung sei. In der Beschlussempfehlung des Innenausschusses, mit der § 22 Abs. 3 PStG „schließlich“ in den Gesetzentwurf eingefügt wurde, heiße es „lediglich“, mit der neuen Regelung solle sich der Problemstellungen des Deutschen Ethikrats zum Thema angenommen und klargestellt werden, dass die Geschlechtsangabe im Geburtenregister offen bleibe, wenn sie nicht zweifelsfrei feststehe (BT-Drs. 17/12192, S. 11).



Der Bundesgerichtshof sah außerdem keine Veranlassung, die Sache dem Bundesverfassungsgericht vorzulegen, da er die §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG für nicht verfassungswidrig halte. Die Frage, ob Intersexuelle durch die früher bestehende Notwendigkeit, als männlich oder weiblich im Geburtenregister eingetragen zu werden, in ihren Grundrechten verletzt worden seien, stelle sich nicht mehr. Die antragstellende Person könne gemäß §§ 48 Abs. 1, 47 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG die Angabe des eingetragenen Geschlechtes („Mädchen“) nachträglich löschen lassen.

Mangels spezifischer Regelungen für ein Geschlecht „inter/divers“ im materiellen Familienrecht komme einer solchen Eintragung keine eigenständige Bedeutung zu. Daher mache es für die beschwerdeführende Person im Ergebnis keinen verfassungsrechtlich relevanten Unterschied, ob ein geschlechtsbezogener Eintrag unterbleibe oder ein Eintrag erfolge, der keinem der bestehenden Geschlechter zugeordnet werden könne.

Die Frage, inwieweit der Gesetzgeber verfassungsrechtlich gehalten wäre, Änderungen im materiellen Familienrecht vorzunehmen, sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens, da es der antragstellenden Person nicht um Fragen der Abstammung oder Eingehung einer Partnerschaft gehe. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Transsexualität sei auf Fälle der Intersexualität nicht ohne weiteres übertragbar, da es bei Transsexualität um einen Wechsel der Zuordnung zu einem der beiden von der Rechtsordnung anerkannten Geschlechter gehe. Die Schaffung eines weiteren Geschlechtes betreffe hingegen die staatlichen Ordnungsinteressen in erheblicherem Umfang. Außerdem sei umstritten, auf welche Weise den Interessen intersexueller Menschen hinreichend Rechnung getragen werden könne.

### **3. Grundrechtsrüge in den Vorinstanzen**

Wie sich aus den Schriftsätzen ergibt, hat 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 GG in allen Instanzen erfolglos gerügt (siehe hierzu den Antrag vom 27.07.2014, **Anlage 6**, Beschwerdebegründung vom 19.11.2014, **Anlage 11**; Rechtsbeschwerdebegründung vom 23.04.2015, **Anlage 13**).

## **B. Rechtsausführungen**

Die Verfassungsbeschwerde der beschwerdeführenden Person richtet sich gegen die gerichtlichen Entscheidungen, den Antrag an das Landesamt Gehrden vom 27.07.2014 zurückzuweisen, im Einzelnen gegen den Beschluss des Amtsgerichts Hannover vom 13.10.2014 – 85 III 105/14 –, den Beschluss des OLG Celle vom 21.01.2015 – 17 W 28/14 – und den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.06.2016 – XII ZB 52/15. 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 (1). Die beschwerdeführende Person ist antragsberechtigt (2). Ein zulässiger Beschwerdegegenstand (3) und die Beschwerdebefugnis (4) sind gegeben. Der Rechtsweg ist erschöpft, und auch der Grundsatz der Subsidiarität steht der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde nicht entgegen (5).

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

Die Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde gemäß § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG von einem Monat wird gewahrt. Die Frist begann gemäß § 93 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG mit der Zustellung des Beschlusses des Bundesgerichtshofs vom 22.06.2016 – XII ZB 52/15 – am 02.08.2016 gemäß § 166 Abs. 2 i.V.m. § 317 Abs. 1 Satz 1 ZPO (**Anlage 5**: Empfangsbekanntnis vom 02.08.2016). Gemäß § 222 Abs. 1 ZPO i.V.m. §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 BGB endet die Monatsfrist damit am 02.09.2016.

#### **2. Antragsberechtigung**

Die beschwerdeführende Person ist als natürliche Person antragsberechtigt 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, Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG.

### **3. Beschwerdegegenstand**

Die Verfassungsbeschwerde richtet sich gegen die den Antrag an das Landesamt Gehrden vom 27.07.2016 zurückweisenden Beschlüsse des Amtsgerichts Hannover vom 13.10.2014 – 85 III 105/14 –, den Beschluss des OLG Celle vom 21.01.2015 – 17 W 28/14 – und den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.06.2016 – XII ZB 52/15. Die genannten Beschlüsse sind Akte der öffentlichen Gewalt im Sinne des § 90 Abs. 1 BVerfGG. Mittelbar wendet sich die beschwerdeführende Person gegen die Rechtsgrundlage der Entscheidungen in §§ 22 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG, die mit den genannten Grundrechten ebenfalls nicht vereinbar ist.

### **4. Beschwerdebefugnis**

Die beschwerdeführende Person ist in den ihr aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG zustehenden Grundrechten verletzt (4.1) sowie selbst, gegenwärtig und unmittelbar durch die angegriffenen Akte beschwert (4.2).

#### **4.1 Grundrechtsverletzung**

Die beschwerdeführende Person macht eine Verletzung in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 GG durch die angegriffenen Beschlüsse geltend. Die Fachgerichte haben diese Grundrechte der beschwerdeführenden Person nicht bzw. nicht hinreichend beachtet. Sie sind zu Unrecht davon ausgegangen, die Rechtsgrundlage ihrer Entscheidungen in §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG sei mit den Grundrechten der beschwerdeführenden Person vereinbar. Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG ist „das Geschlecht des Kindes“ im Geburtenregister zu beurkunden. Die Eintragung des Geschlechts ist gemäß Nr. 21.4.3 Satz 1 PStG-VwV nur als „männlich“ oder „weiblich“ möglich. Andere Eintragungen wie „ungeklärt“ oder „intersexuell“ werden explizit als unzulässig genannt (Nr. 21.4.3 Satz 2 PStG-VwV). Kann das Kind weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht eindeutig zugeordnet werden, ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe einzutragen (§ 22 Abs. 3 PStG). Nach diesen Bestimmungen hat die beschwerdeführende Person als intergeschlechtliche Person lediglich die Möglichkeit, weiter mit der falschen Zuordnung zum weiblichen Geschlecht zu leben oder aber diese Angabe nachträglich zu beseitigen und in der Konsequenz personenstandsrechtlich geschlechtslos bzw. geschlechtlich unbestimmt zu werden. Die elementare Bedeutung einer vollwertigen

Anerkennung als (auch) geschlechtlich bestimmte Person und damit der Anerkennung als gleiches Rechtssubjekt innerhalb einer an die Geschlechtszugehörigkeit anknüpfenden Rechtsordnung wurde hierbei nicht erfasst. Mit ihrer Verfassungsbeschwerde wendet sich die beschwerdeführende Person gegen einen Eingriff in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht, der durch die Beschränkung der Darstellbarkeit der eigenen Person auf eine Nicht-Benennung – im Gesetzeswortlaut: „ohne Angabe“ – stattfindet, und gegen eine Ungleichbehandlung gegenüber denjenigen Personen, die mit der für sich als richtig empfundenen Bezeichnung „männlich“ oder „weiblich“ eingetragen sind oder aufgrund einer Personenstandsänderung gemäß § 8 TSG eingetragen werden können.

Die durch diese Nichtwahrnehmung als geschlechtlich bestimmte Person verursachte Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ergibt sich insbesondere aus den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht zu den Rechten transgeschlechtlicher Menschen entwickelt hat und die – anders als der Bundesgerichtshof in dem angegriffenen Beschluss (**Anlage 4**) annimmt – auf den Fall der beschwerdeführenden Person übertragbar sind. Danach gehört zu der von dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Privat- und Intimsphäre auch die Anerkennung der geschlechtlichen Identität, die sich nicht allein nach biologischen Merkmalen bemisst, sondern wesentlich durch das eigene Empfinden bestimmt wird (BVerfGE 115, 1 (15); 116, 243 (263, 264); 121, 175 (190); 128, 109 (124)). Nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft kann das Geschlecht eines Menschen von einer Einordnung als männlich oder weiblich abweichen, und eine intergeschlechtliche Identität kann dauerhaft bestehen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht verlangt des Weiteren eine Übereinstimmung zwischen dem personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag und der selbst empfundenen Geschlechtsidentität. Eine solche Übereinstimmung ist für die beschwerdeführende Person nach aktueller Rechtslage nicht zu erlangen, da sie weder geschlechtslos noch geschlechtlich unbestimmt ist, sondern ihre Geschlechtsidentität als intergeschlechtlich empfindet, bezeichnet und lebt.

Die Ungleichbehandlung, der die beschwerdeführende Person nach geltender Rechtslage ausgesetzt ist, besteht darin, dass männliche und weibliche Menschen als solche personenstandsrechtlich registriert werden und sich dementsprechend nach außen darstellen können, während ihre eigene Geschlechtsidentität vom Recht bestenfalls als „ungeklärt“ bezeichnet wird. Eine gleichwertige rechtliche Anerkennung ihrer Geschlechtsidentität mit männlichen oder weiblichen Personen wird ihr auf diese Weise verwehrt. Die Fachgerichte haben weiter-

hin die existenzielle Bedeutung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags verkannt, indem sie ihn auf eine rein familienrechtsakzessorische Formalität reduziert haben. Insbesondere ist eine Auseinandersetzung mit den im geltenden Recht vollkommen unklaren familien- und abstammungsrechtlichen Folgen des fehlenden Geschlechtseintrags unterblieben.

## **4.2 Beschwer**

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

### **4.2.1 Selbstbetroffenheit**

Als antragstellende Person, Verfahrensbeteiligte und Adressatin der ablehnenden Beschlüsse ist die beschwerdeführende Person von den Beschlüssen selbst betroffen.

### **4.2.2 Gegenwärtige Beschwer**

Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 22.06.2016 sowie die diesem Beschluss vorangehenden Entscheidungen des Amts- und des Oberlandesgerichtes haben den Antrag der beschwerdeführenden Person zurückgewiesen bzw. die Rechtmäßigkeit der Ablehnung des Antrags bestätigt und sind rechtskräftig. Aufgrund dessen ist es der beschwerdeführenden Person gegenwärtig verwehrt, die begehrte Berichtigung ihres Geschlechtseintrags im Geburtenregister zu erhalten.

### **4.2.3 Unmittelbare Beschwer**

Die angegriffenen Beschlüsse führen zu einer unmittelbaren Beschwer der beschwerdeführenden Person, indem sie den Antrag auf die begehrte Eintragung zurückweisen und somit unmöglich machen.

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

### **5.1 Rechtswegerschöpfung**

Der Rechtsweg ist erschöpft. Gegen die angegriffenen Entscheidungen sind keine weiteren Rechtsmittel mehr zulässig.

## **5.2 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 Verletzung ihrer Grundrechte 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 6, 11, 13 und 14**) als auch aus den Beschlüssen der Fachgerichte (**Anlagen 2, 3 und 4**). Insbesondere hat die beschwerdeführende Person durchgängig und mit ausführlicher Begründung den Einwand erhoben, dass die Verwehrung der Änderung ihres Geburtseintrags sie in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 sowie Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG verletze (siehe hierzu die **Anlagen 6, 11 und 13**: Antrag vom 27.07.2014, Beschwerdebegründungen vom 19.11.2014 und 23.04.2015). 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 der Verfassungsbeschwerde**

Die Beschwerde ist begründet. Die durch die angegriffenen Entscheidungen erfolgte Zurückweisung des Antrags auf Änderung des Geschlechtseintrags der beschwerdeführenden Person in „inter/divers“ verletzt ihre Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 (1), Art. 3 Abs. 1 (2) und Art. 3 Abs. 3 GG (3).

#### **1. Allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG**

Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die beschwerdeführende Person in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.

## **1.1 Eröffnung des Schutzbereichs**

### **1.1.1 Persönlicher Schutzbereich**

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

### **1.1.2 Sachlicher Schutzbereich**

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), vgl. zuletzt auch BVerfG FamRZ 2016, 877, Rn. 32)). 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). 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 (127)). Die Geschlechtsidentität wird in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der Intim- bzw. der Privatsphäre zugeordnet (vgl. BVerfGE 60, 123 (134); BVerfG NJW 1997, 1632; BVerfGE 115, 1 (14); 116, 243 (264); 121, 175 (190); 128, 109 (124)).

In seiner Rechtsprechung zu den Rechten transgeschlechtlicher Menschen verknüpft das Bundesverfassungsgericht die geschlechtliche Identität mit dem Personenstandsrecht. Die Geschlechtsidentität bedarf demnach der Anerkennung durch das Recht (BVerfG NJW 1997, 1632; BVerfGE 116, 243 (264); BVerfGE 121, 175 (191 f., 200 ff.); siehe hierzu auch die Stellungnahme des Deutschen Ethikrates, a.a.O., S. 43). Daher gebietet es das allgemeine Persönlichkeitsrecht, im Personenstandseintrag das Geschlecht abzubilden, welches der Geschlechtsidentität der Person entspricht, d.h. jeden Menschen dem Geschlecht zuzuordnen, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört (BVerfGE 49, 286 (198); 60, 123 (134 f.); BVerfG NJW 1997, 1632; BVerfGE 116, 243 (264)).

Die personenstandsrechtliche Eintragung ist für das Individuum einerseits 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 ebd., 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); vgl. auch BVerfGE 128, 109 (127)) ist beeinträchtigt, wenn der Staat eine rechtlich verbindliche geschlechtliche Zuordnung verlangt, dann aber das selbst empfundene Geschlecht formal nicht anerkennt.

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, was ihren sozialen Geltungsanspruch ausmacht, sowie ob und inwieweit Dritte über ihre Persönlichkeit verfügen können (BVerfGE 63, 131 (142), unter Verweis auf BVerfGE 35, 202 (220) und BVerfGE 54, 148 (155f.); auch BVerfGE 119, 1 (24); vgl. für eine detaillierte Darstellung auch *Hufen*, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Tübingen 2001, S. 103-126). 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 staatliche Anerkennung der subjektiven Geschlechtszugehörigkeit (Dreier/Dreier, 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 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 und Arbeitgebern u.a.), sondern u.U. 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, StAZ 2012, 344; zur Bedeutung der Übereinstimmung von Registereintrag und Auftreten in der Öffentlichkeit auch (BVerfGE 88, 87 (97); BVerfGE 116, 243 (263 f.)). 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 (127)).

Die Geschlechtszugehörigkeit eines Menschen bestimmt sich nach einer Reihe von körperlichen und psychischen Merkmalen, die innerhalb einer Person zusammentreffen, aber auch divergieren können. 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 (263); 121, 175 (190); 128, 109 (124)). Gerade die selbst empfundene Geschlechtlichkeit ist es, die im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der rechtlichen Anerkennung besonders bedarf (BVerfGE 115, 1 (15); 116, 243 (263 f.); 128, 109 (124), vgl. auch Dreier/Dreier a.a.O., Art. 2 I Rn. 72). Wie in anderen Bereichen auch, hat die subjektive Identitätsperspektive im Sinne einer Selbstwahrnehmung und -beschreibung Vorrang vor staatlich an das Individuum herangetragenem Erwartungen (vgl. Britz, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, 2007, S. 19; speziell für die Geschlechtsidentität Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 258 ff.).

Auch die Intergeschlechtlichkeit, der sich die beschwerdeführende Person zuordnet, genießt in dieser Weise den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Deutscher Ethikrat, a.a.O. S. 43 f., m.w.N.). Der Begriff der Intersexualität oder Intergeschlechtlichkeit steht für unterschiedliche Varianten der Geschlechtsentwicklung, die jeweils dazu führen, dass eine Person nicht zweifelsfrei dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Auf der Ebene der körperlichen Merkmale hat Intergeschlechtlichkeit unterschiedliche medizinische Ursachen und variantenreiche Erscheinungsformen. Gemeinsam ist ihnen, dass nicht alle sogenannten Geschlechtsmarker (Chromosomen, Keimdrüsen, primäre und sekundäre Geschlechtsmerkmale u.a.) auf dasselbe Geschlecht verweisen. Häufig wird die chromosomale Situation als ausschlaggebend für das Geschlecht eines Menschen angesehen. So definiert das Klinische Wörterbuch von Pschyrembel (266. Aufl. 2014, S. 1031, Stichwort „Intersexualität“) die Intergeschlechtlichkeit als Situation, in der sich „innere und äußere Geschlechtsorgane in unterschiedlich starker Ausprägung im Widerspruch zur chromosomalen Geschlechtsdeterminierung“ entwickeln. Doch bleibt dabei die faktische Variationsbreite bei den Geschlechtschromosomen unberücksichtigt (weswegen die Chromosomen auch in der

medizinischen Wissenschaft nicht immer maßgeblich gewesen sind, nachgezeichnet und nachgewiesen u.a. von *Klöppel*, XX0XY ungelöst, 2010). Bei den Geschlechtschromosomen (Gonosomen) gibt es neben den häufigsten Formen XX oder XY auch noch diverse andere (Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2014, S. 811, Tabelle zum Stichwort „Gonadendysgenese“; S2k-Leitlinie Varianten der Geschlechtsentwicklung, Version 1.0 (Juli 2016), S. 5 Tab. 1 (**Anlage 15**)), deren eine bei der beschwerdeführenden Person vorliegt.

Die verschiedenen Varianten der Intergeschlechtlichkeit wurden historisch in der Medizin nicht einheitlich behandelt. Neben der Auffassung, Intergeschlechtlichkeit sei eine Störung der Geschlechtsentwicklung, finden sich zahlreiche Zeugnisse, in denen dem „Hermaphroditen“ oder „Zwitter“ ein eigenes Geschlecht zugeschrieben wird bzw. die betroffenen Personen sich selbst so bezeichnen. Diese Konfliktlinie findet sich auch in der heutigen Literatur wieder. Im englischen medizinischen Sprachgebrauch werden die Varianten der Intergeschlechtlichkeit häufig unter dem Stichwort „DSD“ zusammengefasst, wobei das erste „D“ unterschiedlich entweder als „disorders“ oder „differences“ gelesen wird (vgl. Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 5; der Ethikrat selbst wählt das Verständnis als „differences of sexual development“). In der medizinischen Praxis wurde Intergeschlechtlichkeit bei Kindern in den vergangenen Jahrzehnten häufig als Störung aufgefasst, die mit einer möglichst frühen und umfassenden operativen wie hormonellen „Anpassung“ an das männliche oder das weibliche Geschlecht zu behandeln sei („optimal gender policy“, vgl. statt vieler: *Schweizer/Richter-Appelt*, Behandlungspraxis gestern und heute, in: *Schweizer & Richter-Appelt* (Hg.), *Intersexualität kontrovers*, 2012, S. 99-119). Nicht zuletzt aufgrund der Proteste von Betroffenen, die derartige Behandlungen als schmerzhaftes Zurichtung und extreme Form der Fremdbestimmung empfinden, ist in der medizinischen Wissenschaft wie auch im menschenrechtlichen Diskurs seit einigen Jahren ein Prozess der Entpathologisierung intergeschlechtlicher Identitäten zu beobachten (vgl. für den medizinischen Diskurs: S2k-Leitlinie Varianten der Geschlechtsentwicklung, Version 1.0 (Juli 2016), S. 4 f. (**Anlage 15**); Stellungnahme der Bundesärztekammer „Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorders of Sex Development, DSD)“ vom 30.01.2015, S. 5 (**Anlage 16**); für den menschenrechtlichen Diskurs: *Discrimination and violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*, Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, 04.05.2015 UN-Dokument A/HRC/29/23 (**Anlage 17**), insb. S. 5 f.; Organization of American States, Inter-

American Commission on Human Rights, Violence against Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Persons in the Americas, 2015 (**Anlage 18**), insb. S. 119 f., Ziff. 194 f.; Council of Europe, Commissioner of Human Rights: Human rights and intersex people, 2015 (**Anlage 19**), insb. S. 25 f.; European Union Agency of Fundamental Rights, The fundamental rights of intersex persons, FRA Focus 4/2015 (**Anlage 20**), insb. S. 5 ff.; explizit zum Verhältnis beider Diskurse zueinander: *Zehnder/Streuli*, Kampf der Diskurse?, in: Schweizer-Richter-Appelt, Intersexualität kontrovers, 2014, 395-413; vgl. auch schon *Hester*, Intersex(e) und alternative Heilungsstrategien, in: Ethik in der Medizin, 2004, S. 48-67 (**Anlage 21**)).

In diesem Zusammenhang wird auch die Notwendigkeit einer frühen und mit geschlechtsanpassenden medizinischen Behandlungen erzwungenen Einordnung der Betroffenen in eine der Kategorien „männlich“ oder „weiblich“ mittlerweile nicht vollständig, aber weitgehend abgelehnt (S2k-Leitlinie Varianten der Geschlechtsentwicklung, Version 1.0 (Juli 2016), S. 19-23 (**Anlage 15**); Stellungnahme der Bundesärztekammer vom 30.01.2015, S. 2, 6 (**Anlage 16**)). Nach dem aktuellen Stand der medizinischen Wissenschaft ist eine intergeschlechtliche Identität nicht als psychische Störung anzusehen, dementsprechend nicht korrigierbar und als solche anzuerkennen (S2k-Leitlinie (**Anlage 15**), S. 3). Dem entspricht die Öffnung für nicht-binäre Verortungen in medizinischen Klassifikations- und Diagnosewerken. In der aktuellen fünften Version des Diagnostic Statistical Manual (einem von der American Psychiatric Association herausgegebenes Klassifikationssystem, das auch für die wissenschaftliche Begutachtung in Deutschland von Bedeutung ist, vgl. *Stevens/Fabra*, DSM-5: Bedeutung für die Begutachtung, Der medizinische Sachverständige, 4/2015, 162 ff. (**Anlage 22**)) wird auf diese Entwicklung bereits eingegangen. Die Diagnosekriterien der „Gender Dysphoria“ lassen explizit eine Identifikation mit „some alternative gender different from one’s assigned gender“ zu. Eine ähnliche Öffnung der Diagnosekriterien wird für die zu verabschiedende ICD-11 erwartet (*Richards et al.*, Non-binary or genderqueer genders, International Review of Psychiatry, 1/2016, 95-102 (98) (**Anlage 23**)). Als krankheitswertig wird dabei nicht die Abweichung von dem bei der Geburt zugewiesenen Geschlecht angesehen, sondern das damit einhergehende Unbehagen, das insbesondere durch die fehlende soziale und rechtliche Anerkennung und traumatisierende Diskriminierungserfahrungen ausgelöst werden und die Indikation therapeutischer oder somatischer Maßnahmen bedingen kann. In dem Leitlinienreport zur S2k-Leitlinie 174/001: Varianten der Geschlechtsentwicklung (**Anlage 24**, S. 3) heißt es sogar: „Der Aspekt der eigenen Entscheidung der betroffenen Person für oder gegen eine Maßnahme wird in der Leitlinie immer wieder hervorgehoben, um die bisherige Vorstellung

und Umsetzung früher angleichender Maßnahmen an das männliche oder weibliche Geschlecht aus den Köpfen der Behandler auszulöschen.“ Die Reform des § 22 PStG von 2013, der nunmehr das Offenlassen des Geschlechtseintrags ermöglicht, ist auch als (wenn auch wenig durchdachte und übereilt hergestellte) Reaktion auf diese Debatte zu verstehen.

Ebenso wie bei hinsichtlich ihrer physischen Geschlechtsmarker eindeutig männlichen und weiblichen Personen lässt die körperliche Anlage der Intergeschlechtlichkeit keinen sicheren Rückschluss auf das psychische Geschlecht zu, das eine Person im Laufe ihres Lebens entwickelt. Angesichts der enormen Bedeutung der selbst empfundenen Geschlechtszugehörigkeit für die Entwicklung einer Identität und die Entfaltung der Persönlichkeit, wie sie das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung seit 1978 immer wieder hervorhebt, kann daher letzten Endes jeder Geschlechtseintrag, der unmittelbar nach der Geburt vorgenommen wird, nur als vorläufig betrachtet werden, da über die Entwicklung des psychischen Geschlechts zu diesem Zeitpunkt noch nichts bekannt ist (*Plett*, in Schochow/Gehrmann/Steger (Hg.), *Inter\* und Trans\*identitäten*, 2016, S. 215-230 (223); vgl. ferner, in demselben Band, die Beiträge von *Woweries* (S. 189-212), *Schmidt* (S. 231-256), *Lettrari/Willer* (S. 257-277)). Personen mit einer intergeschlechtlichen Veranlagung können im Laufe ihres Lebens eine stabile männliche oder weibliche Identität entwickeln. Nach dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis gibt es jedoch auch eine nennenswerte Gruppe von Personen, die sich dauerhaft weder als männlich noch als weiblich empfinden (vgl. die eben genannten Beiträge sowie Beiträge in Schweizer/Richter-Appelt, *Intersexualität kontrovers*, 2014, insb. *Quindeau* (S. 119-130); *Brunner et al.* (S. 225-252); *Bora*, *Zur Situation intersexueller Menschen: Bericht über die Online-Umfrage des Deutschen Ethikrates*, 2012; frühere ausländische Studien: *Preves*, *Intersex and Identity*, 2003; *Karzakis*, *Fixing Sex*, 2008). Ist aber eine intergeschlechtliche Identität – wie bei der beschwerdeführenden Person – eindeutig und dauerhaft, so hat sie Anspruch auf gleichberechtigte Anerkennung ihres Geschlechts als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Denn für sie ist ihre Intergeschlechtlichkeit nicht Teil eines Prozesses, an dessen Ende sie eine Identität als männlich oder weiblich „erkennen“ wird, sondern eine stabile Form des Seins, ein Geschlecht, das weder männlich noch weiblich ist. Auch dieses Geschlecht ist durch die Rechtsordnung und die staatlichen Institutionen als gleichberechtigte Variante der freien Entfaltung der Persönlichkeit und Identitätsentwicklung anzuerkennen und fällt in den Schutzbereich des vom Bundesverfassungsgericht so bezeichneten Rechts auf Anerkennung der

selbstbestimmten geschlechtlichen Identität (BVerfGE 121, 175 (191, 192, 200, 202); siehe auch BVerfGE 128, 109 (127)).

Diese Bewertung ergibt sich auch aus dem für Deutschland verbindlichen internationalen Recht, namentlich dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 Abs. 1 EMRK, das nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes in seiner Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte berücksichtigt werden muss. Von diesem Recht umfasst ist nach der Rechtsprechung des EGMR auch die Geschlechtsidentität, die sich nicht allein nach biologischen Kriterien bestimmen lässt, und deren Wandelbarkeit im Recht Anerkennung finden muss (EGMR, 11.07.2002, Beschwer-Nr. 28957/95 (Goodwin/UK), § 82; EGMR, 12.06.2003, Beschwer-Nr. 35968/97 (van Kück/Deutschland), § 69; vgl. dazu auch *Meyer-Ladewig*, Europäische Menschenrechtskonvention, 3. Aufl. 2011, Art. 8 Rn. 7; *Gössl*, JPrivIntL 2016, 271 f.).

## 1.2 Eingriff

Die erzwungene Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein, da Personen verpflichtet werden, sich in ein binäres System einzuordnen, das ihrem eigenen Identitätsempfinden nicht entspricht (Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 44; *Kolbe*, Intersexualität, 2010, S. 101; so im Übrigen wohl auch OLG Celle (**Anlage 3**, S. 4)).

Der Gesetzgeber hat auf diesen verfassungsrechtlich ungenügenden Zustand reagiert, indem er die Möglichkeit geschaffen hat, den Geschlechtseintrag offen zu lassen (§ 22 Abs. 3 PStG in der Fassung vom 07.05.2013, BGBl. I 1122, in Kraft seit 01.11.2013). Der Bundesgerichtshof argumentiert in dem angegriffenen Beschluss (**Anlage 4**, S. 7 f., Rn. 22), mit dieser Gesetzesänderung stelle sich die Frage nach einer Grundrechtsverletzung nicht mehr. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 22 Abs. 3 PStG insbesondere auf den Fall reagiert, dass bei einem Kind nach der Geburt oder im Verlauf der frühen Kindheit die Geschlechtszuordnung medizinisch nicht eindeutig ist. In diesen Fällen ist es sachgerecht, die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung offen zu lassen, bis das Kind sich selbst äußern und entscheiden kann, welchem Geschlecht es sich zugehörig fühlt. Ein derartiges Moratorium der Eintragung wurde insbesondere mit dem Ziel gefordert, medizinisch nicht indizierte geschlechtsverändernde Operationen im Kindesalter zu verhin-

dem (so *Kriegler*, Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland: Öffentliche Anhörung vom 8. Juni 2011, S. 3 (**Anlage 25**); *dies.*, Stellungnahme aus Elternsicht. Deutscher Bundestag, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Öffentliche Anhörung am 25. Juni 2012 zum Thema „Intersexualität“, Ausschuss-Drs. 17(13)181f, S. 5 (**Anlage 26**)). Nicht sachgerecht erfasst werden mit der Regelung hingegen Lebenssituationen wie die der beschwerdeführenden Person, die für sich die Identitätsfrage geklärt hat und dabei zu dem Ergebnis gekommen ist, intergeschlechtlich zu sein. Der geschlechtlichen Identität der beschwerdeführenden Person wird die geltende Rechtslage nicht gerecht. Sie hat lediglich eine Wahl zwischen zwei unzutreffenden Kategorien (männlich/weiblich) sowie der Alternative, sich nicht zuzuordnen, den Eintrag also offen zu lassen. Die beschwerdeführende Person ist in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht berührt, weil die Streichung der Eintragung als „Mädchen“ nur zur Konsequenz hat, dass sie „keinem“ Geschlecht angehört. In einem binären Geschlechtssystem, das der Bundesgerichtshof in der letztinstanzlichen Entscheidung als dem deutschen Rechtssystem zugrunde liegend angesehen hat (vgl. BGH, **Anlage 4**, S. 5), bedeutet die Nichtzuordnung zu einer der beiden möglichen Kategorien zugleich, ein „Nullum“ zu sein (*Vöneky/Wilms*, Zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland, Stellungnahme für den Deutschen Ethikrat, 19.05.2011, S. 3 (**Anlage 27**); siehe auch *Boll*, KJ 2015, 421 (429 f.); *Sieberichs*, FamRZ 2013, 1180 (1180 f.): Status der „Geschlechtslosigkeit“, Person „unbestimmten Geschlechts“; krit. zum bloßen Offenlassen auch Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 46 ff., 59). Die beschwerdeführende Person steht nach geltendem Recht vor der Entscheidung, sich falsch zuordnen zu müssen oder im Personenstandsrecht geschlechtslos zu sein. Ihre geschlechtliche Identität wird nicht als Ergebnis freier Persönlichkeitsentfaltung und Selbstbestimmung erkennbar (*Vöneky/Wilms*, a.a.O., S. 25 (**Anlage 27**)). Damit wird in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht eingegriffen.

Dem Bundesgerichtshof ist darin zuzustimmen, dass es materiell-rechtlich keinen Unterschied macht, ob der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag offen gehalten oder positiv als „inter“ oder „divers“ bezeichnet wird, weil das materielle Recht die Existenz intergeschlechtlicher Menschen bislang ignoriert. Daraus zu folgern, §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG und die darauf fußenden ablehnenden Gerichtsentscheidungen stellten keinen Eingriff dar, geht jedoch fehl. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt vor der falschen personenstandsrechtlichen Geschlechtszuordnung nicht ausschließlich wegen möglicher materiell-rechtlicher Folgen (die nach dem geltenden § 22 Abs. 3 PStG im Übrigen keineswegs geklärt sind, siehe dazu noch unten 1.3.2.1), sondern vor allem deswegen, weil es

Menschen in einem konstitutiven Bestandteil ihrer Identität unmöglich gemacht wird, nach außen als die Person aufzutreten, die sie nach eigenem Empfinden sind (BVerfGE 88, 87 (97); 116, 243 (263 f.)). Dieses Problem aber stellt sich für die beschwerdeführende Person nicht anders als für eine transgeschlechtliche Person, die entgegen dem ursprünglichen Eintrag als weiblich eine männliche Identität entwickelt (oder umgekehrt). Das Fehlen eines Geschlechtseintrags würde für die beschwerdeführende Person bedeuten, ihre geschlechtliche Existenz gegenüber Dritten immer wieder zu erklären und zu rechtfertigen (vgl. auch Deutscher Ethikrat a.a.O., S. 43 f.). Des Weiteren würde eine fehlende Zuordnung i.S. des § 22 Abs. 3 PStG nach außen den Eindruck eines Übergangsphänomens erwecken, an dessen Ende die Klärung steht, ob die beschwerdeführende Person ein Mann oder eine Frau ist. Aus der amtlichen Überschrift des § 22 PStG – „Fehlende Angaben“ – wie auch aus Absatz 1 der Norm (Unkenntnis des Vornamens) wird deutlich, dass es bei der Regelung um Angaben geht, deren Eintragung aus Unkenntnis nicht möglich ist. Gäbe es eine personenstandsrechtliche Kategorie, mit der die beschwerdeführende Person als „inter“ oder „divers“ bezeichnet wird, wäre hingegen nach außen deutlich, dass kein Fehleintrag im Sinne einer Unkenntnis der Behörden vorliegt, sondern die bekannte Geschlechtsidentität der beschwerdeführenden Person im Personenstandseintrag wiedergegeben wird.

Die angegriffenen Beschlüsse greifen daher mit der Ablehnung, die beschwerdeführende Person als „inter/divers“ in das Personenstandsregister einzutragen, in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ein, indem sie ihr eine zutreffende Registrierung ihrer geschlechtlichen Identität verwehren.

### **1.3 Fehlende verfassungsrechtliche Rechtfertigung**

Der Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

#### **1.3.1 Einschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts**

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 (Maunz/Dürig-*di Fabio*, Art. 2 Rn. 44; Schmidt-Bleibtreu/Klein-Hofmann, 13. Aufl.

2014, Art. 2 Rn. 8 f.; Sachs/*Murswiek*, 7. Aufl. 2014, Art. 2 Rn. 103; von Münch/*Kunig*, 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 (Sachs/*Murswiek*, a.a.O., Art. 2 I Rn. 101 m.N.). An einer solchen verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage fehlt es hier.

### 1.3.2 Verfassungsmäßigkeit des einschränkenden Gesetzes

Die mit der Sache befassten Gerichte stützen ihre Entscheidung auf §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG. Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG ist das „Geschlecht“ eines Kindes im Geburtenregister zu beurkunden. § 22 Abs. 3 PStG schreibt vor, auf diesen Eintrag zu verzichten, wenn das Kind nicht eindeutig dem weiblichen oder dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann.

Nach zutreffender Auffassung des OLG Celle (**Anlage 3**) wie des Bundesgerichtshofes (**Anlage 4**, Rn. 23) kann auf der Grundlage dieser Normen auch die nachträgliche Streichung eines unzutreffenden Geschlechtseintrags erreicht werden. Kann eine Person weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, ist eine einmal eingetragene Zuordnung falsch und kann daher nach den allgemeinen personenstandsrechtlichen Regelungen berichtigt werden (§§ 47 ff. PStG, so auch *Sieberichs*, FamRZ 2013, 1180 (1184); *Theilen* StAZ 2014, 1 (4)); *Gössl*, StAZ 2015, 171 (172); *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, 2. Aufl. 2015, Rn. IV-223).

Der Wortlaut des § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG lässt mit dem Bezug auf „Geschlecht“ unterschiedliche Interpretationen zu, die auch die Anerkennung weiterer Geschlechtszugehörigkeiten neben der männlichen und der weiblichen zuließen (so auch *Plett*, Rechtliche Aspekte der Intersexualität, Zeitschrift für Sexualforschung 2007, 162-175 (167 f.)). Erst die untergesetzliche Konkretisierung in Nr. 21.4.3 Satz 1 PStG-VwV führt zu der Festlegung auf die männliche und die weibliche Geschlechtszugehörigkeit als – für die Standesämter – einzig zulässige Eintragungen. In dieser Zusammenschau kommt ein System zum Ausdruck, das grundsätzlich von einer binären Geschlechterordnung mit weiblichen und männlichen Personen ausgeht, aber nunmehr eine Nicht-Zuordnung derjenigen erlaubt, die weder der einen oder anderen Kategorie angehören.



Auch die näheren Voraussetzungen und Verfahrensregeln für die Zuordnung bzw. Nicht-Zuordnung des Geschlechts sind nicht im Gesetz selbst geregelt. § 19 PStG regelt die Anzeigepflicht natürlicher Personen, § 20 PStG diejenige durch Krankenhäuser und sonstige Einrichtungen der Geburtshilfe. Einrichtungen sind in jedem Fall zur Anzeige verpflichtet; natürliche Personen bleiben daneben berechtigt (*Gaaz/Bornhofen*, Personenstandsgesetz, 3. Aufl. 2014, Rn. 11 zu § 20) und verpflichtet nur, soweit die Einrichtung keine Angaben zu bestimmten Daten – wie etwa zu den Vornamen des Kindes – machen kann (*Gaaz/Bornhofen*, a.a.O., Rn. 12). Die für die Eintragung in das Geburtenregister erforderlichen Angaben bestimmen sich nach § 21 PStG. Auch im Falle einer nur mündlichen Anzeige ist gemäß § 33 S. 1 Nr. 4 PStV „eine von einer Ärztin oder einem Arzt oder einer Hebamme oder einem Entbindungspfleger ausgestellte Bescheinigung über die Geburt, soweit sie bei der Geburt zugegen war“ vorzulegen. Die ein halbes Jahr nach Inkrafttreten des § 22 Abs. 3 PStG um Nr. 22.2 ergänzte PStG-VwV bestimmt, dass die Eintragung unterbleibt, wenn sich aus dieser Anzeige und zum Zeitpunkt der Anzeige ergibt, dass das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Das bedeutet, dass die Standesämter nur nachfragen müssen, wenn sie vermuten müssen, dass aus Versehen kein Geschlecht eingetragen ist. Sofern weiblich oder männlich vermerkt ist, gibt es diesen Anlass zur Nachfrage nicht, selbst wenn dies fehlerhaft sein sollte. Insofern ist die – in ihrer Ausgestaltung weder durch Gesetz noch Verordnung geregelte – Geburtsanzeige „Dreh- und Angelpunkt“ (*Helms*, Brauchen wir ein drittes Geschlecht?, 2015, S. 15) für die Eintragung. Für die Folgebeurkundung gemäß § 27 PStG bei einer nachträglichen Angabe des Geschlechts finden sich Verfahrensregeln nicht einmal in der PStV, sondern erst in Nr. 27.8.1 PStG-VwV (Fassung vom 12.6.2014). Danach muss durch „eine ärztliche Bescheinigung nachgewiesen [sein], dass das Kind nunmehr einem Geschlecht zugeordnet werden kann“ (weitere Einzelheiten bei *Plett*, Diskriminierungspotentiale gegenüber trans- und intergeschlechtlichen Menschen im deutschen Recht. Landesantidiskriminierungsstelle Berlin, 2015, S. 29 f. (**Anlage 28**)).

Die Regelungen der §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG i.V.m. mit den untergesetzlichen Konkretisierungen in der PStV und der PStG-VwV sind mit der Verfassung insofern nicht vereinbar, als für intergeschlechtliche Menschen neben dem Offenlassen des Geschlechtseintrags keine Option besteht, ihre Geschlechtsidentität positiv registrieren zu lassen. Bei der Auslegung der Normen haben die mit der Sache befassten Gerichte Bedeutung und Tragweite

des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der beschwerdeführenden Person verkannt und zu Unrecht die Verfassungswidrigkeit der Regelungen verneint.

### **1.3.2.1 Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot**

Die Rechtsgrundlage ist insgesamt unbestimmt und mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes nicht vereinbar. Das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot verlangt, Rechtsnormen so zu formulieren, dass ihr Regelungsgehalt für die Normadressaten bzw. Normbetroffenen klar erkennbar ist und sie ihr Verhalten an den Rechtsnormen ausrichten können (st. Rspr. d. BVerfG, vgl. z.B. BVerfGE 17, 306 (314); BVerfGE 110, 33 (53 f.)).

Eng mit dem Bestimmtheitsgebot verbunden ist der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes. Jedenfalls für Eingriffe verlangt er eine gesetzliche Grundlage, die im Falle wesentlicher Eingriffe nur ein Parlamentsgesetz sein kann (st. Rspr., vgl. etwa BVerfGE 49, 89 (126); 83, 130 (142); 98, 218 (251); 120, 378 (407)). Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht haben in aller Regel eine wesentliche Bedeutung für die Grundrechtsausübung der davon betroffenen Personen (*Dreier-Dreier*, a.a.O., Art. 2 I Rn. 91; von Münch/Kunig-Kunig, a.a.O., Art. 2 Rn. 42). Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person ist als wesentlich zu beurteilen, weil er existenzielle Fragen ihrer Identität sowie der Möglichkeiten ihrer Selbstdarstellung betrifft. Die wesentlichen Bestimmungen, die den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister auf die Varianten männlich und weiblich begrenzen, finden sich jedoch nicht im Gesetz, sondern im untergesetzlichen Recht, namentlich in der rein verwaltungsintern bindenden PStG-VwV.

Die stillschweigende Annahme, Geschlecht könne nur entweder männlich oder weiblich sein, mag bei Erlass der Vorschrift nahe gelegen haben, erweist sich jedoch angesichts des gegenwärtigen Stands der wissenschaftlichen Erkenntnis über die Schwierigkeiten, Geschlechtszugehörigkeiten eindeutig zu bestimmen, als nicht hinreichend. Der Gesetzgeber hätte daher, als ihm die besondere Problematik intergeschlechtlicher Personen bewusst wurde, die gebotenen Konkretisierungen im Wege des Parlamentsgesetzes vornehmen müssen. Die Regelung im untergesetzlichen Recht genügt dem Vorbehalt des Gesetzes nicht (vgl. *Gössl*, StAZ 2015, 171 (172) m.N.).

Hinzu kommt, dass für die Normbetroffenen aus der gesetzlichen Grundlage nicht klar erkennbar wird, welche Folgen das Offenlassen des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags für sie (oder im Falle einer elterlichen Entscheidung: für ihre Kinder) haben wird.

Zwar ist § 22 Abs. 3 PStG für sich genommen klar formuliert, jedoch verursacht das Befolgen dieser Vorschrift gravierende Rechtsunklarheiten, weil die einfachrechtlichen Regelungen, die an das Geschlecht anknüpfen, nicht angepasst wurden. Die Vorschrift fügt sich mithin nicht konsistent in die Rechtsordnung ein, was zur Folge hat, dass die Betroffenen dem geltenden Recht nicht klar entnehmen können, welche Folgen der fehlende Geschlechtseintrag für sie im weiteren Leben haben wird. Beispielsweise ist unklar, ob sie eine Ehe oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen können, unter welchen Umständen sie einem Kind als Vater oder Mutter zugeordnet würden. Das Geschlecht einer Person ist bei Flugreisen ebenso anzugeben wie in amtlichen Statistiken, und auch gleichstellungsrechtliche Regelungen, die beispielsweise Vergünstigungen für Frauen vorsehen, dürfen im Konfliktfall von der personenstandsrechtlichen Eintragung abhängig gemacht werden (diese und weitere Beispiele bei *Sieberichs*, FamRZ 2013, 1180 (1181-1184); *Theilen*, StAZ 2014, 1 (5 ff.); *Plett*, in: Schwchow/Gehrmann/Steeger 2016, 215 (226-228); Bericht der unabhängigen Expert\_innenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2015, S. 21-24 (**Anlage 29**)). Diese Unklarheit ist nicht zuletzt dem kurzfristigen und von keiner nennenswerten öffentlichen oder fachwissenschaftlichen Diskussion begleiteten Gesetzgebungsprozess geschuldet. Vor dem Hintergrund der Stellungnahme des Deutschen Ethikrates vom Februar 2012, einer öffentlichen Anhörung des Bundestagsausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend im Juni 2012 (Protokoll **Anlage 30**) sowie einem Fachgespräch auf Berichterstatterebene zum Thema „Empfehlungen internationaler Gremien zu den Menschenrechten intersexueller Menschen“, das derselbe Ausschuss im Oktober 2012 durchgeführt hatte (Protokoll **Anlage 31**), wurde § 22 Abs. 3 PStG erst in den letzten Ausschussberatungen verhandelt und einen Tag vor der Verabschiedung des Gesetzes auf Empfehlung des Innenausschusses in den Entwurf einer primär formalen Reform des Personenstandsrechts aufgenommen (BT-Drs. 17/12192 vom 30.01.2013; BT-PIPr 17/219, S. 27217 ff.).

Diese Inkonsistenz widerspricht nicht nur deutschen verfassungsrechtlichen Grundsätzen, sondern auch den Anforderungen, die der EGMR an Eingriffe in das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 Abs. 1 EMRK stellt. In der Entscheidung *Goodwin/UK* hat der EGMR eine Verletzung dieses Menschenrechts u.a. mit der Widersprüchlichkeit der seinerzeitigen britischen Rechtslage begründet, die geschlechtsverändernde Operationen erlaubte und durch die öffentlichen Gesundheitsdienste vornehmen ließ, die rechtliche Anerkennung der gewandelten Geschlechtszugehörigkeit dann aber verweigerte (EGMR, 11.07.2002, Beschwer-Nr. 28957/95 (*Goodwin/UK*), § 78).

### **1.3.2.2 Verstoß gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit**

Die fehlende Möglichkeit der Eintragung als „inter/divers“ in das Personenstandsregister ist unverhältnismäßig, da die mit ihr verfolgten Zwecke in keinem Verhältnis zu dem durch sie erfolgenden Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG stehen. Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist zu berücksichtigen, dass die Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen auf umso gewichtigeren Gründen beruhen muss, je stärker der gesetzliche Eingriff elementare Äußerungsformen der menschlichen Selbstbestimmung berührt (BVerfGE 17, 314; 20, 150 (159)). Eingriffe in die Intim- und Privatsphäre sind wegen ihrer Nähe zur Menschenwürdegarantie nur zu rechtfertigen, wenn sie besonderen öffentlichen Belangen dienen (BVerfGE 49, 286 (298); 115, 1 (14), 121, 175 (190)). Der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag berührt einerseits einen intimen Bereich der Persönlichkeit, der zudem grundsätzlich lebenslange Wirkung hat. Gleichzeitig hat er durch die Außenwirkung des Registereintrags einen Sozialbezug. Eine Einschränkung durch verfassungsgemäßes Gesetz ist daher zwar möglich, muss aber der existenziellen Bedeutung der personenstandsrechtlichen Anerkennung der tatsächlichen geschlechtlichen Identität Rechnung tragen (Kolbe, a.a.O., S. 106). Der bloß pauschale Verweis auf nicht näher spezifizierte „öffentliche Ordnungsinteressen“, auf den sich der Bundesgerichtshof (**Anlage 4**) beschränkt, genügt diesen Anforderungen jedenfalls nicht.

Als legitimer Zweck des Geschlechtseintrags im Personenstandsregister kommt insbesondere das Interesse in Betracht, den Personenstand dauerhaft und eindeutig zu regeln und damit sowohl die Identifizierbarkeit als auch die Rechte und Pflichten der Individuen eindeutig erkennbar werden zu lassen (BVerfGE 129, 109 (129 f.), siehe auch Deutscher Ethikrat a.a.O., S. 44). Daneben werden auch genannt bzw. sind denkbar: das Interesse, gleichgeschlechtliche Ehen zu vermeiden (BVerfGE 115, 1 (17 ff.); 121, 175 (193 f.)), die Grundrechte etwaig betroffener Kinder sowie die insgesamt binäre Struktur der deutschen Rechtsordnung (so wohl AG München FamRZ 2002, 955 (957); BGH vom 22.06.2016 – XII ZB 5/15 – Rn. 15 (**Anlage 4**)).

#### **1.3.2.2.1 Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den Erhalt der binären Geschlechterordnung**

Verfassungsrechtlich kann die Ablehnung des Eintrags als „inter/divers“ mit dem bloßen Verweis auf eine vorausgesetzte binäre Geschlechterordnung nicht legitimiert werden. Der Bundesgerichtshof argumentiert, die begehrte Eintragung sei nicht möglich, da die Rechts-

ordnung von einem binären Geschlechtersystem ausgehe (BGH vom 22.06.2016 – XII ZB 5/15 – Rn. 15 (**Anlage 4**); ähnlich wohl AG München FamRZ 2002, 955 (957)). Dieser Befund ist auf der deskriptiven Ebene zutreffend (siehe Belege in BGH, Rn. 15 (**Anlage 4**)). Normativ jedoch müsste nachgewiesen werden, dass die Existenz und Aufrechterhaltung dieses binären Systems legitimen öffentlichen Interessen dient und mit den Persönlichkeitsrechten intergeschlechtlicher oder transgeschlechtlicher Menschen vereinbar ist (*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 (Hg.), *Inter\*- und Trans\*Identitäten. Ethische, soziale und juristische Aspekte*, 2016, S. 231 (247)). Zahlreiche der vom Bundesgerichtshof als Beleg angeführten Quellen teilen diese Auffassung gerade nicht, sondern kritisieren die fehlende Offenheit des Rechts für intergeschlechtliche Identitäten (vgl. *Kolbe*, a.a.O., S. 133; Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 46); Bericht der unabhängigen Expert\_innenkommission der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2015, S. 26 (**Anlage 29**)).

Äußerungen in der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHZ 57, 63, (67)), wonach das binäre Geschlechtersystem der gesamten Rechtsordnung als selbstverständliche Voraussetzung zugrunde liege (so unter Hinweis auf die Formulierung in Art. 3 Abs. 2 GG auch *Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 384), müssen seit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Rechten transgeschlechtlicher Menschen als überholt gelten. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht in seiner ersten dieser Entscheidungen noch angenommen, die Rechtsordnung gehe davon aus, dass jeder Mensch entweder dem weiblichen oder dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden könne (BVerfGE 49, 286 (298); siehe auch AG München FamRZ 2002, 955; LG München I NJW 2003, 1591), doch begreift es diese Kategorien weder als eindeutig bestimmbar oder unveränderlich noch als notwendig für ein funktionierendes Rechtssystem. In sachlicher Hinsicht hat es schon seinerzeit *obiter dictu* festgestellt, dass es Menschen („Intersexe“) gebe, „die weder ganz zum einen noch ganz zum anderen Geschlecht gehören“ (BVerfGE 49, 286 (287)). Über deren Rechte war damals nicht zu entscheiden. Der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Fragen der geschlechtlichen Identität lässt sich jedoch der Grundgedanke entnehmen, dass vor dem Hintergrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nicht Menschen sich geschlechtlich an die vorhandenen rechtlichen Kategorien anzupassen haben, sondern umgekehrt die personenstandsrechtliche Zuordnung des Geschlechts die tatsächlich vorhandenen, selbst empfundenen Identitäten zum Maßstab zu nehmen hat. In ständiger Rechtsprechung betont

das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit, dem Menschen denjenigen Personenstand zuzuordnen, dem er seiner psychischen und physischen Konstitution nach zugehört (BVerfGE 49, 286 (198); 60, 123 (134 f.); BVerfG NJW 1997, 1632; BVerfGE 116, 243 (264)); es geht sogar von einem „Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität“ aus (BVerfGE 121, S. 175 (191, 192, 200, 202); vgl. auch BVerfGE 128, S. 109 (127): „Gebot [...] auf Anerkennung der selbst empfundenen geschlechtlichen Identität“). Bezweckten §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, § 22 Abs. 3 PStG das Aufrechterhalten und den Schutz einer binären Geschlechterordnung, so wäre dieser Zweck mit der Verfassung nicht zu vereinbaren, weil nicht zu erkennen ist, mit welcher Begründung diese Geschlechterordnung zwingend des Schutzes gegenüber einer zutreffenden Eintragung der betroffenen Individuen bedarf. Dies könnte nur durch Interessen Dritter oder der Allgemeinheit gerechtfertigt werden, die konkret benannt werden und gegen die Grundrechte des intergeschlechtlichen Individuums abgewogen werden müssten.

Durchbrechungen einer strikt binären Geschlechterordnung sind im Übrigen längst durch die zunehmende Berücksichtigung der Grundrechte transgeschlechtlicher Personen eingetreten: Nach dem personenstandsrechtlichen Geschlechtswechsel einer verheirateten Person ist die daraus folgende gleichgeschlechtliche Ehe hinzunehmen (BVerfGE 115, 1; 121, 175). Des Weiteren ist es aufgrund der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 128, 109) seit 2011 rechtlich möglich, das personenstandsrechtliche Geschlecht zu ändern, ohne fortpflanzungsunfähig zu sein. Die seither aufgetretenen Fälle von personenstandsrechtlichen Männern, die Kinder gebären, und personenstandsrechtlichen Frauen, die Kinder zeugen, stellen die Standesämter vor schwierige Probleme der Elternschaftszuordnung (KG FamRZ 2015, 683; AG Münster, Beschluss v. 04.01.2016 – 22 III 12/15 – (**Anlage 32**); schon vor dieser Entscheidung: OLG Köln NJW 2010, 1295). Der aktuell in den parlamentarischen Gremien verhandelte Gesetzentwurf für eine Neuregelung des Mutterschutzrechts reagiert auf diese Entwicklung, indem er den Begriff der Frau (und damit implizit auch den der Mutter) bereichsspezifisch geschlechtsneutral definiert als eine Person, die schwanger ist oder ein Kind geboren hat (§ 2 Abs. 1 MuSchG-E: „Eine Frau im Sinne dieses Gesetzes ist jede Person, die schwanger ist oder ein Kind geboren hat oder stillt, unabhängig von dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht.“, vgl. BT-Drs. 18/8963, S. 9, siehe auch den Bezug zu § 22 Abs. 3 PStG in der Begründung, ebd., S. 52). Mit § 22 Abs. 3 PStG hat der deutsche Gesetzgeber zuletzt selbst deutlich gemacht, dass die Zuordnung von Individuen zum männlichen oder weiblichen Geschlecht nicht immer möglich ist und dann vom Gesetz auch nicht

erzungen werden darf. Auch wenn es keine positive rechtliche Bezeichnung für die intergeschlechtliche Identität gibt, ist die strikte Binarität damit bereits durchbrochen. Der rechtliche Bezug auf Geschlecht ist zudem nicht naturgegeben, sondern historisch kontingent. Seit die Bundeswehr für Frauen geöffnet und die Wehrpflicht für Männer de facto abgeschafft wurde, das Recht der Elternschaft im Hinblick auf das Sorge- und Umgangsrecht sowie familienpolitische Leistungen nur noch punktuell nach Vätern und Müttern differenziert und auch die abstammungsrechtliche Zuordnung von Vater- und Mutterschaft zunehmend problematisch wird, verliert das Geschlecht als rechtliche Ordnungskategorie in der gesamten Rechtsordnung an Bedeutung (*Schmidt*, a.a.O., S. 248, 251 f.; *Adamietz*, Geschlechtsidentität im deutschen Recht, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, 20-21/2012, S. 15 ff. (21); Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 59; *Remus*, Die Entwicklung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, in: *Grubner/Ott*, (Hrsg.), *Sexualität und Geschlecht*, 2014, S. 105-112 (**Anlage 33**); *Büchler/Cottier*, Intersexualität, Transsexualität und das Recht Geschlechtsfreiheit und körperliche Integrität als Eckpfeiler einer neuen Konzeption, in: *FreiburgerFrauenStudien*, Ausgabe 17, 2005, S. 115-140, 131 f. (**Anlage 34**)). Vor dem Hintergrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts trans- und intergeschlechtlicher Menschen wäre die Rückkehr zu dem Zwang, sich personenstandsrechtlich und dauerhaft eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuzuordnen, im Übrigen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen (OLG Celle, S. 4, II.3. (**Anlage 3**); *Vöneky/Wilms*, a.a.O., S. 11 f. (**Anlage 27**); *Gössl*, StAZ 2015, 171 (172)). Das Recht darf nicht die Erwartung einer bestimmten geschlechtlichen Identität an eine Person herantragen (*Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, S. 258 ff.; vgl. auch *Britz*, *Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung*, S. 110; *Schmidt*, a.a.O., S. 244). Der Schutz einer Geschlechterordnung, die elementare Anforderungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts außer Acht lässt, ist daher kein verfassungslegitimer Zweck.

#### **1.3.2.2.2 Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den Zweck des Eheschutzes (Art. 6 Abs. 1 GG)**

In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wird als legitimes Ziel eines eindeutigen und dauerhaften Geschlechtseintrags das Interesse des Gesetzgebers genannt, gleichgeschlechtliche Ehen zu vermeiden (BVerfGE 115, 1 (17 ff.); 121, 175 (193 f.)). Die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe kann im Fall einer intergeschlechtlichen Person nur in Gefahr geraten, wenn diese bereits verheiratet ist und den Geschlechtseintrag nachträglich beseitigen lässt. Anders als bei transgeschlechtlichen Personen wird ihre Ehe dadurch allerdings noch nicht gleichgeschlechtlich. Legt man den verfassungsrechtlichen Begriff der

Ehe jedoch eng als Verbindung zwischen einem (personenstandsrechtlichen) Mann und einer (personenstandsrechtlichen) Frau aus, fielen in einem solchen Fall die Voraussetzungen der Eheschließung im Nachhinein dennoch weg. In der Abwägung des Zieles, die Ehe gerade in ihrer Definition als verschiedengeschlechtlich zu schützen, mit den Grundrechten der betroffenen Eheleute, kann bei intergeschlechtlichen Ehepartnern jedoch nichts anderes gelten als bei einem transgeschlechtlichen Ehepartner. Auch in einem solchen Fall müsste daher das Leitbild der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe hinter den Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1, 6 Abs. 1 und 3 Abs. 1, 3 GG zurückstehen (vgl. BVerfGE 115, 1 (17 ff.); 121, 175 (193 f.)). Selbst wenn man den Zweck des Schutzes der Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe für verfassungsgemäß erachtet – was insbesondere angesichts der rechtlichen Angleichung von Ehe und Lebenspartnerschaft sowie der internationalen Rechtsentwicklung hinsichtlich der Öffnung der Ehe für gleich- und verschiedengeschlechtliche Paare zunehmend fragwürdig erscheint – ist eine Rechtslage, die intergeschlechtlichen Personen lediglich das Offenlassen des Geschlechtseintrags, nicht aber eine eigene Bezeichnung ihrer Geschlechtsidentität erlaubt, im Hinblick auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht diesem Ziel jedenfalls nicht angemessen. Eine Rechtfertigung mit diesem Zweck scheidet daher aus.

#### **1.3.2.2.3 Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den Schutz der Grundrechte von Kindern**

Der Eingriff kann des Weiteren nicht mit dem Zweck gerechtfertigt werden, die Grundrechte von Kindern intergeschlechtlicher Personen zu schützen. Zwar haben Kinder ein Grundrecht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Erziehung (BVerfGE 133, 59 (73)), jedoch müssen ihnen nicht zwingend ein Mann und eine Frau als Eltern zugeordnet werden – dies zeigen bereits die bestehende Möglichkeit der Nichteintragung des Vaters, der Eintragung gleichgeschlechtlicher Elternschaft (BVerfGE 133, 59 (78)) sowie die aktuelle Handhabung des § 11 TSG, wonach nach dem personenstandsrechtlichen Geschlechtswechsel auch ein Mann Mutter (so KG FamRZ 2015, 683) bzw. eine Frau Vater eines Kindes (so OLG Köln StAZ 2010,45) sein kann. Das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung kann unter Umständen die staatliche Pflicht begründen, bestimmte Umstände der Erzeugung und Geburt zu dokumentieren, wie es beispielsweise bei der Adoption und der Samenspende geschieht. Diese Pflichten verlangen jedoch nicht zwingend die Zuordnung der Eltern zu dem männlichen oder dem weiblichen (und keinem anderen) Geschlecht.



#### **1.3.2.2.4 Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf den Zweck der dauerhaften und eindeutigen Regelung des Personenstands**

Findet sich demnach kein verfassungsgemäßer Zweck, der eine Beschränkung des Geschlechtseintrags auf männliche und weibliche Identitäten aus sich heraus fordert, bleibt nur das akzessorische Ziel, die bestehenden geschlechterdifferenten Regelungen des Rechts durch eine klare personenstandsrechtliche Zuordnung abzusichern. In diesem Sinne ist die dauerhafte und eindeutige Regelung des Personenstands ein legitimes Ziel einschränkender Regelungen nur solange, wie das Recht Normen enthält, die an die Eigenschaft anknüpfen, Mann oder Frau zu sein (so wohl AG München FamRZ 2002, 955 (957)).

Im geltenden Recht betrifft dies Normen des Familienrechts (abstammungsrechtliche Elternzuordnung, Ehe- und Lebenspartnerschaftsrecht) sowie des Gleichstellungsrechts. Des Weiteren übermitteln die Standesämter ihre Daten einschließlich der Angaben zum Geschlecht an die Meldeämter und weitere Behörden (Einzelheiten bei *Plett*, Diskriminierungspotentiale, S. 27 f., 34-37 (**Anlage 28**)). Ferner wird das Geschlecht in vielen Rechtsbereichen in der Praxis routinemäßig erhoben, soweit es nicht schon auf bundes- und landesrechtlich vorgesehenen Wegen mitgeteilt wurde, etwa von privaten Krankenkassen, Fluggesellschaften etc. Auch viele Statistiken erheben das Merkmal des Geschlechts und differenzieren danach ihre Daten (vgl. *Vöneky/Wilms*, a.a.O., S. 21 (**Anlage 27**)). Im Hinblick auf diese nach Geschlecht differenzierenden Rechtslagen und Praxen ist der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag grundsätzlich geeignet, eine eindeutige Geschlechtszuordnung verbindlich festzustellen.

#### **1.3.2.2.5 Erforderlichkeit**

Die von der beschwerdeführenden Person geforderte zusätzliche Option, ihr Geschlecht als „inter/divers“ einzutragen, ist jedoch ein im Hinblick auf ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht milderer Mittel, das nicht nur ebenso, sondern besser geeignet wäre, den gewünschten Zweck einer klaren personenstandsrechtlichen Zuordnung zu erleichtern. Die gegenwärtige Rechtslage ist demnach nicht erforderlich und verstößt damit gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Der Eintrag eines „dritten Geschlechts“ ist auch schon in anderen Ländern zulässig (Australien, Neuseeland, Nepal, Bangladesh, Indien); eine Registrierung in dem der individuellen Identität entsprechenden Geschlecht ist in Malta möglich (Sec. 3 Act No. XI v. 14.04.2015, Gov. Gazette of Malta No. 19, 410 (**Anlage 35**)).

Der von den angegriffenen Entscheidungen abgewiesene Antrag wendet sich nicht gegen die Anforderung als solche, das Geschlecht personenstandsrechtlich zu beurkunden, wenngleich sich auch der vollständige Verzicht auf den Geschlechtseintrag innerhalb des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bewegen dürfte (vgl. Deutscher Ethikrat, a.a.O. S. 59; *Adamietz*, APuZ, a.a.O. (21); *Büchler/Cottier*, a.a.O., S. 132 (**Anlage 34**); *Plett* in Schochow/Gehrmann/Steeger, S. 223; *Schmidt*, a.a.O., S. 251 f.; *Vöneky/Wilms*, a.a.O. S. 25 (**Anlage 27**)). Desgleichen ist die gegenwärtige Möglichkeit in § 22 Abs. 3 PStG, den Geschlechtseintrag offen zu halten, eine geeignete, erforderliche und angemessene Regelung, um den Bedürfnissen insbesondere der großen Gruppe intergeschlechtlicher Minderjähriger und anderer Personen gerecht zu werden, die sich im Prozess der Identitätsfindung befinden. Aus der Perspektive der beschwerdeführenden Person und anderer intergeschlechtlicher Menschen, die ihre Geschlechtsidentität dauerhaft zwischen den Kategorien männlich und weiblich oder jenseits davon verorten, geht die geltende Rechtslage nicht weit genug. Für diese Personengruppe wäre es ein weniger einschneidendes Mittel, wenn sie neben der Option, den Geschlechtseintrag offen zu halten, die zusätzliche Möglichkeit hätten, das Ergebnis ihrer Identitätssuche mit „inter/divers“ beurkunden zu lassen und damit deutlich zu machen, dass ihre zwischengeschlechtliche Identität nicht unklar oder vorübergehend ist. Dies entspricht im Übrigen auch dem Vorschlag des Deutschen Ethikrates, der die alleinige Option des Offenlassens nicht in den Katalog seiner Empfehlungen aufgenommen hat, sondern eine dritte Eintragungsmöglichkeit als „anders“ vorschlägt und gleichzeitig empfiehlt, bei Minderjährigen den Geschlechtseintrag offen zu lassen, bis sie selbst entscheiden können (Deutscher Ethikrat a.a.O., S. 59).

Eine weitere geschlechtliche Kategorie „inter/divers“ wäre nicht weniger geeignet, dem Zweck der personenstandsrechtlichen Klarheit zu entsprechen als die derzeitige Rechtslage. Eine zusätzliche Eintragungsmöglichkeit würde im einfachen Recht nicht mehr Probleme aufwerfen als der jetzige § 22 Abs. 3 PStG, wäre aber mit den Persönlichkeitsrechten der beschwerdeführenden Person besser vereinbar. Mit dieser Kategorie würde der Gesetzgeber nicht notwendig ein „drittes Geschlecht“ schaffen, wie der Bundesgerichtshof suggeriert, sondern eine Sammelbezeichnung für alle Personen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, aber auch nicht dauerhaft als „geschlechtslos“ registriert sein möchten.

Eine weitere Kategorie „inter/divers“ berührte insbesondere nicht den Status personenstandsrechtlicher Männer und Frauen. Geschlechtsspezifische Normen etwa des Gleichstellungsrechts könnten bestehen bleiben (*Vöneky/Wilms*, a.a.O. S. 22 (**Anlage 27**)) oder wie im AGG an das Merkmal „Geschlecht“ anknüpfen (*Vöneky/Wilms*, S. 24). Andere Regelungen, insbesondere die des Ehe- und Abstammungsrechts, müssten angepasst werden, doch besteht diese Notwendigkeit bereits nach dem geltenden Recht. Der Gesetzgeber hat es bislang versäumt, die Auswirkungen des fehlenden Geschlechtseintrags gem. § 22 Abs. 3 PStG rechtlich zu regeln, obwohl ihm die Notwendigkeit im Gesetzgebungsprozess bewusst war (vgl. BT-Drs. 17/10489, S. 72). Die Regelung ist insofern nicht zu Ende gedacht. Sie ist geeignet und erforderlich, um die Rechte intergeschlechtlicher Kinder auf freie Entfaltung und körperliche Unversehrtheit zu wahren, indem sie Eltern und ärztliches Personal von dem Druck entlastet, durch medizinisch nicht indizierte Behandlungen Eindeutigkeit im Hinblick auf das männliche oder weibliche Geschlecht herzustellen. Die Erforderlichkeit besteht jedoch nicht für den denkbaren (und im Falle der beschwerdeführenden Person wahrscheinlichen) Fall, dass der Geschlechtseintrag dauerhaft offen bleiben würde. Zudem würde eine klare personenstandsrechtliche Zuordnung der intergeschlechtlichen Identität dem Gebot der Registerwahrheit stärker entsprechen und wäre der in § 54 Abs. 1 Satz 1 PStG enthaltenen Vermutung der Richtigkeit personenstandsrechtlicher Eintragungen angemessener.

Im Verhältnis zur jetzigen Regelung würde sich mit einer zusätzlichen Möglichkeit der Eintragung als „inter/divers“ nicht einmal der bürokratische Aufwand nennenswert erhöhen, da auch ein fehlender Eintrag elektronisch nur durch die Einführung einer neuen Eingabekategorie erfasst werden kann. Zurzeit geschieht die Dokumentation der „Nichteintragung“ durch die Eintragung der Ziffer „1“ im Geburtenregister, die im behördlichen Datenaustausch als „X“ übermittelt wird (siehe DSMeld 0701 gem. § 1 Abs. 3 2. BMeldDÜV (**Anlage 36**)). Innerstaatlich ist dies den Bedingungen moderner Datenverarbeitung geschuldet, die – anders als ein gedrucktes Dokument – keinen Nicht-Eintrag ermöglichen (Einzelheiten hierzu bei *Plett*, 2015, S. 24-27 (**Anlage 28**)). International ist schon seit Längerem für die maschinenlesbaren Pässe auf der Grundlage des Dokuments Nr. 9303 der ICAO die Symbolisierung von „unspecified“ durch „X“ vorgesehen (vgl. *Helms*, a.a.O., S. 7, Fn. 32; *Gössl*, StAZ 2015, 171 (173); *Plett*. in Schochow/Gehrmann/Steeger, S. 227).

Die derzeitige Lösung, die nur das Offenlassen als Möglichkeit für intergeschlechtliche Menschen vorsieht, ist demnach nicht erforderlich.

### 1.3.2.2.6 Angemessenheit

Jedenfalls aber steht die gesetzgeberische Lösung in unzumutbarem Verhältnis zu den durch sie bedingten Persönlichkeitsverletzungen. Sie ist nicht geeignet, die Grundrechtsbeeinträchtigung, die durch das Fehlen einer dritten Eintragungsmöglichkeit bewirkt wird, zu beenden. Dabei ist nicht zu leugnen, dass das Offenlassen des Geschlechtseintrags den Grundrechten einer bestimmten und nicht unerheblichen Gruppe intergeschlechtlicher Menschen dient. Angemessen ist die derzeitige gesetzliche Regelung insbesondere für Kinder, denen man die Möglichkeit offen halten muss, sich später selbst zuzuordnen, wenn sie hinreichend einsichts- und urteilsfähig sind. Dasselbe gilt für Personen, deren Selbstidentifikation der Nicht-Zuordnung in Form des Offenlassens des Eintrags entspricht.

Nicht angemessen aber ist die Regelung in Fällen wie dem der beschwerdeführenden Person, die ihre intergeschlechtliche Identität als eindeutig und dauerhaft empfindet. Die Angehörigen dieser Gruppe werden zwar von dem Druck entlastet, sich einer falschen Kategorie zuzuordnen. Die Alternative führt jedoch nur dazu, dass sie personenstandsrechtlich keine geschlechtliche Identität haben. Diese Beeinträchtigung ihrer Persönlichkeit steht außer Verhältnis zu den mit der gesetzlichen Regelung verfolgten Zwecken. Das Sich-Selbst-Denken ist ebenso wie die Selbstdarstellung gegenüber anderen als kommunikativer Akt auf Benennbarkeit angewiesen. Damit eine Option vorstellbar wird, muss sie bezeichnet werden können (vgl. *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, S. 12, 38). Die Funktion des Personenstandseintrags im Geburtenregister geht nicht zuletzt deswegen über die Abbildung von familienrechtlich erheblichen Tatsachen weit hinaus. Der Bundesgerichtshof verkennt daher 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 Intergeschlechtliche keine ausdrücklichen Regelungen enthält (BGH, Rn. 24 (**Anlage 4**)). Das Personenstandsrecht entfaltet grundlegende Bedeutung auch außerhalb des Familienrechts. Nicht zuletzt deswegen betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung die Bedeutung des Geschlechtseintrags für das Selbst- wie Fremdbild einer Person ganz unabhängig davon, welche Rechtsfolgen konkret mit der Eintragung verbunden sind (BVerfGE s.o., vgl. auch *Britz*, Freie Entfaltung durch Selbstdarstellung, S. 74). Solange es den Geschlechtseintrag im Personenstandsrecht gibt, bildet er einen wichtigen Baustein der Identitätsbildung des Individuums im sozialen Kontext, d.h. im Wechselspiel aus Selbst- und Fremdwahrnehmung und -definition. Der Geschlechtseintrag wird nicht nur bei der Frage der Eintragung

neugeborener Kinder oder bei der Eingehung von Lebenspartnerschaften bzw. Ehe abgerufen, sondern bildet das „rechtliche Geschlecht“ eines Menschen. Dieses wird auf dem Pass vermerkt und hat insofern per se Außenwirkung. Er hat damit nicht nur eine rein „technische“, sondern eine ganz erhebliche materielle Bedeutung für die Fremdwahrnehmung einer Person. Abgesehen von der Abstammung ist das Geschlecht das einzige identitätsbildende und diskriminierungsgeschützte Merkmal aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, das automatisch registerlich erfasst wird. Der staatliche Akt verleiht dem Merkmal damit eine zusätzliche Bedeutsamkeit. Diese Bedeutung hat die Geschlechtsidentität aber auch für Personen, deren Identität weder männlich noch weiblich ist und die sich dauerhaft als gegenüber diesen Zuordnungen „anders“ empfinden.

Die Rechtsgrundlage des Geschlechtseintrags in §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG ist demnach insofern weder erforderlich noch angemessen, als sie neben dem Offenlassen keine Eintragungsmöglichkeit für intergeschlechtliche Personen vorsieht. Sie hält damit insgesamt einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht stand. Der mit den angegriffenen Entscheidungen ergangene Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist folglich nicht zu rechtfertigen.

## **2. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, Art. 3 Abs. 3 GG**

Die angegriffenen Entscheidungen verstoßen als verfassungswidrige Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts gegen Art. 3 Abs. 3 GG.

### **2.1 Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts**

In der unterschiedlichen Behandlung intergeschlechtlicher Personen gegenüber als männlich oder weiblich registrierten Individuen liegt eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts.

Die Ungleichbehandlung liegt darin, dass männliche und weibliche Menschen im Personenstandsregister als „männlich“ oder „weiblich“ bezeichnet werden, während es für die intergeschlechtliche Identität der beschwerdeführenden Person keine rechtlich registrierbare Bezeichnung gibt. Die beschwerdeführende Person befindet sich in einer mit männlichen oder weiblichen Personen vergleichbaren Situation, da der Geschlechtseintrag grundsätzlich für jeden in Deutschland personenstandsrechtlich registrierten Menschen verbindlich ist (§ 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG). Die Ablehnung des Antrags der beschwerdeführenden Person, sie als „inter/divers“ einzutragen, behandelt sie im Hinblick auf den personenstandsrechtlichen Ge-

schlechtseintrag gegenüber männlichen oder weiblichen Personen ungleich, da die inzidenter angebotene Löschung des Registereintrags „weiblich“ (vgl. OLG Celle, **Anlage 3**, S. 3; BGH, **Anlage 4**, S. 10) sie im Unterschied zu anderen Personen zu einer rechtlich geschlechtslosen Person machen würde. Die Nichteintragung des Geschlechts ist der Eintragung des Geschlechts nicht äquivalent. Die Ungleichbehandlung ist wesentlich, da sie an ein zentrales Merkmal der menschlichen Identität anknüpft und diesem die gleichwertige rechtliche Anerkennung verwehrt.

Die Ungleichbehandlung erfolgt auch aufgrund des Geschlechts der beschwerdeführenden Person und knüpft damit an eines der Merkmale des Art. 3 Abs. 3 GG an. Zwar wird unter Verweis auf Art. 3 Abs. 2 („Männer und Frauen“) vertreten, der Begriff des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 GG beziehe sich ausschließlich auf das Ziel der Gleichstellung von Frauen und Männern (*Starck*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, GG, Art. 3 Rn. 384). Jedoch ist die Interpretation des Merkmals nicht auf diese – allein aus der historischen Entstehungsgeschichte der Kämpfe der Frauenbewegung zu begründende – Auffassung festgelegt. Vielmehr hat sich das Verständnis davon, was „Geschlecht“ als Rechtsbegriff ausmacht, seit der Entstehung des Grundgesetzes enorm gewandelt und umfasst jedenfalls auch die Geschlechtsidentität außerhalb von Fragen der Gleichstellung von Männern und Frauen (vgl. *Sachs*, in: HsbStR VIII, 6. Aufl. 2010, Schmidt-Bleibtreu/Klein-Krieger, a.a.O., Art. 3 Rn. 77; Maunz/Dürig-Langefeld, Art. 3 Abs. 3, Rn. 24, 42; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth Art. 3 Rn. 122 § 182 Rn. 42; siehe dazu auch *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, S. 254 ff.; *Baer*, Sexuelle Selbstbestimmung? in: Lohrenscheit (Hrsg.), Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht, 2009, S. 89-118 (110 ff.); *Kolbe*, a.a.O., S. 119 ff; *Schmidt*, a.a.O., S. 234, 245 f.; *Lettrari/Willer* a.a.O., S. 260; *Baer*, ZRP 2002, 290 (292, Anm. 22; 294); *Baer*, Verfassung und Geschlecht, in: Christensen (Hg.), Demokratie und Geschlecht. Interdisziplinäres Symposium zum 150-jährigen Jubiläum des Schweizerischen Bundesstaates, 1999, 101-124 (113); *Baer*, Würde oder Gleichheit, 1995, S. 226; *Kocher*, KJ 1999, 182 (182 ff.: Punkt 3.4); *Kocher*, KJ 2009, 386 (386 ff.); *Koch-Rein*, Streit 2006, 9-16; *Richter*, Die Wiederentdeckung des „Dritten Geschlechts“ – Homosexualität im Völker- und Europarecht, in: Zimmermann/Giegerich (Hg.), Gender und Internationales Recht, 2007, 49-107; *Elsuni*, Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, 2011, S. 39 f.; *Chebout*, Queering International Law. Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Dimension von Geschlecht, in: Lembke (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht, 2014, S. 132-159, m.w.N.). Dem entspricht auch die unions- und europarechtliche Rechtsentwicklung: Der EuGH behandelt die ungleiche Behandlung trans-

geschlechtlicher Personen in ständiger Rechtsprechung als Problem der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Sinne der Art. 19 AEUV, Art. 21 GrCh und der europäischen Gleichstellungsrichtlinien (EuGH, 07.01.2004, C-117/01 – *K.B.*, §§ 33 f.; 27.04.2006, C-423/04 – *Richards*, §§ 20 ff.). Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betrachtet in seiner Rechtsprechung zu den Rechten transgeschlechtlicher Personen die nicht eindeutig männliche oder weibliche Geschlechtszugehörigkeit als Teil des Merkmals „Geschlecht“ in Art. 14 EMRK (EGMR, 11.07.2002, Nr. 28957/95 – *Goodwin*, § 108). Für intergeschlechtliche Menschen, deren Geschlechtsidentität sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lässt, kann nichts anderes gelten. In diesem Sinne knüpfen die angegriffenen Entscheidungen sowie die ihnen zugrunde liegende Rechtsgrundlage explizit an das Merkmal des Geschlechts an.

## 2.2 Fehlende Rechtfertigung

Eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zulässig, „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)). Dieses Kriterium ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 11.01.2011 (BVerfGE 128, 109) weniger stringent, da das frühere Hauptunterscheidungsmerkmal – Kinder zeugen als männlich, Kinder austragen und gebären als weiblich – nicht mehr trägt; nunmehr können auch personenstandsrechtliche Männer gebären und personenstandsrechtliche Frauen zeugen (vom BVerfG selbst zitiert: OLG Köln StAZ 2010, 45; ferner KG FamRZ 2015, 683; AG Münster, Beschluss v. 04.01.2016 – 22 III 12/15 – (**Anlage 32**)). Übertragen auf die Situation intergeschlechtlicher Menschen bedeutet dies, dass Ungleichbehandlungen wegen des Geschlechts nur dann zulässig sein können, wenn sie ihrer Natur nach nur bei Personen eines bestimmten Geschlechts auftreten bzw. nicht auftreten können.

Eine solche Rechtfertigung findet sich nicht. Aus der Tatsache, dass intergeschlechtlich Geborene aufgrund ihrer körperlichen Konstitution weder männlich noch weiblich oder beides zugleich sind, kann nicht gefolgert werden, dass sie gar kein (benanntes und dauerhaftes) Geschlecht haben. Ein rechtfertigender Unterschied lässt sich auch nicht in der Annahme finden, dass die Geschlechtsidentität von Männern und Frauen eindeutig sei und die intergeschlechtlicher Menschen nicht. Die beschwerdeführende Person gehört zu einer Personengruppe, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden

kann, und in ihrem Fall hat diese Konstitution zu einer eindeutigen intergeschlechtlichen Identität geführt, die grundrechtlich geschützt ist (BVerfGE 115, 1 (14f.); 116, 243 (263, 264); 121, 175 (190); 128, 109 (124): „das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität“; BVerfGE 121, 175 (191, 192, 200, 202): „Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität“; vgl. auch BVerfGE 128, 109 (127)).

Nur in sehr engen Ausnahmefällen erlaubt das Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Art. 3 Abs. 3 GG eine Rechtfertigung aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts (BVerfGE 85, 191 (207 ff.); 92, 91 (109); 114, 357 (364)). Der pauschale Verweis des Bundesgerichtshofs auf „öffentliche Ordnungsinteressen“ (**Anlage 4**, S. 10) genügt diesen Anforderungen jedenfalls nicht, da er sich nicht auf spezifizierte Verfassungsgüter bezieht. Auch der bloße Umstand, dass das geltende Recht geschlechtsspezifische Normen für weibliche und männliche, nicht aber für intergeschlechtliche Menschen enthält, verweist auf kein Gut von Verfassungsrang, sondern beschreibt allenfalls die kontingente praktische Notwendigkeit, zwischen personenstandsrechtlichem Eintrag und übriger Rechtsordnung Konsistenz herzustellen. Jedoch gebietet der Vorrang der Verfassung vor dem einfachen Recht, grundrechtswidrige Rechtslagen durch adäquate Regelungen zu ersetzen. Dass die Intergeschlechtlichkeit personenstandsrechtlicher Anerkennung bedarf und die Rechtsordnung an diese Anforderung angepasst werden muss, war dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 22 Abs. 3 PStG dem Grunde nach klar (vgl. etwa den Redebeitrag der Abgeordneten Jelpke bei der 2. und 3. Lesung des Gesetzes, BT-PlPr 17/219, S. 27220 (D)). In der Umsetzung hat er, wie im Anschluss auch die Fachgerichte in den angegriffenen Beschlüssen, jedoch die persönlichkeits- und gleichheitsrechtliche Relevanz der *gleichberechtigten* personenstandsrechtlichen Anerkennung der faktisch vorzufindenden Geschlechtsidentitäten verkannt.

Die bloße Möglichkeit, eine weder weibliche noch männliche Identität im Personenstandsregister lediglich als „fehlende“ bzw. „offene“ Angabe zu registrieren, stellt mithin eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung intergeschlechtlicher Personen gegenüber männlichen und weiblichen Individuen dar.

### **3. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG**

Selbst wenn man das spezielle Merkmal des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 GG nicht als betroffen erachtet, liegt in der unter B II 2.1 dargestellten Ungleichbehandlung jedenfalls eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG.



### 3.1 Rechtfertigungsmaßstab

Der Maßstab, dem die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung genügen muss, ist umso strenger – und entsprechend der gesetzgeberische und administrative Gestaltungsspielraum umso enger –, je intensiver die Ungleichbehandlung die betroffene Person beeinträchtigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wächst die Intensität der Beeinträchtigung, je mehr das Kriterium der Ungleichbehandlung einem nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotenen Kriterium ähnelt (BVerfGE 24, 199 (220)), je stärker es an (für die Betroffenen nicht beeinflussbare) personenbezogene Merkmale anknüpft (BVerfGE 116, 243 (259)) und je mehr die Ungleichbehandlung den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheiten erschwert (BVerfGE 131, 239; 128, 109; siehe auch *Britz*, Der allgemeine Gleichheitssatz in der Rechtsprechung des BVerfG, NJW 2014, 346 (351)). Für den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Regelung der personenstandsrechtlichen Geschlechtszuordnung hat das Bundesverfassungsgericht bereits deutlich gemacht, dass er durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen begrenzt wird (BVerfGE 60, 123 (134)). Des Weiteren knüpft der Geschlechtseintrag an personenbezogene Merkmale an, die von den Betroffenen – hier der beschwerdeführenden Person – nicht willentlich beeinflusst und damit auch nicht verändert werden können (vgl. BVerfGE 88, 87 (97); 124, 199 (220); 126, 400 (419); 131, 239 (156); BVerfGE 133, 59 (98)). Die beschwerdeführende Person wird durch die Ungleichbehandlung mithin in ihrer individuellen Personalität berührt (vgl. zu diesem Kriterium *Britz*, NJW 2014, 346 (348); ähnlich Schmidt-Beibtreu/Klein-Krieger a.a.O., Art. 3 Rn. 33) und als Angehörige einer Minderheit von Diskriminierung bedroht (vgl. hierzu BVerfGE 131, 239 (256)). In einem solchen Fall bedarf die Ungleichbehandlung eines an der Schwere der Beeinträchtigung ausgerichteten rechtfertigenden Grundes (BVerfGE 116, 243 (259); vgl. auch *Gössl*, StAZ 2015, 171 (173)). Ein Grund von derartigem Gewicht ist im Falle der beschwerdeführenden Person auch dann nicht ersichtlich, wenn man den grundsätzlich weiten Spielraum des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der Rechtsordnung (BVerfGE 66, 84 (95)) und zur Typisierung im Rahmen abstrakt-genereller Normen (BVerfGE 120, 1 (30); 126, 233 (263 f.)) berücksichtigt.

### 3.2 Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck

Die Ungleichbehandlung bedürfte zunächst eines legitimierenden Zweckes bzw. sachlichen Grundes (*Dreier-Heun*, Art. 3 Rn. 32). Wie oben dargestellt, ist die Aufrechterhaltung der binären Geschlechterordnung im Recht als solche von der Verfassung nicht gedeckt und kann

daher auch nicht zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung herangezogen werden. Im Gegenteil sind die Normen des einfachen Rechts zu verändern, wenn sie sich als unverhältnismäßig erweisen. Die Einführung des § 22 Abs. 3 PStG war ausweislich der Gesetzesbegründung von dem Gedanken getragen, den Belangen intergeschlechtlicher Personen gerecht zu werden (BT-Innenausschuss, Ausschuss-Drs. 17(4)648, S. 13: „... nimmt sich der Problemstellungen des deutschen Ethikrats zum Thema ‚Intersexualität‘ an“, wörtlich in BT-Drs. 17/12192, S. 11 übernommen; Redebeiträge der Abgeordneten in der Plenardebatte, BT-PIPr 17/219, S. 27217-27223). Weshalb der Gesetzgeber sich dabei für die Option entschieden hat, intergeschlechtliche Personen gegenüber männlichen und weiblichen Menschen (weiterhin) ungleich zu behandeln, erschließt sich nicht. Es verwundert umso mehr, als der Gesetzgeber sich ausdrücklich auf die Stellungnahme des Deutschen Ethikrates bezieht, der eine dritte Eintragungsmöglichkeit empfiehlt (Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 59). Erklären lässt sich dies letzten Endes nur mit der ungewöhnlichen Geschwindigkeit des Gesetzgebungsverfahrens, die eine umfassende Anpassung des bestehenden Rechts an die Belange intergeschlechtlicher Menschen nicht erlaubte (s.o. 1.3.2.1). Unabhängig davon, dass eine derartige Anpassung auch nach geltendem Recht dringend erforderlich wäre, ist bloßer Zeitdruck kein hinreichend tragender Grund, um eine Ungleichbehandlung in einem persönlichkeitsrechtsrelevanten Bereich wie dem der Geschlechtsidentität und -zuordnung zu rechtfertigen. Angesichts der Vielfalt intergeschlechtlicher Lebensweisen ist es zudem nicht von der Typisierungskompetenz des Gesetzgebers gedeckt, nur die Bedürfnisse eines Teils der Normbetroffenen – nämlich insbesondere derjenigen Minderjährigen, die man zu ihrer geschlechtlichen Identität noch nicht befragen kann – zur Grundlage der Regelung zu machen. Für den Fall der beschwerdeführenden Person, die ihre geschlechtliche Identität eindeutig als intergeschlechtlich begreift, führt das Offenlassen des Geschlechtseintrags wie bereits dargestellt zu keiner eindeutigen und dauerhaft tragfähigen Lösung.

Die Ungleichbehandlung ist auch nicht erforderlich, da es eine mildere und gleich geeignete Lösung gäbe. Die von der beschwerdeführenden Person begehrte Möglichkeit *neben* dem Offenlassen des Geschlechtseintrags auch eine eindeutige Zuordnung als „inter/divers“ zu ermöglichen, wirft gegenüber der jetzigen Rechtslage keine neuen Rechtsprobleme auf, sie wird dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person und der Menschen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gerecht (s.o. 1.3.2.2.5). Die Frage der Angemessenheit stellt sich insofern nicht mehr (vgl. *Britz*, NJW 2014, 346 (350)), sie wäre aber nach den oben dargelegten Grundsätzen ebenfalls zu verneinen.

#### 4. Möglichkeit der verfassungskonformen Auslegung

Eine verfassungskonforme Auslegung der §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG ist nicht möglich (anders *Gössl*, StAZ 2015, 172). Dies gilt auch dann, wenn man die Formulierungen des untergesetzlichen Rechts wegen Verstoßes gegen den Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes außer Acht lässt.

Auszugehen ist demnach von dem Begriff des Geschlechts in § 22 Abs. 3 Nr. 1 PStG. Dieser wird gesetzlich weder im PStG noch in einer anderen Norm des einfachen deutschen Rechts definiert. Auch der Bezug auf „Männer und Frauen“ in Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG ist nicht als umfassende Definition des Begriffs des Geschlechts zu verstehen, sondern als Bezugnahme auf den konkreten gesetzlichen Zweck dieser Vorschrift, die historisch gewachsene Diskriminierung von Frauen gegenüber Männern zu beseitigen (*Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, insb. S. 372, 378). Der Begriff des Geschlechts muss demnach nicht zwingend so verstanden werden, dass nur männliche oder weibliche Geschlechtszugehörigkeiten einzutragen sind. Vielmehr ist zur Interpretation dieses Merkmals der jeweils aktuelle Stand der Wissenschaften heranzuziehen (vgl. das entsprechende Vorgehen in BVerfGE 49, 286 (299); 115, 1 (15, 20); 128, 109 (115 f., 124, 132 f.); siehe auch *Gössl*, StAZ 2015, 172 m.N.), der die Existenz trans- und intergeschlechtlicher Identitäten klar aufzeigt (s.o. 1.1.2). Nach dem Wortlaut des § 22 Abs. 1 Nr. 3 PStG wäre die Eintragung einer weiteren Geschlechtszugehörigkeit neben der männlichen oder weiblichen demnach möglich.. Damit würde entgegen der Auffassung des Bundesgerichtshofs (**Anlage 4**) kein weiteres Geschlecht „geschaffen“, sondern eine faktisch vorhandene Geschlechtsidentität in verfassungskonformer Weise rechtlich anerkannt. Ein entgegenstehender Wille des Gesetzgebers lässt sich aus der knappen Bemerkung, man nehme sich „der Problemstellungen des deutschen [sic] Ethikrates zum Thema ‚Intersexualität‘ an“ (BT-Drs. 17/12192, S. 11) unter keinen Umständen schließen, zumal die Ausdrücke „männlich“ und „weiblich“ in ihr nicht erwähnt werden. Sofern in dieser Formulierung überhaupt ein tragfähiger Wille aufzufinden ist, bezieht er sich allenfalls darauf, das Problem als solches überhaupt wahrzunehmen und darauf zu reagieren, nicht aber auf Modalitäten, die über den reinen Gesetzeswortlaut hinausgehen, oder darauf ,das Thema umfassend zu regeln.

Gegen eine Erweiterung der Eintragungsmöglichkeiten im Wege der verfassungskonformen Auslegung spricht jedoch der Wortlaut des § 22 Abs. 3 PStG, der methodisch die Grenze der möglichen Auslegung bildet. Nach dieser Vorschrift „ist“ der Personenstandsfall ohne

Angabe eines Geschlechts einzutragen, wenn die Person „weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet“ werden kann (a.A. *Helms*, a.a.O., S. 11 f., allerdings mit der herkömmlichen, mittlerweile fragwürdigen Begründung, dass jedes Kind ein „überwiegendes Geschlecht hat). Die Rechtsfolge ist zwingend und lässt daher neben dem Eintrag als männlich oder weiblich keine weitere Eintragung, sondern nur die Nichteintragung zu (so dann allerdings auch *Helms*, a.a.O.).

## **5. Pflicht zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht**

Angesichts der fehlenden Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung der §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG hätten die mit der Sache befassten Gerichte das Verfahren aussetzen und dem Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Entscheidung vorlegen müssen. Die nach dem oben Dargelegten mit dem Grundgesetz nicht zu vereinbarenden Regelungen in §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG sind für die Frage der Eintragung der beschwerdeführenden Person als „inter/divers“ entscheidungserheblich, wie der Bundesgerichtshof zu Recht festgestellt hat (**Anlage 4**). Gebieten die Grundrechte der beschwerdeführenden Person eine gleichberechtigte Anerkennung ihrer intergeschlechtlichen Identität, müsste das Recht ihr eine Möglichkeit eröffnen, mit dieser Geschlechtsidentität in das Personenstandsregister eingetragen zu werden.

## **III. Annahmeveraussetzungen**

Die Verfassungsbeschwerde ist zur Entscheidung anzunehmen. Sie ist von grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung (§ 93 Abs. 2 lit. a BVerfGG, siehe 1), und ihre Annahme ist zur Durchsetzung der Grundrechte der beschwerdeführenden Person angezeigt (§ 93 Abs. 2 lit. b BVerfGG, siehe 2).

### **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 und in der Fachliteratur kontrovers diskutierte Frage danach auf, welche Konsequenzen 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 den personenstandsrechtlichen Umgang mit intergeschlechtlichen Menschen ergeben. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt es hierzu bislang nicht. Auch die einfachrechtliche Rechtsgrundlage in §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 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 transgeschlechtlicher Personen beantworten. Bei den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 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. Das Bundesverfassungsgericht hat sich jedoch noch nicht mit den Grundrechten von Personen, die weder eine weibliche noch eine männliche Identität haben, befasst. Ob diese Identität rechtlich als geschlechtliche Unbestimmtheit oder aber als eine weitere Geschlechtsidentität neben der männlichen oder weiblichen zu deuten ist, ist eine Frage, die über die Problematik des TSG hinausgeht und verfassungsrechtlicher Klärung noch bedarf. Das Fehlen einer verfassungsgerichtlichen Vorklärung impliziert die grundsätzliche Bedeutung (vgl. *Graßhof*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 48. EL Februar 2016, § 93a Rn. 91).

Darüber hinaus werden die aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen in der Fachliteratur kontrovers diskutiert und in der fachgerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich beantwortet. Das tatsächliche Phänomen der Intergeschlechtlichkeit wird in veröffentlichten Gerichtsentscheidungen in Verkennung der Grundsätze des Bundesverfassungsgerichts zur Bedeutung der empfundenen Geschlechtsidentität als reine medizinische Störung eingeordnet, der ein rechtlicher Status nicht zukomme („kein Geschlecht“, LG München I NJW-RR 2003, 1590), während im vorliegenden Verfahren das OLG Celle die Auffassung vertreten

hat, ein rein binäres rechtliches Geschlechtersystem sei „nach überwiegender Auffassung“ verfassungswidrig (**Anlage 3**, ebenso Deutscher Ethikrat, a.a.O., S. 46 f.; *Theilen*, StAZ 2014, 1 (3)). Andere, unter ihnen der Bundesgerichtshof in dem angegriffenen Beschluss, bewerten das binäre Geschlechtssystem als grundlegend für die gesamte deutsche Rechtsordnung und leiten schon daraus die Unmöglichkeit ab, einen anderen Geschlechtseintrag als männlich oder weiblich anzuerkennen (**Anlage 4**; siehe auch *Gaaz/Bornhofen*, a.a.O., § 21 PStG Rn. 30).

An der Klärung dieser Fragen besteht auch ein Interesse, das über den Einzelfall hinausgeht. Sie betrifft nicht nur die gesamte Gruppe der Personen mit einer intergeschlechtlichen und nicht-binären transgeschlechtlichen Identität, sondern eine ganze Reihe von Anwendungsproblemen des einfachen Rechts, insbesondere im Familien- und Abstammungsrecht, für die derzeit klare verfassungsrechtliche Maßstäbe fehlen. Das allgemeine Interesse lässt sich nicht zuletzt daraus ableiten, dass die rechtliche Situation intergeschlechtlicher Menschen im Jahr 2012 Gegenstand einer umfangreichen Stellungnahme des Deutschen Ethikrates war, auf die der Gesetzgeber mit der Einführung des § 22 Abs. 3 PStG geradezu überstürzt reagiert hat, ohne damit aber die hier gerügten Grundrechtsverletzungen zu beseitigen. Auch im internationalen Kontext wird die personenstandsrechtliche Zuordnung zu einem Geschlecht zunehmend problematisiert und ist Gegenstand gesetzlicher Neuregelungen (vgl. *Agius*, Mögliche Lehren für Deutschland: Die rechtliche Situation von Trans\* und intergeschlechtlichen Menschen in Europa und darüber hinaus, in: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Die rechtliche Situation von Trans\* und intergeschlechtlichen Menschen in Deutschland und Europa: Dokumentation der Fachtagung am 7. Oktober 2015, S. 5-12 (**Anlage 37**)). Schließlich steht die Frage der personenstandsrechtlichen Anerkennung intergeschlechtlicher Identität im Kontext der breit geführten Diskussion um die Zulässigkeit sogenannter geschlechtsanpassender medizinischer Behandlungen im Kindesalter (vgl. dazu die Nachweise oben in B II 1.1.2). Die verfassungsrechtliche Bewertung der in der Fachliteratur erörterten Möglichkeiten, die Grenzen der elterlichen Einwilligungskompetenz ähnlich wie bei dem Verbot der Sterilisation im Kindesalter (§ 1631c BGB) diesbezüglich einzuschränken (hierzu vor allem *Tönsmeier*, Die Grenzen elterlicher Sorge bei intersexuell geborenen Kindern, 2012), hängt grundlegend mit der Beurteilung der grundrechtlichen Relevanz der rechtlichen Anerkennung intersexueller Identität zusammen, die wiederum im Personenstandsrecht ihren deutlichsten Ausdruck findet. Eine verbindliche verfassungs-

gerichtliche Äußerung zu der Verfassungsmäßigkeit der §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG ist daher auch im allgemeinen Interesse erforderlich.

## **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 den Beschwerdeführer in existenzieller Weise betrifft (BVerfGE 90, 22 (25)). Mit ihrer Geschlechtsidentität wird die beschwerdeführende Person in einem existenziellen Belang ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts getroffen und gegenüber männlichen oder weiblichen Personen ungleich behandelt. Nach derzeitiger Rechtslage bleibt sie darauf verwiesen, ihren Geschlechtseintrag entweder im Widerspruch zu ihrer geschlechtlichen Identität oder offen zu lassen und damit nach außen hin als „weiblich“ oder als „geschlechtslos“ oder „unbestimmten Geschlechts“ erscheinen zu müssen. Die Konsequenzen der Entscheidung, den Registereintrag als weiblich im Nachhinein zu beseitigen, sind für die beschwerdeführende Person zudem nicht abzusehen, da das einfache Recht nicht an diese Möglichkeit angepasst wurde (*Sieberichs*, a.a.O., S. 1181-1184; *Theilen*, a.a.O., S. 5-7; *Plett*, Diskriminierungspotentiale, 2015, S. 70-71 und passim; *dies.* in *Schochow et al.*, 2016, S. 223-228; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, 2. Aufl. 2015, Rn. IV-226). Sollte sie etwa in Zukunft eine formalisierte Partnerschaft eingehen wollen, sind weitere Rechtsstreitigkeiten dahingehend absehbar, ob sie heiraten oder eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen kann. Diese Weiterungen betreffen die enge persönliche Lebenssphäre der Betroffenen und haben damit existenzielles Gewicht. In der Zusammenschau begründen sie einen besonders schweren Nachteil für die betroffene Person im Sinne des § 93a Abs. 2 lit. b Hs. 2 BVerfGG (vgl. zu diesem Kriterium und seiner Auslegung als existenzieller Betroffenheit BVerfGE 90, 22 (25); 96, 245 (248); siehe auch die Entscheidung des Plenums BVerfGE 107, 395 (415)). Das vom Bundesgerichtshof in dem angegriffenen Beschluss (**Anlage 4**) hiergegen vorgebrachte Argument, im konkreten Fall gehe es nicht um Fragen der Lebensgemeinschaft oder der Elternschaft steht dieser Bewertung nicht entgegen. Vielmehr zeigen die ungeklärten rechtlichen Konsequenzen des fehlenden Geschlechtseintrags, dass die geltende Rechtslage nicht geeignet ist, das gesetzgeberische Ziel einer gleichwertigen Anerkennung intergeschlechtlicher Identität gegenüber dem weiblichen oder männlichen Geschlecht zu erreichen. Die beschwerdeführende Person wäre ohne eine Ent-

scheidung des Bundesverfassungsgerichts darauf zurückgeworfen, geschlechtlich entweder ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht nicht wahrnehmen zu können oder im Recht nicht existent zu sein und aus dem Anwendungsbereich persönlichkeitsrechtsrelevanter Rechtsbereiche wie dem Abstammungs- und Familienrecht schlicht herauszufallen. Sie wäre (weiter) dazu gezwungen, dem Eindruck der Unbestimmtheit und Ungeklärtheit ihres Geschlechts immer wieder aktiv entgegen zu treten und die Anerkennung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts stets neu einzufordern.