

# RECHTSPRECHUNGSHINWEISE

*Rainer Balloff*

## Rechtsprechungsübersicht Familienrecht 4/2018

In diesem Heft wird eine Entscheidung des OLG Dresden mit dem Thema angeführt, ob die Ehefrau der Mutter analog zu § 1592 Nr. BGB Elternteil des während der Ehe geborenen Kindes ist.

Es folgen zwei weitere Entscheidungen zum Wechselmodell, und zwar eine Entscheidung des OLG Brandenburg, ob eine gerichtliche Festschreibung eines konsensual praktizierten Wechselmodells bei gegenläufigen Anträgen zum Aufenthaltsbestimmungsrecht in Frage kommt und ob nach Auffassung des Kammergerichts die Anordnung eines Wechselmodells trotz hochkonflikthafter Elternbeziehung möglich ist.

Angesichts wiederholter Nachfragen wird eine etwas ältere Entscheidung des OLG Frankfurt a.M. zur Frage des Umgangs und einer Befangenheit des Sachverständigen durch Überschreiten des Gutachtenauftrags aufgegriffen.

Zum Schluss wird ferner ein besonders umfangreicher und umfassender, aber hier absichtlich nur leicht gekürzter Beschluss, des Bundesverfassungsgerichts zum verfassungsrechtlichen Schutz der geschlechtlichen Identität angeführt, der aus historischer Perspektive und Sicht fast aller einschlägigen Berufsverbände und Interessengruppen der Frage nach einer rechtlichen Beachtung und Sicherstellung der Geschlechtsidentität nachgeht.

1. *OLG Dresden, Beschluss vom 27.4.2018 – 3 W 292/18, NZFam 2018, 5 (16), 759 = BeckRS 2018, 016462*

Mitgeteilt von Prof. Dr. Arndt Kiehnlé, Ruhr-Universität Bochum

Leitsatz:

Ehefrau der Mutter ist nicht analog § 1592 Nr. 1 BGB Elternteil des während der Ehe geborenen Kindes

## Sachverhalt

Die Antragstellerin und die Beteiligte zu 1) haben 2017 die Ehe miteinander geschlossen. Die Beteiligte zu 1) hat nach der Eheschließung ein Kind geboren.

Das Standesamt hat nur die Beteiligte zu 1) als Mutter eingetragen. Die Antragstellerin möchte als weiterer Elternteil eingetragen werden. Das AG hat das Standesamt angewiesen, das Geburtenregister entsprechend zu ergänzen. Dagegen haben Standesamt und Standesamtsaufsicht Beschwerde eingelegt.

## Entscheidung

Das OLG hat entschieden, die Antragstellerin sei nicht als weiterer Elternteil einzutragen.

§ 1592 Nr. 1 BGB sei keiner Analogie zugänglich. Eine Anerkennung einer Elternschaft qua lege der mit der Mutter verheirateten Frau sei einer Änderung des Abstammungsrechts durch den Gesetzgeber vorbehalten. Den Gesetzesmaterialien zum Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts lasse sich nicht entnehmen, dass § 1592 Nr. 1 BGB unmittelbare Anwendung auf Kinder, die in gleichgeschlechtlichen Ehen geboren werden, finden soll. Die Norm beruhe auf der Vermutung, das Kind stamme biologisch vom Ehemann der Mutter ab. Dass das Kind von der Mutter und ihrer Ehefrau abstammt, sei biologisch unmöglich. Weder Art. 6 noch Art. 3 GG zwingen zu einer analogen Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB.

Die Rechtsbeschwerde wurde zugelassen und eingelegt.

## Praxishinweis

Das OLG geht auf den in der Literatur geführten Streit um eine Analogie zu § 1592 Nr. 1 BGB nicht explizit ein, berücksichtigt aber doch manche der dort vorgebrachten Argumente. Eine unmittelbare Anwendung der Vorschrift, die vom mit der Mutter verheirateten Mann spricht, auf die mit der Mutter verheiratete Frau kommt nicht in Betracht (anders wohl auch Engelhardt NZFam 2017, 1042 (1047)).

Gegen eine Analogie lässt sich nicht anführen, dass sich den Materialien zum Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts ein diesbezüglicher gesetzgeberischer Wille nicht entnehmen lässt (tendenziell a.A. indes auch Schwonberg in Rahm/Künkel, Handbuch Familien- und Familienverfahrensrecht, 9. Kapitel, Materielles Recht, 76. Lieferung Januar 2018, Rn. 20). Erst recht kann der Wortlaut der Norm nicht gegen eine Analogie sprechen (so aber Jauernig/Budzikiewicz BGB, 17. Auflage 2018, § 1592 Rn. 1). Freilich könnte es an einer unbewussten Regelungslücke fehlen, wenn der Gesetzgeber in Erwartung der Ergebnisse des Arbeitskreises Abstammungsrecht auf eine Änderung der §§ 1591 ff. BGB verzichtet haben sollte (so Helms StAZ 2018, 33 (35); Dethloff, Familienrecht, 32. Auflage 2018, § 10 Rn. 89; ähnlich Kaiser FamRZ 2017, 1889 (1895 f.); Schmidt NZFam 2017, 832 (833); Palandt/Brudermüller, 77. Auflage 2018, § 1592 BGB Rn. 3). In einem

überstürzten Gesetzgebungsverfahren, in dem viele zu regelnde Konsequenzen der Einführung der gleichgeschlechtlichen Ehe überhaupt nicht thematisiert wurden, deutet wenig auf eine solche bewusste Offenlassung abstammungsrechtlicher Fragen bzw. die intendierte Aufrechterhaltung des status quo hin. Eine bewusste Beibehaltung etwa des namensrechtlichen § 1355 II BGB wird denn auch allgemein und zutreffend verneint (Helms StAZ 2018, 33 (35); KaiserFamRZ 2017, 1892).

Die somit vorliegende Regelungslücke ist durch analoge Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB zu schließen (Binder/Kiehnle NZFam 2017, 742 (743); Kemper, FamRB 2017, 438 (442 f.); Erbarth, FamRB 2017, 429 (436); vorsichtig Löhnig NZFam 2017, 643 (644)), denn dieser bezweckt nicht nur, die typischerweise gegebene biologische Vaterschaft des Ehepartners der Mutter abzubilden (zu biologisch wie das OLG auch Kaiser, FamRZ 2017, 1889 (1895 f.); BeckOGK/Haßfurter, § 1591 Rn. 123 BGB; BeckOGK/Balzer, § 1592 Rn. 45 BGB; Schmidt, NZFam 2017, 832 (833)), sondern vor allem, die sozial-familiäre Beziehung des Kindes zum Ehepartner der Mutter zu schützen (Helms, StAZ 2018, 33 (34), räumt ein, dass dies „der zweite Grundgedanke der Vorschrift“ sei). Auch der Arbeitskreis Abstammungsrecht hat darauf hingewiesen, dass die „Primärzuordnung aufgrund Ehe [...] nicht allein auf der Vermutung der genetischen Abstammung, sondern auch auf [...]“ (Abschlussbericht, S. 71) „dem Schutz [...] sozial-familiärer Beziehungen“ (Abschlussbericht, S. 41) beruht (vgl. Ernst, NZFam 2018, 443 ff.). Es ist also nicht erst de lege ferenda möglich (dafür u.a. Abschlussbericht, S. 70 ff., 96 ff.), sondern schon de lege lata geboten, die zur Zeit der Geburt des Kindes mit der Mutter verheiratete Frau wie den Ehemann der Mutter zu behandeln. Darauf, ob eine solche Analogie verfassungsrechtlich gefordert ist, kommt es mithin nicht an, da die üblichen Voraussetzungen einer Analogie erfüllt sind.

Eine gesetzliche Klarstellung ist wünschenswert. Sie darf aber nicht neue Probleme hervorrufen, wie sie der Gesetzentwurf der Abgeordneten Schauws u.a. (BT-Drs. 19/2665) provoziert, indem er die folgende Neufassung des § 1591 BGB vorschlägt (S. 3):

„Mutter eines Kindes ist die Frau, 1. die es geboren hat, 2. die zum Zeitpunkt der Geburt mit der Frau, die das Kind gebiert, verheiratet [...] ist oder 3. die die Mutterschaft anerkannt hat.“

Die Mutterschaft der gebärenden Frau wird sich auch rechtlich weiterhin von der Mutterschaft einer mit ihr verheirateten oder lediglich anerkennenden Frau unterscheiden müssen (vgl. Binder/Kiehnle, NZFam 2017, 742 (744)).

Bis zu einer gesetzlichen Neuregelung bleibt es Aufgabe des BGH, die Lücken des Gesetzes ohne übertriebene Angst vor Analogien zu schließen.

## 2. Wechselmodell: Gerichtliche Festschreibung eines konsensual praktizierten Wechselmodells bei gegenläufigen Anträgen zum Aufenthaltsbestimmungsrecht

OLG Brandenburg, Beschl. v. 17.5.2018 – 9 UF 96/17,  
BeckRS 2018, 14075 = NZFam 2018, 756; FamRZ 2018, 1321  
Rechtsanwältin Dr. Anke Schewe, Essen

### Wechselmodell

Gerichtliche Festschreibung eines konsensual praktizierten Wechselmodells bei gegenläufigen Anträgen zum Aufenthaltsbestimmungsrecht – § 1671 I 1, 2 Nr. 2 BGB  
Entspricht ein elterlich vereinbartes paritätisches Wechselmodell dem Kindeswohl am besten und will jeder Elternteil auch im Falle eines ihm allein übertragenen Aufenthaltsbestimmungsrechts daran festhalten, so ist bei gegenläufigen Anträgen zum Aufenthaltsbestimmungsrecht die Aufhebung der gemeinsamen Sorgen abzulehnen und das konsensual praktizierte Wechselmodell gerichtlich festzuschreiben; so wird im Interesse des Kindes sichergestellt, dass kein Elternteil das (gemeinsam) gewählte Betreuungsmodell einseitig aufkündigt.

### Sachverhalt

Nachdem die geschiedenen Eltern ihres am 1.10.2010 geborenen Kindes in erster Instanz gegenläufige Anträge auf Übertragung des alleinigen Aufenthaltsbestimmungsrechts gestellt hatten, verständigten sie sich mit Hilfe der Erziehungsberatungsstelle vorläufig auf ein paritätisches Wechselmodell. Trotz sich ändernder Rahmenbedingungen wurde dies in der Folgezeit praktiziert, doch nach Anhörung des Kindes, seiner Eltern und der Sachverständigen hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 4.4.2017 das Aufenthaltsbestimmungsrecht für das Kind dem Vater übertragen und dies im Wesentlichen mit dem Kontinuitätsgrundsatz, einer erhöhten Bindungstoleranz des Vaters und der fehlenden Eindeutigkeit des Kindeswillens begründet. Ein Wechselmodell komme wegen mangelnder Einigungsbereitschaft der Eltern sowie der größeren Entfernung zwischen dem Wohnsitz der Mutter und der Grundschule nicht in Betracht. Mit der gegen diesen Beschluss eingelegten Beschwerde verfolgt die Kindesmutter ihr erstinstanzliches Begehren weiter.

### Entscheidung

Die zulässige Beschwerde der Kindesmutter hatte teilweise Erfolg und führt im Ergebnis zur Wiederherstellung der gemeinsamen elterlichen Sorge und zur Festschreibung des von den Eltern einvernehmlich praktizierten paritätischen Wechselmodells. Vorliegend könne dahinstehen, ob und inwieweit die erstinstanzliche Entscheidung richtig gewesen sei, da die Voraussetzungen des § 1671 Abs. 1 BGB für eine Übertragung des Aufenthaltsbestimmungsrechts auf einen Elternteil allein nicht vorlägen. Selbst nach Auffassung der Eltern entspreche es dem Kindeswohl am besten, wenn sie das aktuell

praktizierte paritätische Wechselmodell fortsetzten. Beide Elternteile teilten insoweit die Einschätzung der Sachverständigen, dass sich das Kind emotional stabilisiert habe und gut mit dem Modell zurechtkäme. Beide hatten sowohl gegenüber der Sachverständigen als auch gegenüber dem Senat erklärt, das Wechselmodell aus Gründen des Kindeswohls beibehalten zu wollen. An dem insoweit erzielten Konsens ändere auch der Umstand nichts, dass der Vater im Termin auf eine Entscheidung des Senats gedrungen habe. Im wohlverstandenen Interesse des Kindes müsse daher sichergestellt werden, dass kein Elternteil das gemeinsam gewählte Betreuungsmodell in Form einer geteilten Betreuung des Kindes einseitig aufkündigen könne, indem es den Lebensmittelpunkt des Kindes in seinen Haushalt verlagere. Die kontrovers diskutierte Frage, ob in einem Sorgerechtsverfahren das Wechselmodell gerichtlich angeordnet werden könne, bedürfe vorliegend keiner Entscheidung. Der Senat habe lediglich dem Willen der Eltern Geltung verschafft und ihre einvernehmlich erzielte Einigung umgesetzt, den gemeinsamen Sohn weiterhin im Rahmen eines Wechselmodells zu betreuen.

### Praxishinweis

Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit darin, dass die Eltern zwar gegenläufige Anträge zum Aufenthaltsbestimmungsrecht gestellt, in Wahrheit aber übereinstimmend erklärt hatten, das von ihnen praktizierte, sog. paritätische Wechselmodell, bei dem getrennt lebende Eltern ihr Kind zu (ungefähr) gleichen zeitlichen Anteilen betreuen, aus Gründen des Kindeswohls fortführen zu wollen. Das Gericht brauchte deshalb nicht auf die Fragen einzugehen, ob und – bejahendenfalls – nach welcher Norm eine solche Betreuungsform gegen den Willen eines Elternteils durch gerichtliche Entscheidung durchgesetzt werden kann. In seiner grundlegenden Entscheidung (BGH, NZFam 2017, 206) hat der BGH das in allen kindschaftsrechtlichen Entscheidungen ausschlaggebende Kindeswohlprinzip (§ BGB 1697a BGB) als maßgeblich für eine – jedenfalls bei gemeinsamer elterlicher Sorge – bis zur hälftigen Betreuung ausdehnbare Umgangsregelung herausgestellt und ausdrücklich offen gelassen, ob auch eine auf das gleiche Ergebnis gerichtete Sorgerechtsregelung möglich ist (Rn. 15). Ob die Anordnung des Wechselmodells im Einzelfall geboten sein kann, ist nach anerkannten Kriterien des Kindeswohls zu beurteilen (Erziehungsseignung der Eltern, Bindungen des Kindes, Prinzipien der Förderung und der Kontinuität, Kindeswille). Gesichert ist, dass ein Konsens über die Betreuung des Kindes im Wechselmodell keine Voraussetzung für eine entsprechende Anordnung ist (BGH NZFam 2017, 201, Rn. 26), wohingegen eine Konfliktbelastung der Eltern einen gewichtigen Grund gegen die Anordnung eines Wechselmodells darstellt (BGH NZFam 2017, 206 Rn. 34). Die stets gebotene Einzelfallprüfung erfordert eine sehr sorgfältige Auseinandersetzung mit den konkreten Gegebenheiten. Erkennen beide Elternteile das paritätische Wechselmodell für ihr Kind nicht nur als sinnvoll an, sondern sprechen sie sich sogar – wie hier – ausdrücklich im Interesse des Kindes für die Aufrechterhaltung des praktizierten Modells aus, haben sie im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 GG selbstverständlich die Entscheidungsbefugnis. Im Ergebnis hat das Gericht mit seiner Entscheidung daher ledig-

lich einen wegen gegenläufiger Anträge bloß auf formaler Ebene bestehenden (Schein-)Konflikt geregelt.

## 2a. Wechselmodell trotz hochkonflikthafter Elternbeziehung

**KG, Beschluss vom 30.4.2018 – 19 UF 71/17 = FamRZ 2018, 65 (17), 1324-1329.**

1. Die Vorgaben des BGH zur gerichtlichen Anordnung eines Wechselmodells sind nicht wie Tatbestandsvoraussetzungen zu prüfen, sondern es sind die in Betracht kommenden Betreuungsalternativen zu untersuchen und die jeweiligen Vor- und Nachteile für das konkrete Kind und seine Eltern wertend gegeneinander abzuwägen.
2. Ein Wechselmodell kann trotz der schlechten Kommunikation der Eltern angeordnet werden, wenn dies der seit langem praktizierten Betreuung und dem beachtlichen Kindeswillen entspricht, die defizitäre Kommunikation sich bisher nicht nachteilig auf das Kind auswirkt und eine Besserung der Kommunikation durch regelmäßige und hochfrequente Beratung möglich erscheint (Leitsätze der FamRZ-Redaktion). (Diese Entscheidung wird in Heft 1/2019 ungekürzt abgedruckt).
3. *Aufgaben des Gutachters bei Regelung des Umgangs nach § 1684 BGB; §§ 6 I, 30 I FamFG; §§ 42 II, 406 I ZPO*

**OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.3.2016**

**7 WF 15/16, BeckRS 2016, 07350**

Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss des Amtsgerichts Bad Hersfeld – Familiengericht – vom 6. Januar 2016 abgeändert.

Das Ablehnungsgesuch des Antragsgegners gegen den Sachverständigen Dr. P. wird für begründet erklärt.

1. Die Regelung des Umgangs gem. § 1684 BGB obliegt allein dem Richter, ein Gutachter ist nicht berechtigt, Umgänge zu gestalten.
2. Bearbeitet ein Gutachter Fragen, welche nicht durch den Beweisbeschluss umfasst sind, so ist seine Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit begründet.
3. Es ist nicht Aufgabe eines gerichtlich bestellten Gutachters, für eine dem Kind zumutbare Durchführung von Umgangskontakten Sorge zu tragen. Soweit ein Gutachter die Regelung des Umgangs zum Wohle des Kindes für notwendig erachtet, hat er diesbezüglich das Gericht zu informieren. Ihm obliegt auch nicht die Entscheidung darüber, was dem Kindeswohl am besten entspricht. Seine Aufgabe ist es lediglich, dem Gericht – als dessen Gehilfe – die für dessen Entscheidung notwendige Sachkunde zu vermitteln. (Leitsätze des Gerichts)

## Gründe

1. Die sofortige Beschwerde ist statthaft (§ 30 Abs. 1 FamFG i.V.m. §§ 406 Abs. 5, 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden (§ 569 Abs. 1 und 2 ZPO).

2. Auch in der Sache selbst hat das Rechtsmittel Erfolg.

3. Gemäß § 30 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 406 Abs. 1 ZPO kann ein Sachverständiger aus denselben Gründen, die zur Ablehnung eines Richters berechtigen, abgelehnt werden. Wegen Besorgnis der Befangenheit findet die Ablehnung eines Sachverständigen im familiengerichtlichen Verfahren daher statt, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen (§ 6 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 42 Abs. 2 ZPO).

In Betracht kommen dabei nur objektive Gründe, die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Sachverständige stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber; rein subjektive, unvernünftige Vorstellungen des Ablehnenden scheiden aus. Nicht erforderlich ist, dass der Sachverständige tatsächliche befangen ist; unerheblich ist auch, ob er sich für befangen hält. Entscheidend ist allein, ob aus der Sicht des Ablehnenden objektive Gründe vorliegen, die nach der Meinung eines ruhig und vernünftig denkenden Verfahrensbeteiligten Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zu zweifeln (OLG Brandenburg, FamRZ 2015, 68, juris Rdn. 4 m. Nachw.).

4. Die Befürchtung fehlender Unparteilichkeit kann berechtigt sein, wenn der Sachverständige den Gutachterauftrag in einer Weise erledigt, die als Ausdruck einer unsachlichen Grundhaltung gegenüber einer Partei gedeutet werden kann. Eine solche unsachliche Grundhaltung kann sich daraus ergeben, dass der Sachverständige Maßnahmen ergreift, die von seinem Gutachterauftrag nicht gedeckt sind (BGH, NJW-RR 2013, 851 Rdn. 11), indem er etwa dem Gericht vorbehaltene Aufgaben wahrnimmt (OLG Köln, NJW-RR 1987, 1198, 1199; OLG Celle, NJW-RR 2003, 135; OLG Jena, FamRZ 2008, 284, juris Rdn. 60 ff.; OLG Dresden, Beschluss vom 26. Mai 2015; 9 W 130/15, juris Rdn. 7; BeckOK-ZPO/Scheuch, § 406 Rdn. 24.3). So liegen die Dinge hier.

5. Der Sachverständige hat, wie sich aus seiner Stellungnahme vom 30. November 2015 und dem Schreiben der Diplom-Sozialpädagogin M. vom 19. November 2015 ergibt, den Mitarbeitern des zuständigen Jugendamts empfohlen, die Dauer der Umgangskontakte zwischen dem betroffenen Kind und dem Antragsgegner zu verkürzen, weil ansonsten eine Überforderung des Kindes zu befürchten sei. Jugendamt ist dieser Empfehlung gefolgt und hat den zeitlichen Umfang der wöchentlichen begleiteten Umgangskontakte von drei auf zwei Stunden herabgesetzt. Mit diesem Verhalten hat der Sachverständige die ihm durch den Gutachterauftrag gezogenen Grenzen offenkundig überschritten. Er hat sich nicht, wie es seine Aufgabe gewesen wäre, darauf beschränkt, die an ihn gerichteten Beweisfragen, die vornehmlich die Erziehungsfähigkeit der Eltern betrafen, zu beantworten. Vielmehr ist er in Bezug auf den Umgang zwischen Va-



ter und Tochter gestaltend tätig geworden und hat sich Befugnisse angemäßt, die gemäß § 1684 BGB allein dem mit der Regelung des Umgangs befassten Richter zustehen. Dabei ist es unerheblich, dass der Sachverständige in dem ethisch durchaus billigen Bestreben gehandelt hat, das betroffene Kind vor weiterem Schaden zu bewahren. Dieses Ziel hätte er dadurch verfolgen können und müssen, dass er das Familiengericht über seine Bedenken informierte. Diesem hätte es dann von Amts wegen (OLG Zweibrücken, FamRZ 2004, 1589, juris Rdn. 6; OLG Saarbrücken, NJW 2012, 163 m. w. Nachw.) oblegen, nach Anhörung der Beteiligten eine Umgangsregelung gemäß § 1684 Abs. 3 BGB zu treffen, wenn es dies für erforderlich gehalten hätte. Dass der Sachverständige stattdessen die Dinge selbst in die Hand genommen hat, beruht, wie seine Stellungnahme vom 30. November 2015 zeigt, auf einem grundlegenden Missverständnis der Funktion eines gerichtlich bestellten Sachverständigen. Dessen Aufgabe ist es keineswegs, für eine dem Kind zumutbare Durchführung von Umgangskontakten Sorge zu tragen. Ihm obliegt auch nicht die Entscheidung darüber, was dem Kindeswohl am besten entspricht. Seine Aufgabe ist es lediglich, dem Gericht – als dessen Gehilfe – die für dessen Entscheidung notwendige Sachkunde zu vermitteln (BGH, NJW 2006, 3214 Rdn. 11).

Dadurch, dass der Sachverständige die seiner Tätigkeit gezogenen Grenzen zum Nachteil des Antragsgegners überschritten hat, hat er diesem berechtigten Anlass gegeben, an seiner Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit zu zweifeln. Das rechtfertigt die Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit.

6. Eine Kostenentscheidung war nicht zu treffen. Gerichtskosten sind nicht angefallen, da die sofortige Beschwerde weder verworfen noch zurückgewiesen wurde (Nr. 1912 der Anlage 1 zum FamGKG). Die außergerichtlichen Kosten der erfolgreichen Beschwerde gelten als Kosten des Verfahrens, über die erst mit der abschließenden Entscheidung zu befinden ist (Zöller/Vollkommer, ZPO, 30. Aufl., § 46 ZPO Rdn. 20 m. w. Nachw.).

7. Gründe für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Anmerkung des Vors. Richters am OLG a. D. Elmar Herrler (NZFam 2016, 615-616)

#### I. Keine Anordnungscompetenz des Sachverständigen zur Abänderung einer Umgangsregelung

Nach § 1684 III 1 BGB hat allein das Familiengericht über den Umfang des Umgangsrechts, d.h. über Häufigkeit, Dauer und Umfang des Umgangs zu entscheiden. Auch die Festlegung, ob ein begleiteter Umgang stattfinden soll, obliegt nur dem Familiengericht (§ 1684 IV 3 BGB). Die Bestimmung der Umgangstermine und Umgangsmodalitäten darf einem Sachverständigen nicht überantwortet werden. Dies gilt auch, wenn der Sachverständige im Rahmen des Zusatzauftrags, auf die Herstellung des Einvernehmens der Beteiligten hinzuwirken (§ 163 II FamFG), eine Umgangsregelung vorschlägt. Dies ist nur ein Vorschlag und für die Beteiligten nicht verbindlich.

Auch noch so ehrenwerte Motive für das Handeln, wie z.B. die Abwendung von Gefahren für das Kind, ändern nichts daran, dass Dritte keine Anordnungscompetenz für



eine Umgangsregelung haben. Stellt der Sachverständige bei seiner Untersuchung das Vorliegen einer akuten Kindeswohlgefährdung fest, hat er die zuständigen Behörden (Gericht) von der bestehenden Gefahrenlage in Kenntnis zu setzen, mit dem Ziel, dass Maßnahmen zum Schutz des Kindes getroffen werden (OLG Hamm, FamRZ 2012, 894 Ls. = BeckRS 2012, 05452).

## II. Umgangsverfahren als Amtsverfahren

Die Regelung des persönlichen Umgangs eines Kindes mit seinen Eltern ist kein Antragsverfahren. Die Rücknahme eines Umgangsanspruchs eines Beteiligten führt infolgedessen nicht zwingend zum Abschluss des Verfahrens, sofern das Regelungsbedürfnis weiter besteht. Das Familiengericht hat in diesem Fall unabhängig von einem entsprechenden Antrag bei Vorliegen eines Regelungsbedürfnisses eine Entscheidung zu treffen (§ 1684 III BGB).

## III. Kindeswohl als Rechtsbegriff

Der psychologische Sachverständige ist nicht befugt, Rechtsfragen zu entscheiden. Das Kindeswohl ist ein unbestimmter Rechtsbegriff und kein psychologischer Begriff. Schon deshalb kann der psychologische Sachverständige nicht entscheiden, was dem Kindeswohl am besten entspricht. Die Psychologie kann nur Kriterien für das kindliche Bedürfnis aufzeigen, ein psychisch möglichst wenig beeinträchtigtes, selbstverantwortliches Leben zu führen.

Die Entscheidung von Rechtsfragen ist ausschließlich Aufgabe des gesetzlichen Richters. Der Sachverständige ist bei der klassisch, statusorientierten Begutachtung (§ 163 I FamFG) Beweismittel und den Regeln des Strengbeweisverfahrens unterworfen. Seine Aufgabe ist es dabei, eine fachkundige Entscheidungshilfe für das Gericht auf Grund der Erfassung des Istzustandes (Diagnose) zu erarbeiten.

## IV. Rollenwechsel des Sachverständigen vom Gehilfen zum Vermittler

Soweit der Sachverständige auch einen Zusatzauftrag zu einem lösungsorientierten Vorgehen (§ 163 II FamFG) hat, wechselt seine Rolle vom gerichtlichen Gehilfen zum eigenständigen Vermittler. Seine Aufgabe besteht dann in einem Hinwirken auf eine Veränderung des desorganisierten Familiensystems. Auch bei der Intervention (§ 163 II FamFG) hat der Sachverständige aber den Weisungen des Gerichts nachzukommen (§ 30 I FamFG, § 404 a ZPO).

## V. Keine Befugnis des Sachverständigen zur Änderung des Gutachtensauftrags

Überschreitet der Sachverständige die Grenzen, die ihm durch den Gutachtensauftrag gesetzt werden, erweckt er den Eindruck, er wolle an Stelle des Gerichts festlegen, welche Fragen beweisbedürftig sind. Ob dies geeignet ist, bei einer Partei bei vernünftiger Betrachtung die Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen hervorzurufen, ist

einer schematischen Betrachtungsweise nicht zugänglich, sondern kann nur auf Grund der Umstände des jeweiligen Einzelfalles entschieden werden. Entscheidend ist vor allem, ob die Kompetenzanmaßung als unsachliche Grundhaltung gegenüber einer Partei gedeutet werden kann (BGH, NJW-RR 2013, 851 Rn. 13).

Aus den schriftlichen Gründen der Entscheidung geht nicht näher hervor, weshalb der Sachverständige von der ihm offenbar aufgegebenen reinen Statusbegutachtung abgerückt ist und eine therapeutische Maßnahme, die Verkürzung der vom Jugendamt begleiteten Umgangskontakte empfohlen hat. Jedenfalls hat er damit die Rolle des gerichtlichen Gehilfen überschritten und auf eine Änderung der bestehenden Umgangssituation hingewirkt. Diese Maßnahme ging ersichtlich zu Lasten des Vaters.

#### VI. Ablehnung des Sachverständigen nicht bei jeder Überschreitung des Gutachtensauftrags

Der Sachverständige ist nicht nur über das Beweisthema, die Erziehungsfähigkeit der Eltern zu untersuchen, hinausgegangen, indem er sich in die bestehenden Umgangskontakte eingemischt hat. Dieser Rollenwechsel von einem entscheidungsorientierten in ein interventionsbezogenes Vorgehen bei der Erstellung des Gutachtens erfolgte zudem noch ohne einen Zusatzauftrag nach § 163 II FamFG. Ob dies alles ausreicht, die Ablehnung für gerechtfertigt zu erklären, erscheint aber zweifelhaft.

Wenn eine Gefährdung des Kindes aus der Sicht des Sachverständigen im Raum stand, worauf zumindest die Bemerkung in der Entscheidung hindeutet, „weil ansonsten eine Überforderung des Kindes zu befürchten sei“, hatte der Sachverständige dies anzuzeigen. Dass er dies gegenüber dem Jugendamt und nicht gegenüber dem Gericht getan hat, kann auch seiner juristischen Unbedarftheit geschuldet sein. Ohne nähere Kenntnis der Einzelheiten, insbesondere der Gründe, warum der Sachverständige sich an das Jugendamt und nicht an das FamG gewandt hat, ist schwer zu beurteilen, ob ein Befangenheitsgrund vorliegt, der eine Ablehnung des Sachverständigen gerechtfertigt hat. Nicht jede Kompetenzüberschreitung eines Sachverständigen lässt einen ruhig und vernünftig denkenden Verfahrensbeteiligten an der Unvoreingenommenheit des Sachverständigen zweifeln, auch wenn man die besondere Situation des betroffenen Verfahrensbeteiligten berücksichtigt.

#### VII. Zusatzauftrag des Gerichts bei interventionistischer Tätigkeit des Sachverständigen

In der Praxis wird häufig nicht zwischen dem Auftrag zu einem Statusgutachten (§ 163 I FamFG) und einem erweiterten Auftrag (§ 163 II FamFG) unterschieden. Der familienpsychologische Sachverständige sollte sich versichern, wenn er interventionistisch tätig wird, d.h. wenn er in Richtung auf eine Veränderung des bestehenden Zustands der Familie arbeiten will, dass er einen zusätzlichen Auftrag nach § 163 II FamFG hat. Ggf. sollte er diesen beim Familiengericht anregen.

## Anmerkung der Redaktion RPsych

Herrler in seiner Rolle als ehemaliger Richter am OLG betont zunächst zu Recht, dass

1. das Umgangsverfahren kein Antragsverfahrens, sondern ein Amtsverfahren und
2. die Entscheidung von Rechtsfragen ausschließlich Aufgabe des gesetzlichen Richters sei.

Wenn er allerdings weiter ausführt, dass der Kindeswohlbegriff (nur?) ein unbestimmter Rechtsbegriff und kein psychologischer Begriff sei und deshalb der psychologische Sachverständige auch nicht entscheiden könne, was dem Kindeswohl am besten entspreche, ist dieser Auffassung aus rechtspsychologischer Sicht zu widersprechen.

Der Kindeswohlbegriff ist vielmehr ein interdisziplinärer Begriff mit zentraler Bedeutung in der Familienrechtspsychologie, Rechtspsychologie, Forensischer Psychiatrie, Sozialpädagogik, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung.

Werden die einzelnen Kriterien des Kindeswohlbegriffs<sup>1</sup> betrachtet, ist leicht nachzuvollziehen, dass jeder dieser kind- und elternzentrierten Kriterien für Mitarbeiter im

### 1 Die Sorgerechts- bzw. Kindeswohlkriterien im Einzelnen:

#### I. Elternzentrierte Kriterien

1. Erziehungsfähigkeit (Erziehungsverhalten) der Eltern,
2. das Förderprinzip (Wer von beiden Eltern kann das Kind in seinen seelischen, körperlichen und gefühlsmäßigen Belangen am besten unterstützen?),
3. das Prinzip der Kontinuität und Stabilität von Lebensbeziehungen (Welcher Elternteil kann dem Kind in Bezug auf seine eigene Person und alle anderen für das Kind bedeutsamen Personen ein Höchstmaß an Kontinuität und Stabilität in der Betreuung und in Bezug auf die Umgebung sicherstellen?),
4. das Prinzip der Bindungstoleranz,
5. das Prinzip der Kooperationsbereitschaft und Kooperationsfähigkeit in Erziehungsfragen sowie des aktiven Förderns von Beziehungen und Bindungen des Kindes mit dem anderen Elternteil. Dieses Prinzip wird erst seit einigen Jahren von der Rechtsprechung, nun im Rahmen des Bindungstoleranzkriteriums, thematisiert. (Welcher Elternteil bietet die beste Gewähr, dass dem Kind der andere Elternteil und alle anderen bedeutsamen Personen als Bezugspersonen erhalten bleiben? Ist dieser Elternteil darüber hinaus willens, diese Kontakte nicht nur zu akzeptieren oder zu billigen, sondern ebenso aktiv zu unterstützen?),
6. die Fähigkeit der Eltern, zwischen Paar- und Elternebene zu differenzieren,
7. das Prinzip des uneingeschränkten Willkommenseins (von Ernst Ell geprägt),
8. das Prinzip der elterlichen Verantwortungsübernahme (Elterlichkeit).

#### II. Kindzentrierte Kriterien

9. Wunsch und Wille des Kindes, aber auch Haltungen, Einstellungen, Meinungen, Favourisierungen; bei Säuglingen und sehr jungen Kindern, die noch nicht sprechen können, auch Mimik und Gestik,
10. Bindungen des Kindes an die Eltern (gemeint sind hier bindungstheoretische Implikationen nach John Bowlby, wobei zu beachten ist, dass der im Gesetz (§ 1626 Abs. 3 S. 2 BGB; das gilt auch für den Bindungsbegriff in § 159 Abs. 2 FamFG) benutzte Bindungsbegriff einen erweiterten Beziehungsbegriff darstellt und mit dem psychologischen Bindungsbegriff nicht identisch ist),
11. Beziehungen des Kindes zu den Eltern, Geschwistern und allen anderen für das Kind bedeutsamen Personen,
12. Kontinuität und Stabilität der Lebensverhältnisse des Kindes.

Jugendamt, Verfahrensbeistände und Sachverständige zu beantworten ist, so dass auch die Schlussfolgerungen der Nichtjuristen, was nun im Ergebnis der Analyse der einzelnen Kindeswohlkriterien das Beste für das Kind sei, z.B. nicht mehr gedemütigt, geschlagen oder vernachlässigt zu werden, zulässig sein wird.

Würde allerdings z.B. der Sachverständige nur auf den Kindeswohlbegriff (§ 1697a BGB) hinweisen, ohne die in Frage kommenden Kriterien zu bearbeiten, um so dann pauschal festzustellen, was das dem Kindeswohl am besten entspricht, wäre dieses Vorgehen nicht nur methodisch unkorrekt, sondern auch rechtlich nicht möglich.

#### 4. Geschlechteridentität: Verfassungsrechtlicher Schutz der geschlechtlichen Identität

**BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16**

**BeckRS 2017, 130176 = NZFam 2017, 4 (24), 1141–1152**

Art. 1 I, Art. 2 I, Art. 3 III GG, §§ 21 I, 22 III, 59 I Nr. 2, II PStG; § 4 I 2 Nr. 6 PassG

Leitsätze:

1. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) schützt die geschlechtliche Identität. Es schützt auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen.
2. Art. 3 III 1 GG schützt auch Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts.
3. Personen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, werden in beiden Grundrechten verletzt, wenn das Personenstandsrecht dazu zwingt, das Geschlecht zu registrieren, aber keinen anderen positiven Geschlechtseintrag als weiblich oder männlich zulässt.

Tenor:

1. § 21 Absatz 1 Nummer 3 des Personenstandsgesetzes (PStG) in der Fassung von Artikel 1 des Gesetzes zur Reform des Personenstandsrechts (Personenstandsrechtsreformgesetz – PStRG) vom 19. Februar 2007 (Bundesgesetzblatt I Seite 122) i.V.m. § 22 Absatz 3 des Personenstandsgesetzes (PStG) vom 7. Mai 2013 (Bundesgesetzblatt I Seite 1122) mit Artikel 2 Absatz 1 i.V.m. Artikel 1 Absatz 1 und mit Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes unvereinbar, soweit sie eine Pflicht zur Angabe des Geschlechts begründen und dabei Personen, deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, keinen positiven Geschlechtseintrag ermöglichen, der nicht „weiblich“ oder „männlich“ lautet.

Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 31. Dezember 2018 eine verfassungsgemäße Regelung herbeizuführen.

2. Die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 22. Juni 2016 – XII ZB 52/15 –, des Oberlandesgerichts Celle vom 21. Januar 2015 – 17 W 28/14 – und des Amtsgerichts Hannover vom 13. Oktober 2014 – 85 III 105/14 – verletzen die beschwerdeführende Person in ihren Grundrechten aus Artikel 2 Absatz 1 i.V.m. Artikel 1 Absatz 1 und Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 des Grundgesetzes.

Die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 22. Juni 2016 – XII ZB 52/15 – und des Oberlandesgerichts Celle vom 21. Januar 2015 – 17 W 28/14 – werden aufgehoben. Die Sache wird an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Das Verfahren ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung auszusetzen.

3. Die Bundesrepublik Deutschland hat der beschwerdeführenden Person die notwendigen Auslagen zu erstatten.

#### Gründe:

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die Frage, ob die angegriffenen Entscheidungen und der zugrunde liegende § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 Personenstandsgesetz (PStG) die beschwerdeführende Person in ihren Grundrechten verletzen. Die beschwerdeführende Person wurde bei der Geburt dem weiblichen Geschlecht zugeordnet und als Mädchen in das Geburtenregister eingetragen. Sie verfügt über einen atypischen Chromosomensatz (sog. Turner-Syndrom) und fühlt sich dauerhaft weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugehörig. Sie beantragte die positive Eintragung der Geschlechtsangabe „inter/divers“, hilfsweise „divers“ in das Geburtenregister. Das zuständige Standesamt lehnte dies ab, weil § 21 Abs. 1 Nr. 3, § 22 Abs. 3 PStG eine solche Eintragung nicht zuließen. Die beschwerdeführende Person hält die Regelungen für verfassungswidrig.

Nach der Geburt eines Kindes ist nach deutschem Personenstandsrecht im Geburtenregister auch dessen Geschlecht zu beurkunden. Das Kind ist entweder dem weiblichen oder dem männlichen Geschlecht zuzuordnen. Wenn dies nicht möglich ist, wird das Geschlecht nicht eingetragen. Die beiden mittelbar angegriffenen Vorschriften des Personenstandsgesetzes lauten wie folgt:

#### *„§ 21 Eintragung in das Geburtenregister*

*(1) Im Geburtenregister werden beurkundet das Geschlecht des Kindes ...*

#### *§ 22 Fehlende Angaben*

*(3) Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.“*

§ 22 Abs. 3 PStG wurde mit der Reform des Personenstandsrechts im Jahr 2013 eingeführt.

Zuvor hatte es seit 1875 keine gesetzliche Regelung zu Personen gegeben, deren Geschlecht nicht eindeutig weiblich oder männlich ist. Das Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 (ALR) hatte noch Regelungen zur geschlechtlichen Einordnung von Zwittern enthalten: „Wenn Zwitter geboren werden, so bestimmen die

Eltern, zu welchem Geschlechte sie erzogen werden sollen“ (§ 19 I 1 ALR). „Jedoch steht einem solchen Menschen, nach zurückgelegtem achtzehnten Jahre, die Wahl frey, zu welchem Geschlecht er sich halten wolle“ (§ 20 I 1 ALR). Mit der Einführung der Standesämter und der Führung von Geburtenregistern durch das „Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und die Eheschließung“ vom 6. Februar 1875 (RGBl I S. 23) war diese Regelung ersatzlos entfallen. Dadurch entstand eine Regelungslücke, die letztlich bis zur Reform des Personenstandsrechts im Jahr 2013 fortbestand (dazu Wacke, in: Festschrift für Kurt Rebmann, 1989, S. 861, 868 ff.; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 81; Lettrari, Aktuelle Aspekte der Rechtslage zur Intersexualität, 2015, S. 6).

Der Neuregelung in § 22 Abs. 3 PStG vorausgegangen sind die Abschließenden Bemerkungen des Ausschusses der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form der Diskriminierung der Frau vom 10. Februar 2009, in denen der Ausschuss die Bundesrepublik Deutschland aufforderte, „... in einen Dialog mit Nichtregierungsorganisationen von intersexuellen und transsexuellen Menschen einzutreten, um ein besseres Verständnis für deren Anliegen zu erlangen und wirksame Maßnahmen zum Schutz ihrer Menschenrechte zu ergreifen“ (CEDAW/C/DEU/ CO/6 Nr. 62).

Im Jahr 2010 erteilten das Bundesministerium für Bildung und Forschung und 5 das Bundesministerium für Gesundheit dem Deutschen Ethikrat den Auftrag, im Dialog mit den von Intersexualität betroffenen Menschen eine Stellungnahme zur Situation intergeschlechtlicher Personen in Deutschland zu verfassen. Im Februar 2012 legte der Deutsche Ethikrat seine Stellungnahme vor: Dort heißt es zusammenfassend (BT-Drucks 17/9088, S. 59):

*„Der Deutsche Ethikrat ist der Auffassung, dass ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in das Persönlichkeitsrecht und das Recht auf Gleichbehandlung vorliegt, wenn Menschen, die sich aufgrund ihrer körperlichen Konstitution weder dem Geschlecht weiblich noch männlich zuordnen können, rechtlich gezwungen werden, sich im Personenstandsregister einer dieser Kategorien zuzuordnen.*

*1. Es sollte geregelt werden, dass bei Personen, deren Geschlecht nicht eindeutig feststellbar ist, neben der Eintragung als „weiblich“ oder „männlich“ auch „anderes“ gewählt werden kann.*

*Zusätzlich sollte geregelt werden, dass kein Eintrag erfolgen muss, bis die betroffene Person sich selbst entschieden hat. Der Gesetzgeber sollte ein Höchstalter der betroffenen Person festlegen, bis zu dem sie sich zu entscheiden hat.*

*2. Es sollte über die bestehende Möglichkeit der Änderung eines Eintrags nach § 47 Absatz 2 PStG hinaus geregelt werden, dass die Betroffenen eine Änderung des Eintrags verlangen können, wenn sich die bisherige Eintragung als unrichtig herausgestellt hat.*

*3. Als Grundlage für künftige Entscheidungen des Gesetzgebers sollten die Zwecke, die mit der Pflicht zur Eintragung nach derzeitigem Recht verfolgt werden, evaluiert werden. Es sollte geprüft werden, ob eine Eintragung des Geschlechts im Personenstandsregister überhaupt noch notwendig ist.“ ...*

Im Koalitionsvertrag für die 18. Legislaturperiode vom 27. November 2013 verpflichteten sich die Koalitionsparteien zur Evaluierung und zum Ausbau der zwischenzeitlich erfolgten personenstandsrechtlichen Änderungen für intergeschlechtliche Menschen sowie dazu, „die besondere Situation von trans- und intersexuellen Menschen in den Fokus“ zu nehmen (vgl. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 105). Zu diesem Zweck wurde im September 2014 eine interministerielle Arbeitsgruppe „Intersexualität/Transsexualität“ gegründet, deren Abschlussbericht im ersten Halbjahr 2017 vorgelegt werden sollte. Das ist bislang nicht erfolgt (vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BTDrucks 18/7310, S. 14).

Die rechtliche oder faktische geschlechtliche Zuordnung, häufig auch der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag und personenstandsrechtliche Urkunden, spielen in unterschiedlichen Lebenssituationen eine Rolle. Teils hat die Geschlechtszugehörigkeit bestimmte rechtliche Folgen, teils wird der Geschlechtszugehörigkeit im Alltag praktische Relevanz beigemessen, mitunter wird der Registereintrag zum Zwecke der Identifizierung und Datenvalidierung oder zu statistischen Zwecken benötigt. So enthalten beispielsweise der deutsche Pass nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 PassG und die elektronische Gesundheitskarte nach § 291 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 SGB V die Angabe des Geschlechts einer Person. Die Vorlage einer Geburtsurkunde oder des Ausdrucks aus dem Geburtenregister gegenüber Behörden, Gerichten oder Dritten ist in einer Vielzahl von Lebenssituationen rechtlich vorgesehen oder jedenfalls praktisch erforderlich; beide weisen grundsätzlich das Geschlecht aus (§ 59 Abs. 1 Nr. 2 und Abs. 2 PStG sowie § 55 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 21 Abs. 1 Nr. 3 und § 22 Abs. 3 PStG). Die Vorlage der Geburtsurkunde wird unter anderem für die Anmeldungen zum Studium, zu universitären Prüfungen, Staatsexamina und zur Promotion, bei Bewerbungen in den öffentlichen Dienst beziehungsweise in das Beamtenverhältnis sowie für bestimmte Ausbildungsberufe angefordert.

Aus medizinischer Sicht wird an einer allein binären Geschlechtskonzeption nicht festgehalten. Die Bundesärztekammer hat im Jahr 2015 auf Empfehlung ihres Wissenschaftlichen Beirats die Stellungnahme „Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorders of Sex Development, DSD)“ abgegeben. Dort heißt es, Varianten der Geschlechtsentwicklung stellen eine heterogene Gruppe von Abweichungen der Geschlechtsdeterminierung oder -differenzierung dar. Unter Varianten der Geschlechtsentwicklung werden angeborene Variationen der genetischen, hormonalen, gonadalen und genitalen Anlagen eines Menschen mit der Folge verstanden, dass das Geschlecht einer Person nicht mehr eindeutig den biologischen Kategorien ‚männlich‘ oder ‚weiblich‘ entspreche. Eine Gleichsetzung mit Fehlbildung oder Krankheit sei nicht angemessen (vgl. Bundesärztekammer, Deutsches Ärzteblatt vom 30. Januar 2015, S. 1 <2>). Die im Jahr 2016 erstellte „Leitlinie der Deutschen Gesellschaft für Urologie (DGU) e.V., der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie (DGKCH) e.V., der Deutschen Gesellschaft für Kinderendokrinologie und -diabetologie (DGKED) e.V.“ stellt fest, angesichts der biologischen Zusammenhänge und der Erlebniswelt von Menschen mit Varianten der Ge-



schlechtsentwicklung bedürfe es für die adäquate psychologisch-medizinische Begleitung oder Behandlung einer Revision des tradierten normativen Menschbildes von Frau und Mann. Varianten der Geschlechtsentwicklung seien keine Krankheit. Man könne nicht über deren „Heilbarkeit“ nachdenken.

Keine medizinische oder psychologische Intervention werde an dem Zustand der Uneindeutigkeit per se etwas ändern. Der Umgang mit Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung sei in der Regel ein gesellschaftspolitisches Problem und müsse im gesamtgesellschaftlichen Rahmen bedacht werden (Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften e.V., S2k-Leitlinie Register Nr. 174/001, Stand: 07/2016, Varianten der Geschlechtsentwicklung, S. 4). In den medizinischen und psycho-sozialen Wissenschaften besteht zudem weitgehend Einigkeit darüber, dass sich das Geschlecht nicht allein nach genetisch-anatomisch-chromosomalen Merkmalen bestimmen oder gar herstellen lässt, sondern von sozialen und psychischen Faktoren mitbestimmt wird (z.B. Bundesärztekammer, a.a.O., S. 5, 7; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2014, Stichwort: Geschlecht; Richter-Appelt, in: Irrsinnig weiblich – Psychische Krisen im Frauenleben, Aufl. 2016, S. 107 <116>).

Die Angaben zur Anzahl der Menschen in Deutschland mit Varianten der Geschlechtsentwicklung variieren je nachdem, welche Erscheinungsformen gezählt werden. So wird beispielsweise eine Häufigkeit von 1:500 Intersexuellen in der Bevölkerung angegeben (Pschyrembel, a.a.O., Stichwort: Intersexualität), was einer Anzahl von circa 160.000 Personen in Deutschland entspricht (weitere Zahlenangaben bei Schmidt am Busch, AÖR 2012, S. 441 <443>; Böcker/Denk u.a., Pathologie, 5. Aufl. 2012, S. 730; Johow/Voland, APuZ 2012, S. 9 <12 f.>; Helms, Brauchen wir ein drittes Geschlecht..., 2015, S. 3 m.w.N.; Bundesärztekammer, a.a.O., S. 4; vgl. auch Althoff/Schabram/Follmar-Otto, Gutachten Geschlechtervielfalt im Recht – Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt, BMFSFJ (Hrsg.), 2017, S. 18 und Fn. 39).

Unter Vorlage einer Chromosomenanalyse beantragte die beschwerdeführende Person die Berichtigung ihres Geburtseintrags beim zuständigen Standesamt dahingehend, dass die bisherige Geschlechtsangabe „weiblich“ gestrichen und die Angabe „inter/divers“, hilfsweise nur „divers“, eingetragen werden solle. Ausweislich der vorgelegten Chromosomenanalyse verfügt sie über einen numerisch auffälligen Chromosomensatz mit einem X-Chromosom und einem fehlenden zweiten Gonosom.

Die Standesamtaufsicht wies in ihrer Stellungnahme darauf hin, dass es nicht möglich sei, ein drittes Geschlecht in das Geburtenregister einzutragen. Der Gesetzgeber habe sich für eine binäre Geschlechterordnung entschieden und lediglich die Möglichkeit geschaffen, gar kein Geschlecht einzutragen. Die Region Hannover schloss sich dieser Stellungnahme an und leitete den Antrag an das zuständige Amtsgericht weiter.

Das Amtsgericht wies den Berichtigungsantrag zurück, da die Eintragung eines dritten Geschlechts auch nach Inkrafttreten des Personenstands1. Änderungsgesetzes nicht möglich sei. Gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3, § 22 Abs. 3 PStG sei das Geschlecht des Kindes mit „weiblich“ oder „männlich“ oder ohne eine solche Angabe einzutragen. Die Anga-

be des Geschlechts mit „inter“ oder „divers“ sei nicht vorgesehen. Eine Verfassungswidrigkeit dieser Regelung sei nicht zu erkennen.

Das Oberlandesgericht wies die hiergegen gerichtete Beschwerde zurück. Das Amtsgericht habe den Berichtigungsantrag in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der § 21 Abs. 1 Nr. 3, § 22 Abs. 3 PStG zurückgewiesen. Die beschwerdeführende Person könne lediglich eine Streichung des Eintrags „weiblich“ erreichen. Das Tatbestandsmerkmal „Geschlecht“ in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG müsse nicht verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass es neben „männlich“ und „weiblich“ als drittes Geschlecht „inter“ oder „divers“ gebe. § 22 Abs. 3 PStG sei in der jetzt gültigen Fassung nicht verfassungswidrig.

Die hiergegen gerichtete Rechtsbeschwerde wies der Bundesgerichtshof zurück. Eine Änderung der Eintragung im Geburtenregister in „inter“ beziehungsweise „divers“ sei nach geltendem Recht nicht möglich.

Eine andere Auslegung und Interpretation des Tatbestandsmerkmals Geschlecht in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG komme nicht in Betracht. Für eine Vorlage der Sache an das Bundesverfassungsgericht bestehe keine Veranlassung, da der Senat § 21 Abs. 1 Nr. 3, § 22 Abs. 3 PStG nicht für verfassungswidrig halte. Die antragstellende Person könne gemäß § 48 Abs. 1, § 47 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG erreichen, dass die Angabe des Geschlechts nachträglich aus dem Geburtenregister gelöscht werde. Weil der Bezeichnung „inter“ oder „divers“ im Geburtenregister kein materieller Gehalt gegenüberstehe, mache es für die Betroffenen im Ergebnis keinen verfassungsrechtlich bedeutsamen Unterschied, ob ein geschlechtszuordnender Eintrag unterbleibe oder ein Eintrag erfolge, der keinem bestehenden Geschlecht zugeordnet werden könne, also rein deklaratorischer Natur sei. In welcher Weise der Gesetzgeber von Verfassungs wegen gehalten sei, der Situation der Betroffenen durch eine Änderung des materiellen Familienrechts Rechnung zu tragen, sei im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Durch die Schaffung eines weiteren Geschlechts wären staatliche Ordnungsinteressen betroffen. Darum gehe es der antragstellenden Person hier aber nicht.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügt die beschwerdeführende Person eine Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG und einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG.

Weil ihre intergeschlechtliche Identität eindeutig und dauerhaft sei, habe sie Anspruch auf gleichberechtigte Anerkennung ihres Geschlechts als Ausprägung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die erzwungene Zuordnung zum männlichen oder weiblichen Geschlecht greife in ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht ein, da sie verpflichtet werde, sich in ein binäres System einzuordnen, das ihrem eigenen Identitätsempfinden nicht entspreche. Auch nach Neuregelung des Personenstandsgesetzes habe sie lediglich die Wahl, sich entweder in eine unzutreffende Kategorie als männlich oder weiblich einzuordnen oder den Geburtseintrag offen stehen zu lassen und damit keinem Geschlecht anzugehören. Dies bedeute, ein „Nullum“ zu sein. Zwar mache es materiell-rechtlich keinen Unterschied, ob der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag

offengehalten oder positiv bezeichnet werde, weil das materielle Recht die Existenz intergeschlechtlicher Menschen bislang ignoriere.

Die Funktion des Personenstandseintrags im Geburtenregister gehe aber über die Abbildung von familienrechtlich erheblichen Tatsachen weit hinaus. Solange es den Geschlechtseintrag im Personenstandsrecht gebe, sei er ein wichtiger Baustein der Identitätsbildung des Individuums im sozialen Kontext. Der staatliche Akt verleihe dem Merkmal eine zusätzliche Bedeutsamkeit. Es werde ihr so in einem konstitutiven Bestandteil ihrer Identität unmöglich gemacht, nach außen als die Person aufzutreten, die sie nach eigenem Empfinden sei. Eine weitere geschlechtliche Kategorie „inter/divers“ wäre nicht weniger als die derzeitige Rechtslage geeignet, dem Zweck der personenstandsrechtlichen Klarheit zu entsprechen. Mit dieser Kategorie würde der Gesetzgeber nicht notwendig ein „drittes Geschlecht“ schaffen, wie der Bundesgerichtshof suggeriere, sondern eine Sammelbezeichnung für alle Personen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordneten, aber auch nicht dauerhaft als „geschlechtslos“ registriert werden möchten. Der bürokratische Aufwand erhöhe sich nicht nennenswert.

In der unterschiedlichen Behandlung intergeschlechtlicher Personen gegenüber männlichen oder weiblichen Individuen liege eine unzulässige Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG). Während männliche und weibliche Personen im Personenstandsregister als männlich oder weiblich bezeichnet würden, gebe es für die intergeschlechtliche Identität der beschwerdeführenden Person keine rechtlich registrierbare Bezeichnung.

Zum Verfahren haben die Landesregierung des Freistaats Thüringen, der Deutsche Ethikrat, die Bundesärztekammer, das Deutsche Institut für Menschenrechte e.V., der Bundesverband der Deutschen Landesbeamtinnen und Landesbeamten e.V. (BDS), die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung e.V. (DGfS), der Berufsverband Deutscher Psychologinnen und Psychologen e.V. (BDP), die Deutsche Gesellschaft für Psychologie e.V. (DGPs), die Deutsche Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität e.V. (dgti), der Intersexuelle Menschen e.V., der Lesben- und Schwulenverband in Deutschland (LSVD) e.V., das Zentralkomitee der deutschen Katholiken (ZdK), das Studienzentrum der EKD für Genderfragen in Kirche und Theologie, die Bundesvereinigung Trans\* e.V. (BVT\*), der Trans-InterQueer e.V. (TriQ) sowie eigeninitiativ der Verband für lesbische, schwule, bisexuelle, trans\*, intersexuelle und queere Menschen in der Psychologie e.V. (VLSP) sowie der freie Zusammenschluss von StudentInnen-schaften (fzs) e.V. Stellung genommen.

Die Landesregierung des Freistaats Thüringen unterstützt die „Intention der Verfassungsbeschwerde“.

Der Deutsche Ethikrat zitiert seine im Jahr 2012 abgegebene Stellungnahme dass bei Personen, deren Geschlecht nicht eindeutig feststellbar ist, neben der Eintragung als weiblich oder männlich auch „anderes“ gewählt werden können solle, und verweist auch im Übrigen auf diese im Auftrag der Bundesregierung erarbeitete ausführliche Stellungnahme zur Intersexualität (BTDrucks 17/9088).

Die Bundesärztekammer weist auf ihre frühere Stellungnahme hin (Deutsches Ärzteblatt vom 30. Januar 2015, S. 1 ff.).

Das Deutsche Institut für Menschenrechte verweist weitgehend auf ein Gutachten, welches es im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend erstellt hat (Althoff/Schabram/Follmar-Otto, a.a.O.). Insgesamt hält das Institut die personenstandsrechtliche Anerkennung einer nicht-binären Geschlechtlichkeit für notwendig. Bei Befragungen inter- und transgeschlechtlicher Personen in Deutschland habe ein Viertel bis ein Drittel eine nicht-binäre Identifikation angegeben. Vor diesem Hintergrund erscheine die Verweigerung der Eintragung nicht-binärer Geschlechtskategorien nicht vertretbar. Das Offenlassen bewirke keine positive Anerkennung des Geschlechts, sondern negiere lediglich die Zuordnung zu den binären Kategorien „männlich“ und „weiblich“. Aus grundrechtlicher Perspektive gehe es nicht um die Schaffung von Geschlechtern durch den Gesetzgeber, sondern um die gleichberechtigte rechtliche Anerkennung der Geschlechtlichkeit auf der Grundlage der individuellen psychischen und physischen Konstitution. Die Zuweisungs- und Ordnungsfunktion der Kategorie Geschlecht im geltenden Recht vermöge die Verweigerung der Eintragung eines nicht-binären Geschlechts nicht zu rechtfertigen. Insbesondere sei die Verweigerung bereits nicht zur Erreichung dieses legitimen Ziels geeignet. Denn die mit der Eintragung von Personen als „inter/divers“ eintretenden Rechtsunsicherheiten bestünden gleichermaßen bei der derzeitigen Regelung des offengelassenen Geschlechtseintrags nach § 22 Abs. 3 PStG.

Der Bundesverband der Deutschen Standesbeamtinnen und Standesbeamten sieht die geltende Regelung als vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt an. Sie stelle sicher, dass das Personenstandsregister die ihm im Rechtsverkehr zgedachte Funktion zuverlässig erfüllen könne. Da das geltende materielle Familien- und Personenstandsrecht keine spezifischen Regeln für das Geschlecht „inter/divers“ kenne, widerspreche die Eintragung eines entsprechenden Geschlechts der Funktion und den Aufgaben des Personenstandsregisters. Durch die Eintragung würde der unzutreffende Eindruck hervorgerufen, im (personenstands-)rechtlichen Kontext könne es einen Unterschied machen, ob jemand dem Geschlecht „inter/divers“ angehöre oder einen offenen Geschlechtseintrag habe. Dies würde dem Ziel der Rechtssicherheit und -klarheit widersprechen. Mit der Möglichkeit einer Eintragung aller Geschlechtsidentitäten zwischen den Kategorien „männlich“ und „weiblich“ außerhalb der Sammelkategorie des offenen Geschlechtseintrags sei die Eindeutigkeit des Personenstands nicht mehr gewährleistet, zumal eine große Vielfalt von Geschlechtsidentitäten existiere. Dass der Gesetzgeber davon abgesehen habe, autoritativ eine Bezeichnung „inter“ oder „divers“ zuzuordnen, nehme auf die Interessen intergeschlechtlicher Menschen Rücksicht, die sich mit einer solchen Geschlechtsbezeichnung nicht identifizierten. Das eigentliche Problem intergeschlechtlicher Personen sei, dass es allgemein akzeptierte Geschlechtsidentitäten und soziale Rollen in der gesellschaftlichen Wirklichkeit für Intergeschlechtliche noch nicht gebe. Es sei nicht zu erkennen, welchen Vorteil es hätte, wenn im Geburtenregister der Eintrag „inter“ oder „divers“ enthalten wäre. Mit der vom

Gesetzgeber gewählten Lösung habe Deutschland im internationalen Vergleich eine Vorreiterstellung eingenommen.

Die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung hält die vom Gesetzgeber getroffene Regelung für unzureichend. Der in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts vertretene wissenschaftliche Standpunkt, wonach man Personen mit uneindeutigem Geschlecht „heilen“ könne, indem man sie körperlich, aber auch in ihrem Erziehungsgeschlecht, eindeutig Mann oder Frau anpasse, sei falsch. Es sei Zeit, die Eintragung eines anderen Geschlechts als männlich oder weiblich zu ermöglichen.

Nach Auffassung des Berufsverbands Deutscher Psychologinnen und Psychologen sollte einer Person die Eintragung ihrer Geschlechtsidentität als „inter/divers“ oder hilfsweise „divers“ ins Personenstandsregister ermöglicht werden, wenn dies auf einem autonomen, überdauernden und intensiven Wunsch der betroffenen Person beruhe. Die Geschlechtsidentität, ihre Entwicklung und Sozialisation stelle einen bedeutsamen Bereich im menschlichen Erleben und Verhalten dar. Aus psychologischer Sicht sollte Intergeschlechtlichen die Möglichkeit gegeben werden, bei einem entsprechenden Wunsch und Bedürfnis dieses Zugehörigkeitsgefühl auch nach außen hin kenntlich zu machen. Allerdings sähen einige Betroffene die Möglichkeit erneuter Diskriminierung. Diese Gefahr trete jedoch in den Hintergrund, wenn eine solche Eintragung nur eine Option, also keine zwingende Verpflichtung darstelle und die Wahlmöglichkeit zu einem anderen Eintrag bestehen bliebe.

Die Deutsche Gesellschaft für Psychologie befürwortet die personenstandsrechtliche Anerkennung intergeschlechtlicher Menschen als „inter/divers“, hilfsweise „divers“. Die Annahme, dass das Geschlecht eines Menschen ausschließlich männlich oder weiblich sein könne, sei weder psychologisch noch biologisch und sexualwissenschaftlich haltbar. Geschlecht sei ein mehrdimensionales Konstrukt, dessen Entwicklung durch das komplexe Zusammenspiel verschiedener körperlicher, psychosozialer und psychosexueller Einflussfaktoren bedingt sei. Die Verfassungsbeschwerde trage psychologischen und aktuellen sexualwissenschaftlichen Erkenntnissen Rechnung, wenn sie darauf hinweise, dass die rechtliche und damit gesellschaftliche Anerkennung der eigenen geschlechtlichen Existenz und Identität eine wesentliche Voraussetzung für die Fähigkeit zur Entwicklung eines gesunden Selbst- und Verantwortungsgefühls darstelle. Entsprechend schädlich könnten die Erfahrungen des gesellschaftlichen Ausschlusses und der „personenstandsrechtlichen Nicht-Existenz“ für eine gesunde psychische Entwicklung sein. Psychosoziale Risiken, Diskriminierungen und Ungleichbehandlungen führten unter anderem zu einer Selbststigmatisierung und stellten potentielle Gesundheitsrisiken dar. Ein Zusammenhang mit erhöhter Suizidalität sei empirisch belegt. Durch eine rechtliche Anerkennung könnten solche Risiken reduziert werden.

Nach Auffassung der Deutschen Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität sollte die Angabe „inter/divers“ zugelassen werden. Menschen, die weder weiblich noch männlich seien, erlebten die fortwährende Negierung ihrer Persönlichkeit, indem ihnen ihre Geschlechtsidentität abgesprochen werde. Die Erfahrung zeige, dass Personen, die versucht hätten, entsprechend ihrer Persönlichkeit zu leben, diese Lebensphasen durch einen innerlichen Zusammenbruch beendet und sich entweder ganz aus der

Gesellschaft oder in Räume der Gesellschaft zurückgezogen hätten, in denen sie akzeptiert würden. Aber auch eine Zwangsanpassung habe häufig fatale Folgen wie Verlust des Grundvertrauens zu anderen Menschen, Verlust des Selbstwertes und der Selbstakzeptanz, tiefgreifende Depressionen bis hin zum Suizid. Darüber hinaus seien nicht-binäre Menschen sehr häufig körperlichen Angriffen ausgesetzt und durchliefen einen steinigen Lebensweg. Menschen, die sich als „inter\*“ identifizierten, sei es nicht gleichgültig, ob der Geschlechtseintrag offengelassen oder das Geschlecht als „inter\*“ positiv beschrieben werde. Werde bei einem erwachsenen Menschen der Geschlechtseintrag im Geburtenregister offengelassen, erscheine er nach außen als ein Mensch, dessen Geschlechtsentwicklung noch nicht abgeschlossen sei.

Der Verein Intersexuelle Menschen hält die bisherige rechtliche Lösung des § 22 Abs. 3 PStG für unzureichend. Der Gesetzgeber habe es versäumt, einen weiteren Personenstand neben „männlich“ und „weiblich“ einzurichten, was tiefgreifende Folgen für intergeschlechtliche Menschen habe. Die Aufrechterhaltung eines gesellschaftlichen Konstrukts der Zweigeschlechtlichkeit sei unverhältnismäßig. Denn sie mache einer ganzen Gruppe von intergeschlechtlich geborenen Menschen die Teilhabe am Leben und an einer geschlechtergerechten medizinischen Versorgung unmöglich.

Der Lesben- und Schwulenverband in Deutschland ist der Meinung, dass die jetzige Fassung des § 22 Abs. 3 PStG die beschwerdeführende Person in ihrem Recht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verletze. Die Möglichkeit der Streichung des Geschlechtseintrags reiche nicht aus, um dem Persönlichkeitsrecht der beschwerdeführenden Person gerecht zu werden, da hiermit ihre selbstempfundene geschlechtliche Identität nicht anerkannt werde. Die beschwerdeführende Person empfinde sich nicht als „geschlechtlos“, sondern als Mensch mit dem Geschlecht „intersexuell“.

Das Zentralkomitee der deutschen Katholiken stellt fest, dass die von ihm befragten katholischen Verbände gegen die Auflösung einer binär orientierten Geschlechterordnung seien, weil sie den Wertvorstellungen der Katholikinnen und Katholiken mehrheitlich widerspreche. Es sei unstrittig, dass Intersexualität ein biologisches Phänomen sei. Die teilweise vertretene Einschätzung, dass dies als körperlicher Defekt beziehungsweise als medizinisch behandlungs- und anpassungsbedürftige Normabweichung zu verstehen sei, werde nicht geteilt. Die Personenwürde verbiete die Diskriminierung aufgrund persönlicher Merkmale. Durch die bereits vollzogene Änderung des Personenstandsgesetzes sei das Erfordernis der Nichtdiskriminierung intergeschlechtlicher Menschen jedoch angemessen berücksichtigt. Für die Zukunft könne nicht ausgeschlossen werden, dass sich die gesellschaftlichen Wertvorstellungen dahingehend änderten, dass sich wie in einigen anderen Staaten auch in Deutschland eine politische Mehrheit für die personenstandsrechtliche Option eines dritten Geschlechts ergebe. Aktuell lasse sich aber jedenfalls für die gesellschaftliche Gruppe der in Deutschland in katholischen Verbänden und Gemeinschaften organisierten Christen und Christinnen sagen, dass sie nicht erkennbar für die Schaffung dieser Option votierten.

Das Studienzentrum der EKD für Genderfragen in Kirche und Theologie ist der Auffassung, dass Menschen, die sich aufgrund ihrer selbst empfundenen geschlechtlichen Identität weder dem „weiblichen“ noch dem „männlichen“ Geschlecht zuordnen



könnten oder wollten, erst dann eine diesen beiden Kategorien gleichwertige Zuordnung erfahren würden, wenn diese ebenfalls als Geschlechtszuordnung erkennbar sei. Das institutionell und kulturell dominierende Ordnungsprinzip der Zweigeschlechtlichkeit stelle für Menschen jenseits der binären Zweigeschlechtlichkeit einen erheblichen Eingriff in ihr Selbstbild und die Lebbarkeit gemäß diesem Selbstbild dar. Die Geschlechtsidentität sei eine für Menschen so wesentliche Kategorie, dass eine Fehlzuschreibung schwerwiegende Folgen haben könne. Wer als weder eindeutig weiblich noch eindeutig männlich zugeordnet werden könne und wolle, sei damit nicht ein geschlechtliches „nullum“, sondern ein „aliud“.

Die Bundesvereinigung Trans\* plädiert für die Schaffung eines dritten Personenstands, dessen Zugang einzig auf individueller Selbstbestimmung und Selbstdefinition beruhen und allen Menschen hürdenlos zugänglich sein sollte. Langfristig solle die registerliche Erfassung von Geschlecht ganz abgeschafft werden, da die Erhebung von Geschlecht als Kategorie im Personenstandsrecht von Personen, deren Identität ihrem zugewiesenen Geschlecht entspreche, meist kaum wahrgenommen werde und nur notwendig sei, solange für unterschiedliche Geschlechter unterschiedliche Rechte gälten.

Der TransInterQueer hält die Einführung einer dritten Geschlechtskategorie nicht für weitgehend genug, weil es nicht möglich sei, einen passenden Begriff für alle Menschen zu finden, die sich jenseits binärer Geschlechtsangaben verorteten. Die Einführung einer starren „dritten Option“ stelle einen Umweg dar, der das eigentliche Ziel der Abschaffung einer personenstandsrechtlichen Registrierung des Geschlechts weiter hinauszögere.

Der Verband für lesbische, schwule, bisexuelle, trans\*, intersexuelle und queere Menschen in der Psychologie sowie der freie Zusammenschluss von StudentInnenschaften sprechen sich jeweils für eine dritte Option des Personenstands aus.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet. § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG ist insofern verfassungswidrig, als § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG zur personenstandsrechtlichen Eintragung des Geschlechts zwingt, § 22 Abs. 3 PStG aber Personen, deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, neben dem Geschlechtseintrag „weiblich“ oder „männlich“ keinen weiteren positiven Geschlechtseintrag ermöglicht. Die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffenen Entscheidungen beruhen auf diesen Bestimmungen. Sie verletzen die beschwerdeführende Person in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und verstoßen gegen das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG).

§ 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die geschlechtliche Identität auch jener Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind. In deren Grundrecht wird eingegriffen, weil das geltende Personenstandsrecht dazu zwingt, das Geschlecht zu registrieren, aber keinen anderen



Geschlechtseintrag als weiblich oder männlich zulässt. Der Grundrechtseingriff ist nicht gerechtfertigt.

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt die geschlechtliche Identität der beschwerdeführenden Person.

Art. 2 Abs. 1 GG gewährt jedem das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit. Dieses Grundrecht umfasst neben der allgemeinen Handlungsfreiheit das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG). Letzteres ergänzt als „unbenanntes“ Freiheitsrecht die speziellen („benannten“) Freiheitsrechte, die ebenfalls konstituierende Elemente der Persönlichkeit schützen (vgl. BVerfGE 54, 148 <153>). Eine der Aufgaben des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist es dabei, Grundbedingungen dafür zu sichern, dass die einzelne Person ihre Individualität selbstbestimmt entwickeln und wahren kann (vgl. BVerfGE 35, 202 <220>; 79, 256 <268>; 90, 263 <270>; 117, 202 <225>). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt indessen nur solche Elemente der Persönlichkeitsentfaltung, die – ohne bereits Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes zu sein – diesen in ihrer konstituierenden Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen (vgl. BVerfGE 79, 256 <268>; 99, 185 <193>; 120, 274 <303>; stRspr). Es verbürgt also nicht Schutz gegen alles, was die selbstbestimmte Persönlichkeitsentwicklung auf irgendeine Weise beeinträchtigen könnte; ohnehin vermag kein Mensch seine Individualität unabhängig von äußeren Gegebenheiten und Zugehörigkeiten zu entwickeln. Der lückenschließende Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts greift aber dann, wenn die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit spezifisch gefährdet ist (BVerfGE 141, 186 <201 f. Rn. 32>).

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt danach auch die geschlechtliche Identität (vgl. BVerfGE 115, 1 <14 ff.>; 116, 243 <259 ff.>; 121, 175 <190 ff.>; 128, 109 <123 ff.>), die regelmäßig ein konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit ist. Der Zuordnung zu einem Geschlecht kommt für die individuelle Identität unter den gegebenen Bedingungen herausragende Bedeutung zu; sie nimmt typischerweise eine Schlüsselposition sowohl im Selbstverständnis einer Person als auch dabei ein, wie die betroffene Person von anderen wahrgenommen wird. Die Geschlechtszugehörigkeit spielt in den alltäglichen Lebensvorgängen eine wichtige Rolle: Teilweise regelt das Recht Ansprüche und Pflichten in Anknüpfung an das Geschlecht, vielfach bildet das Geschlecht die Grundlage für die Identifikation einer Person, und auch jenseits rechtlicher Vorgaben hat die Geschlechtszugehörigkeit im täglichen Leben erhebliche Bedeutung. Sie bestimmt etwa weithin, wie Menschen angesprochen werden oder welche Erwartungen an das äußere Erscheinungsbild einer Person, an deren Erziehung oder an deren Verhalten gerichtet werden.

Geschützt ist auch die geschlechtliche Identität jener Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind. Diese Personen könnten ihre Persönlichkeit möglicherweise ungehinderter entfalten, wenn der geschlechtlichen Zuordnung generell geringere Bedeutung zukäme. Doch ist unter den gegebenen Bedingungen die geschlechtliche Zuordnung ein besonders relevanter Aspekt der fremden Wahrnehmung wie auch des eigenen Verständnisses der Persönlichkeit. Auch die be-

schwerdeführende Person betont die praktische Bedeutung der geschlechtlichen Zuordnung und macht geltend, dass die geschlechtliche Identität unter diesen Umständen konstitutiver Bestandteil ihrer Persönlichkeit sei.

Die durch § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG getroffene Regelung greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität ein und gefährdet spezifisch die Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit der beschwerdeführenden Person in ihrer geschlechtlichen Identität.

Die mittelbar angegriffenen Regelungen greifen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität ein. Das Personenstandsrecht zwingt dazu, das Geschlecht zu registrieren, ermöglicht der beschwerdeführenden Person, deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnet, aber keinen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag, der ihrer Geschlechtsidentität entspräche (vgl. zum Eingriffscharakter bereits BVerfGE 49, 286<298>; 60, 123 <132 ff.>; 116, 243 <259 ff.>; 121, 175 <190 ff.>; 128, 109 <124>). Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG ist das Geschlecht einer Person im Geburtenregister personenstandsrechtlich zu beurkunden. Als positive Eintragungsmöglichkeiten stehen dafür nur das Geschlecht „weiblich“ und das Geschlecht „männlich“, nicht aber eine weitere Möglichkeit des Geschlechtseintrags zur Verfügung.

Dies folgt aus § 22 Abs. 3 PStG („Fehlende Angaben“), wonach der Personenstandsfall ohne Angabe in das Geburtenregister einzutragen ist, wenn das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Eine positive Eintragung in das Geburtenregister kann nicht erfolgen. Infolgedessen muss die beschwerdeführende Person einen Eintrag hinnehmen, der ihrer grundrechtlich geschützten geschlechtlichen Identität nicht entspricht.

Zwar hat sie nach § 22 Abs. 3 PStG die Möglichkeit der Streichung ihres weiblichen Geschlechtseintrags im Geburtenregister. Das beseitigt den Grundrechtseingriff jedoch nicht: Die beschwerdeführende Person wäre nicht nur durch die fehlerhafte Zuordnung als Frau, sondern im Rahmen der derzeitigen Rechtslage auch durch die Wahl der gesetzlichen Variante „fehlende Angabe“ (§ 22 Abs. 3 PStG) in ihrer geschlechtlichen Identität beeinträchtigt. Durch den offenen Geschlechtseintrag würde nicht abgebildet, dass sie sich zwar nicht als Mann oder als Frau, aber auch nicht als geschlechtslos begreift, und nach eigenem Empfinden ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich hat. Die „fehlende Angabe“ belässt es bei dem allein binären Grundmuster der Geschlechtszugehörigkeit und ruft den Eindruck hervor, dass die rechtliche Anerkennung einer weiteren Geschlechtsidentität nicht in Betracht kommt und die Geschlechtseintragung lediglich noch nicht geklärt, noch keiner Lösung zugeführt oder auch vergessen wurde.

Eine Anerkennung der beschwerdeführenden Person in ihrer dem eigenen Empfinden entsprechenden Geschlechtlichkeit liegt hierin nicht. Der Eintrag bleibt aus ihrer Sicht unzutreffend, weil eine bloße Löschung eines binären Geschlechtseintrags den Eindruck fehlender Geschlechtlichkeit erweckt (vgl. Althoff/Schabram/Follmar-Otto,

a.a.O., S. 24, 44; vgl. auch Vöneky/Wilms, Stellungnahme zur Situation von Menschen mit Intersexualität in Deutschland im Deutschen Ethikrat, 2011, S. 3; Sieberichs, FamRZ 2013, S. 1180 <1181>; Gössl, NZFam 2016, 1122 <1123>).

Verlangt das Personenstandsrecht einen Geschlechtseintrag, verwehrt es einer Person aber zugleich die personenstandsrechtliche Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität, ist die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit dieser Person spezifisch gefährdet:

Unter den gegebenen Umständen hat die personenstandsrechtliche Anerkennung des Geschlechts Identität stiftende und ausdrückende Wirkung. Der Personenstand ist keine Marginalie, sondern ist nach dem Gesetz die „Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung“ (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PStG). Mit dem Personenstand wird eine Person nach den gesetzlich vorgesehenen Kriterien vermessen; er umschreibt in zentralen Punkten die rechtlich relevante Identität einer Person. Daher gefährdet die Verwehrung der personenstandsrechtlichen Anerkennung der geschlechtlichen Identität bereits an sich, das heißt unabhängig davon, welche Folgen außerhalb des Personenstandsrechts an den Geschlechtseintrag geknüpft sind, die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit einer Person spezifisch.

Spezifische Bedeutung für die geschlechtliche Identität erlangt der personenstandsrechtliche Eintrag für sich genommen zwar nur, weil das Personenstandsrecht überhaupt die Angabe der Geschlechtszugehörigkeit verlangt. Täte es dies nicht, gefährdete es auch die Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit nicht spezifisch, wenn die konkrete Geschlechtszugehörigkeit einer Person keinen personenstandsrechtlichen Niederschlag fände. Es handelte sich dann beim Geschlecht um keine Größe von personenstandsrechtlicher Relevanz. Ein von der konkreten Rechtslage losgelöster Anspruch auf personenstandsrechtliche Anerkennung beliebiger Identitätsmerkmale ergibt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nicht.

Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG umfasst der Personenstand indessen derzeit auch das Geschlecht. An einer Registrierung des Geschlechts als personenstandsrechtlichem Ordnungsmerkmal hat der Gesetzgeber trotz mehrfacher Reformen des Personenstandsrechts festgehalten. Misst der Gesetzgeber dem Geschlecht so über das Personenstandsrecht erhebliche Bedeutung für die Beschreibung einer Person und ihrer Rechtsstellung bei, hat die personenstandsrechtliche Anerkennung der konkreten Geschlechtszugehörigkeit bereits für sich genommen eine Identität stiftende und ausdrückende Wirkung, ohne dass es noch darauf ankäme, welche materiell-rechtlichen Konsequenzen der Personenstandseintrag außerhalb des Personenstandsrechts hat (vgl. zur eigenständigen Grundrechtsrelevanz des Registereintrags für den Fall von Transsexualität bereits BVerfGE 49, 286 <297 f.>; s. auch zur Namensführung BVerfGE 104, 373 <385>; 109, 256 <266>; 115, 1 <14>). Findet unter diesen Voraussetzungen die geschlechtliche Identität einer Person personenstandsrechtlich keine Anerkennung, gefährdet dies die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit spezifisch.

Insbesondere erschwert das personenstandsrechtliche Erfordernis des Geschlechtseintrags in Kombination mit den begrenzten Eintragungsmöglichkeiten den Betroffenen,

sich in der Öffentlichkeit als die Person zu bewegen und von anderen als die Person gesehen zu werden, die sie in geschlechtlicher Hinsicht sind. Die Art und Weise, wie eine Person dargestellt und in der Öffentlichkeit und durch andere wahrgenommen wird, ist aber für die Möglichkeiten freier Entfaltung der Persönlichkeit von Bedeutung und kann spezifische Gefährdungen begründen (vgl. BVerfGE 99, 185 <193>; 114, 339 <346>; 119, 1 <24>; Kube, in: Isensee/Kirchhof, HStR VII, 3. Aufl. 2009, § 148 Rn. 29, 43 ff., insbes. Rn. 46; Di Fabio, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rn. 166 ff. [Sept. 2016]; Dreier, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 2 I Rn. 72 ff.). Dass das Personenstandsrecht den Geschlechtseintrag fordert, den hier Betroffenen aber keinen dem Selbstverständnis gemäßen Geschlechtseintrag im Personenregister ermöglicht, trägt dazu bei, dass sie in ihrer individuellen Identität nicht in gleichem Maße und in gleicher Selbstverständlichkeit wahrgenommen werden und Anerkennung finden wie weibliche oder männliche Personen. Wie die beschwerdeführende Person plausibel geltend macht, kann das Individuum den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag bei ihrem Auftreten in der Öffentlichkeit häufig nicht einfach übergehen.

Der Eingriff ist nicht gerechtfertigt. Die den Gerichtsentscheidungen zugrunde liegende gesetzliche Regelung ist verfassungswidrig, weil der Zwang zum personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag in Kombination mit der Versagung einer weiteren positiven Eintragungsmöglichkeit jenseits von „weiblich“ oder „männlich“ von keinem legitimen Zweck getragen ist, den zu erreichen die Regelung geeignet, erforderlich und angemessen wäre.

Das Grundgesetz gebietet nicht, den Personenstand hinsichtlich des Geschlechts ausschließlich binär zu regeln. Es zwingt weder dazu, das Geschlecht als Teil des Personenstandes zu normieren, noch steht es der personenstandsrechtlichen Anerkennung einer weiteren geschlechtlichen Identität jenseits des weiblichen und männlichen Geschlechts entgegen. Zwar spricht Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG von „Männern“ und „Frauen“. Eine abschließende begriffliche Festlegung des Geschlechts allein auf Männer und Frauen ergibt sich daraus jedoch nicht. Aus dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG folgt, dass bestehende gesellschaftliche Nachteile zwischen Männern und Frauen beseitigt werden sollen. Stoßrichtung der Norm ist es vor allem, geschlechtsbezogene Diskriminierung zu Lasten von Frauen zu beseitigen (vgl. BVerfGE 85, 191 <207>; Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 107; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 79; Rübner, in: Bonner Kommentar, Bd. 2, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 550 [Mai 1996]; Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 323 ff., insbes. S. 331), nicht jedoch, eine geschlechtliche Zuordnung im Personenstandsrecht festzuschreiben oder eine weitere Geschlechtskategorie jenseits von „männlich“ und „weiblich“ auszuschließen. Soweit das Bundesverfassungsgericht früher formuliert hat, unsere Rechtsordnung und unser soziales Leben gingen von dem Prinzip aus, dass jeder Mensch entweder „männlichen“ oder „weiblichen“ Geschlechts sei (vgl. BVerfGE 49, 286 <298>), handelte es sich schon damals nicht um die Feststellung, eine Geschlechterbinarität sei von Verfassungs wegen vorgegeben, sondern um eine bloße Beschreibung des zum damaligen Zeitpunkt vorherr-

schenden gesellschaftlichen und rechtlichen Verständnisses der Geschlechtszugehörigkeit.

Dass § 22 Abs. 3 PStG keine dritte Möglichkeit bietet, ein Geschlecht positiv in das Geburtenregister eintragen zu lassen, lässt sich nicht mit Belangen Dritter rechtfertigen. Der Status personenstandsrechtlicher Männer und Frauen bleibt durch die Eröffnung einer weiteren Eintragungsmöglichkeit unberührt. Dies gilt auch für die Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, die sich selbst gleichwohl dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuordnen, entsprechend registriert sind und sein wollen. Durch die bloße Eröffnung der Möglichkeit eines weiteren Geschlechtseintrags wird niemand gezwungen, sich diesem weiteren Geschlecht zuzuordnen. Die Ermöglichung eines weiteren Geschlechtseintrags vermehrt die Optionen von Menschen mit einer Variante der Geschlechtsentwicklung, die über den Eintrag als Mann oder Frau nicht abgebildet wird, ohne ihnen Möglichkeiten zu nehmen, die das Recht bislang bietet. In einem Regelungssystem, das Geschlechtsangaben vorsieht, müssen die derzeit bestehenden Möglichkeiten für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, sich als weiblich oder männlich oder ohne Geschlechtseintrag registrieren zu lassen, erhalten bleiben.

Dass keine Möglichkeit besteht, ein weiteres Geschlecht eintragen zu lassen, ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil mit der Einführung einer dritten positiven Eintragungsmöglichkeit in einer Übergangszeit ein bürokratischer und finanzieller Aufwand verbunden sein kann. Zwar müssten die formalen und technischen Voraussetzungen zur Erfassung eines weiteren Geschlechts zunächst geschaffen werden. Gegenüber der Grundrechtsbeeinträchtigung, die es bedeutet, in der eigenen geschlechtlichen Identität durch das Recht ignoriert zu werden, wäre der durch die Ermöglichung einer einheitlichen dritten Bezeichnung verursachte Mehraufwand aber hinzunehmen. Ein Anspruch auf personenstandsrechtliche Eintragung beliebiger Identitätsmerkmale, die einen Bezug zum Geschlecht haben, ergibt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht hingegen nicht. Davon abgesehen steht es dem Gesetzgeber frei, in personenstandsrechtlichen Angelegenheiten ganz auf den Geschlechtseintrag zu verzichten.

Ordnungsinteressen des Staates vermögen die Verwehrung einer weiteren einheitlichen positiven Eintragungsmöglichkeit ebenfalls nicht zu rechtfertigen. Sofern die rechtliche Identifikation von Personen *de lege lata* anhand ihres Geschlechts erfolgt und einzelne rechtliche Pflichten und Ansprüche nach geltendem Recht anhand des Geschlechts zugeordnet sind, trägt die personenstandsrechtliche Registrierung des Geschlechts zwar dazu bei, dass diese Identifikation und Zuordnung sicher und eindeutig erfolgen kann (vgl. BVerfGE 128, 109 <129f.>). Das rechtfertigt es jedoch nicht, dass nach § 22 Abs. 3 PStG kein anderes Geschlecht als das männliche oder das weibliche im Personenstandsregister eingetragen werden kann.

Durch die Ermöglichung des positiven Eintrags eines weiteren Geschlechts unter einer einheitlichen dritten Bezeichnung (vgl. zu Vorschlägen z.B. die Stellungnahme des Deutschen Ethikrats, BTDrucks 17/9088, S. 59) entstehen keine Zuordnungsprobleme, die sich nach geltendem Recht nicht ohnehin schon stellen. Unklarheiten könnten auftreten, wenn eine Regelung außerhalb des Personenstandsrechts an das Geschlecht an-

knüpft und voraussetzt, dass die Person entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts ist. Wie eine Person zu behandeln wäre, die einem weiteren Geschlecht zugeordnet ist, wäre dann in der Tat unklar.

Diese Schwierigkeit besteht jedoch bereits nach geltendem Recht in gleicher Weise, wenn der Geschlechtseintrag nach § 22 Abs. 3 PStG offenbleibt. Dann ist eine Zuordnung zum männlichen oder zum weiblichen Geschlecht ebenfalls nicht möglich: Insofern regelt das materielle Recht weder, welche geschlechtsbezogenen Vorschriften gelten sollen, noch hat der Gesetzgeber eigenständige Regelungen für Personen ohne Geschlechtseintrag geschaffen. Wird ein weiterer positiver Geschlechtseintrag ermöglicht, sind somit die gleichen Fragen zu klären, die sich auch bei der de lege lata möglichen Nichteintragung des Geschlechts stellen. Der positive Eintrag eines weiteren Geschlechts könnte vielmehr klarer sein, weil er im Gegensatz zum dauerhaft offenen Geschlechtseintrag nicht den falschen Eindruck vermittelt, die Eintragung sei versehentlich unterblieben.

Auch die Dauerhaftigkeit des Personenstands wird durch die Option eines weiteren Geschlechtseintrags nicht beeinträchtigt, weil mit der bloßen Schaffung einer weiteren Eintragungsmöglichkeit zum Geschlecht keine Aussage zu den Voraussetzungen des Wechsels des Personenstands getroffen ist.

Soweit § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG die Eintragung eines Geschlechts jenseits der Kategorien „männlich“ und „weiblich“ ausschließen, verstößt dies auch gegen das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Die mittelbar angegriffenen Regelungen benachteiligen Menschen, die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind und sich selbst dauerhaft einem weiteren Geschlecht zuordnen.

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt nicht nur Männer und Frauen, sondern auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts. Die Benachteiligung ist nicht gerechtfertigt.

§ 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG benachteiligt Menschen, die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind und sich selbst dauerhaft einem weiteren Geschlecht zuordnen, wegen ihres Geschlechts. Nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG darf das Geschlecht grundsätzlich nicht als Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Ungleichbehandlung herangezogen werden. Das gilt auch dann, wenn eine Regelung nicht auf eine nach Art. 3 Abs. 3 GG verbotene Ungleichbehandlung angelegt ist, sondern in erster Linie andere Ziele verfolgt (BVerfGE 85, 191 <206>; stRspr.). § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG behandelt Menschen, die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind, ungleich und benachteiligt sie wegen ihres Geschlechts insofern, als diese im Gegensatz zu Männern und Frauen nicht ihrem Geschlecht gemäß registriert werden können. § 22 Abs. 3 PStG lässt ausdrücklich nur die Eintragung als weiblich oder als männlich zu. Andere Menschen müssen im geltenden Personenstandsrecht entweder die unzutreffende Zuordnung zu einem der beiden genannten Geschlechter oder aber einen Eintrag hinnehmen, der den Eindruck erweckt, sie hätten kein Geschlecht.



Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, sondern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts (vgl. Langenfeld, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 24 sowie Art. 3 Abs. 3 Rn. 42 [Sept. 2016]; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, 13. Aufl. 2014, GG, Art. 3 Rn. 77; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, Art. 3 Rn. 120; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, HStR VIII, 3. Aufl. 2010, § 182 Rn. 42; Froese, AöR 2015, S. 598 <611>; Lettrari, Aktuelle Aspekte der Rechtslage zu Intersexualität, 2015, S. 13; Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, S. 120 ff.; Schmidt, in: Schochow/Gehrmann/Steger, Inter\* und Trans\*identitäten, 2016, S. 231 <245 f., 251 f.>; Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 246 ff.).

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

In systematischer Hinsicht besteht kein Widerspruch zum Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG, das nur von Männern und Frauen spricht (vgl. aber Heun, in: Dreier, GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 127; Boysen, in: von Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2012, Art. 3 Rn. 155; Kischel, in: Epping/Hillgruber, Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 31. Edition, Stand Dezember 2016, Art. 3 Rn. 183, 219; Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 5. Aufl. 2016, § 40 Rn. 3; Manssen, Staatsrecht II Grundrechte, 13. Aufl. 2016, Rn. 831; vgl. auch Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 3 Abs. 3 Rn. 383). So nennt schon der Wortlaut des Absatzes 3, anders als Absatz 2 nicht Männer und Frauen, sondern spricht allgemein vom Geschlecht.

Vor allem aber besitzt Art. 3 Abs. 2 GG gegenüber Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eigenständige Bedeutung, die die engere Fassung von Absatz 2 erklärt.

Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt (BVerfGE 85, 191 <206 f.>). Seit 1994 betont Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung im Geschlechterverhältnis.

Die Entstehungsgeschichte steht der Annahme, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG die Diskriminierung wegen eines weiteren Geschlechts erfasst, ebenfalls nicht entgegen. Dass dem Verfassungsgeber 1949 bei der Formulierung von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kaum Menschen weiteren Geschlechts vor Augen gestanden haben dürften, hindert die Ver-



fassungsinterpretation nicht daran, diese Menschen angesichts des heutigen Wissens um weitere geschlechtliche Identitäten in den Diskriminierungsschutz einzubeziehen.

62 Auch die Entscheidung des verfassungsändernden Gesetzgebers, das Merkmal der „sexuellen Identität“ nicht in Art. 3 Abs. 3 GG aufzunehmen, spricht – ungeachtet von Bedeutungsunterschieden zwischen Geschlechtsidentität und sexueller Identität – nicht gegen eine weite Interpretation des Merkmals „Geschlecht“.

Zuletzt wurde die Einfügung des Merkmals der sexuellen Identität nicht wegen inhaltlicher Bedenken gegen den angestrebten Diskriminierungsschutz der sexuellen Identität, sondern mit dem Argument abgelehnt, dieser sei rechtlich bereits verwirklicht; der Schutz vor Diskriminierungen wegen der sexuellen Identität durch Art. 3 Abs. 1 GG decke sich nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mittlerweile mit dem Schutznach Art. 3 Abs. 3 GG (vgl. BT-Drucks 17/4775, S. 5).

Im Übrigen hat auch der Gerichtshof der Europäischen Union den Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung weit gefasst, indem er Diskriminierungen einbezieht, die ihre Ursache in der Geschlechtsumwandlung einer Person haben (grundlegend EuGH, Urteil vom 30. April 1996, P./S. und Cornwall County Council, C-13/94, Slg. 1996, I-2143, Rn. 20).

Die Benachteiligung ist nicht gerechtfertigt. Wie gesehen, gibt es hierfür keinen tragfähigen Grund (oben I 3).

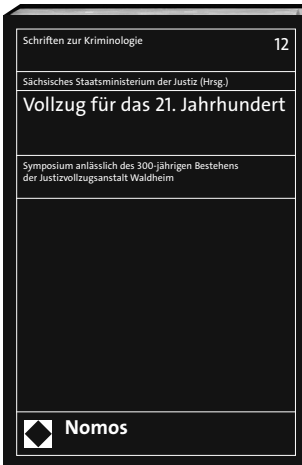
Die Verfassungswidrigkeit einer mit der Verfassungsbeschwerde mittelbar angegriffenen gesetzlichen Vorschrift führt in der Regel zu ihrer Nichtigkeit (§ 95 Abs. 3 Satz 2 BVerfGG). Hier kommt jedoch nur eine Unvereinbarkeitserklärung in Betracht, weil dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, die Benachteiligung der Betroffenen zu beseitigen (vgl. BVerfGE 133, 59 <99 Rn. 106>; stRspr). So könnte der Gesetzgeber auf einen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag generell verzichten. Er kann aber stattdessen auch für die betroffenen Personen – zusätzlich zu der bestehenden Option keinen Geschlechtseintrag vorzunehmen (§ 22 Abs. 3 PStG) – die Möglichkeit schaffen, eine einheitliche positive Bezeichnung eines Geschlechts zu wählen, das nicht männlich oder weiblich ist. Die Option eines weiteren Geschlechtseintrags lässt sich gesetzlich auf unterschiedliche Weise ausgestalten. Insbesondere ist der Gesetzgeber nicht auf die Wahl einer der von der antragstellenden Person im fachgerichtlichen Verfahren verfolgten Bezeichnungen beschränkt.

Gerichte und Verwaltungsbehörden dürfen die Normen im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwenden. Der Gesetzgeber muss bis zum 31. Dezember 2018 eine Neuregelung treffen. Verfahren, in denen eine Person mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, die sich zudem selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnet, die Eintragung einer anderen Geschlechtsbezeichnung als männlich oder weiblich begehrt, sind bis zu einer Neuregelung auszusetzen.

Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs, des Oberlandesgerichts Celle und des Amtsgerichts Hannover beruhen auf der mit den genannten Grundrechten unvereinbaren Regelung und verstoßen gegen die Grundrechte der beschwerdeführenden Person. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs und des Oberlandesgerichts Celle

werden aufgehoben. Die Sache wird an das Oberlandesgericht zurückverwiesen. Das Verfahren ist bis zu einer gesetzlichen Neuregelung auszusetzen. ...  
Diese Entscheidung ist mit 7:1 Stimmen ergangen.

## 300 Jahre Justizvollzugsanstalt Waldheim



**NEU  
2018**

### Vollzug für das 21. Jahrhundert

Symposium anlässlich des 300-jährigen Bestehens der Justizvollzugsanstalt Waldheim

Herausgegeben vom

Sächsischen Staatsministerium der Justiz

2018, ca. 129 S., brosch., ca. 42,- €

ISBN 978-3-8487-4787-0

ISBN 978-3-8452-9043-0

(Schriften zur Kriminologie, Bd. 12)

[nomos-shop.de/36183](http://nomos-shop.de/36183)

Das Werk enthält Beiträge zur Entwicklung und Wirksamkeit verschiedener Behandlungsmethoden im Justizvollzug sowie zur Problematik, ob Freiheitsentzug überhaupt noch eine angemessene Sanktion darstellt. Es wurde anlässlich des 300-jährigen Bestehens der Justizvollzugsanstalt Waldheim verfasst.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar unter: [www.nomos-elibrary.de](http://www.nomos-elibrary.de)

Bestellen Sie jetzt telefonisch unter (+49)7221/2104-37.

**Portofreie Buch-Bestellungen unter [www.nomos-shop.de](http://www.nomos-shop.de)**

Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



**Nomos**