

Das dritte Geschlecht

stud. iur. Jasmin Wulf

BVerfG 1 BvR 2019/16

Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 3 Abs. 3 GG; §§ 21 Abs. 1, 22 Abs. 3 PStG

Sachverhalt (leicht abgewandelt und vereinfacht): Die beschwerdeführende Person A wurde bei der Geburt dem weiblichen Geschlecht zugeordnet und als Mädchen in das Geburtenregister eingetragen. A 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 den Antrag ab, weil die §§ 21 Abs. 1 Nr. 3 und 22 Abs. 3 PStG eine solche Eintragung nicht zuließen. A 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

[...]

3. 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.

A rügt 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 S. 1 GG. Da 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 offenstehen zu lassen und damit keinem Geschlecht anzugehören. Dann wäre man ein „Nullum“. Zwar mache es materiell-rechtlich keinen Unterschied, ob der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag offen gehalten oder positiv bezeichnet werde, weil das materielle Recht die Existenz intergeschlechtlicher Menschen bisher ignoriere. Der Geschlechtseintrag im Personenstandsrecht sei jedoch ein wichtiger Baustein der Identitätsbildung des Individuums im sozialen Kontext. Der staatliche Akt verleihe dem Merkmal eine zusätzliche Bedeutsamkeit. Eine weitere geschlechtliche Kategorie „inter/divers“ wäre im Vergleich zur aktuellen Rechtslage nicht weniger geeignet, dem Zweck der personenstandsrechtlichen Klarheit zu entsprechen. Mit dieser Kategorie würde der Gesetzgeber nicht notwendig ein „drittes Geschlecht“ schaffen, sondern eine Sammelbezeichnung für alle Personen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordneten und nicht dauerhaft als „geschlechtslos“ registriert werden möchten. Nach erfolgloser Erschöpfung des Rechtswegs legt A form- und fristgerecht Verfassungsbeschwerde beim BVerfG ein. Sie wendet sich gegen die vorhergehenden Entscheidungen und mittelbar gegen § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG.

Hat die Verfassungsbeschwerde der A Aussicht auf Erfolg?

EINORDNUNG

Mit der aufsehenerregenden Entscheidung vom 10. Oktober 2017¹ hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung neben den Eintragungsmöglichkeiten „männlich“ und „weiblich“ eine positive Eintragungsmöglichkeit geschaffen werden muss. Das Urteil des BVerfG stieß auf großes mediales Echo und wurde vielfach kritisiert.² Im Fokus der Entscheidung steht der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und das Merkmal des „Geschlechts“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG.

LEITSÄTZE

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) schützt die geschlechtliche Identität. Es schützt auch die geschlechtliche Identität derjenigen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen.

Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG schützt auch Menschen, die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen, vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts.

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.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A wendet sich mit einer Verfassungsbeschwerde gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a, §§ 90ff. BVerfGG an das BVerfG. Die Verfassungsbeschwerde hat Aussicht auf Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

¹ BVerfG NJW 2017, 3643.

² Märker, Drittes Geschlecht?, NZFam 2018, 1.

³ Walter in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, 88. EL, Stand: August 2018, Art. 93 Rn. 338.

⁴ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015, Rn. 105.

⁵ Ruppert/Schorkopf in: Burkiczkak/Dollinger/Schorkopf, Bundesverfassungsgerichtsgesetz Kommentar, 1. Aufl. 2015, § 90 Rn. 18f.

⁶ Sachs, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 478; Wieland in: Dreier, Grundgesetz Kommentar Bd. 3, 3. Aufl. 2018, Art. 90 Rn. 88.

A. Zulässigkeit

Die Sachentscheidungsvoraussetzungen müssten vorliegen.

I. Zuständigkeit des BVerfG, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG

Das BVerfG ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG zuständig.

II. Beschwerdeberechtigung, § 90 Abs. 1 BVerfGG

A müsste beschwerdeberechtigt sein. Gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a, § 90 Abs. 1 BVerfGG kann jedermann Verfassungsbeschwerde erheben mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte verletzt zu sein. Dabei werden unterschiedliche Ansätze zum Umfang der für die Beschwerdefähigkeit erforderlichen materiellen Grundrechtberechtigung vertreten, also zu der Frage, inwieweit die Beschwerdefähigkeit davon abhängt, dass das geltend gemachte Grundrecht dem Beschwerdeführer im konkreten Fall tatsächlich zusteht.³ Teilweise wird angenommen, dass die Beschwerdefähigkeit vollständig der materiellen Berechtigung folge. Für die Vertreter dieser Auffassung ist demnach schon bei der Beschwerdefähigkeit zu prüfen, ob dem Beschwerdeführer das geltend gemachte Grundrecht zusteht.⁴ Andere beschränken die Prüfung darauf, ob dieses Recht dem Beschwerdeführer zustehen kann. Ob es ihm tatsächlich zusteht, ist danach eine Frage der Begründetheitsprüfung.⁵ Nach der weitestgehenden Auffassung reicht es dagegen aus, dass der Beschwerdeführer überhaupt Träger von Grundrechten sein kann. Danach kommt es auf die konkret gerügten Grundrechte für die Beschwerdefähigkeit überhaupt nicht an.⁶ A beruft sich auf eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 Var. 1 GG. Es handelt sich jeweils um Jedermann-Grundrechte. A ist eine natürliche Person und der persönliche Schutzbereich ist für alle infrage kommenden Grundrechte eröffnet, daher kann der Streit dahinstehen. A ist beschwerdeberechtigt.

Die Entstehungsgeschichte der Verfassungsbeschwerde spricht dafür, dass ein besonderer Akzent auf der Jedermann-Berechtigung liegt.¹ Es sollte ein allgemeiner prozessualer Zugang in Bezug auf Grundrechtsverletzungen geschaffen werden; daher lässt sich das Argument entkräften, dass das Zulässigkeitskriterium mangels Filterfunktion sinnlos sei.² Die Funktion der Jedermann-Formel besteht nach der Rolle und Bedeutung der Verfassungsbeschwerde unter dem GG darin, dass sie zum Ausdruck bringt, dass die Verfassungsbeschwerde tatsächlich „jedem“ zur Verfügung stehen soll; die daneben erforderliche Filterfunktion in Bezug auf die konkrete Grundrechtsberechtigung wird von der Beschwerdebefugnis übernommen.³ Grundrechtsfähig sind demnach insbesondere alle natürlichen Personen.⁴

¹ Hellmann in: Barczak, Mitarbeiterkommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1. Aufl. 2018, § 90 Rn. 14ff.

² Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht (Fn. 4), Rn. 105.

³ Walter in: Maunz-Dürig (Fn. 3), Rn. 338.

⁴ BVerfGE 115, 205 (227); Haratsch in: Sodan, Grundgesetz, 4. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 39.

III. Prozessfähigkeit

A müsste prozessfähig sein. Unter Prozessfähigkeit versteht man die Fähigkeit, den Prozess aus eigenem Recht zu führen und Verfahrenshandlungen selbst vorzunehmen.⁷ Hiervon kann i.d.R. ausgegangen werden, wenn eine natürliche Person Verfassungsbeschwerde erhebt, die weder minderjährig noch in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt ist.⁸ Es ist nicht ersichtlich, dass A vorliegend minderjährig oder in ihrer Geschäftsfähigkeit beschränkt ist, sodass sie prozessfähig ist.

IV. Beschwerdegegenstand, § 90 Abs. 1 BVerfGG

Es müsste zudem ein tauglicher Beschwerdegegenstand vorliegen. Gegenstand der Verfassungsbeschwerde kann gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG jeder Akt der öffentlichen Gewalt sein.⁹ Aus der Bindung aller staatlichen Gewalt an die Grundrechte gem. Art. 1 Abs. 3 GG folgt, dass hierunter entgegen Art. 19 Abs. 4 GG jeder Akt eines Organs der

Exekutive, Legislative oder Judikative fällt.¹⁰

A wendet sich gegen das Urteil des BGH und die vorangegangenen Entscheidungen, demnach gegen Akte der Judikative. Zudem wendet sie sich mittelbar gegen die einschlägigen Normen des PStG, nämlich § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG. Bei dem Erlass dieser Normen handelt es sich um einen Legislativakt. Für die prozessuale Behandlung der Verfassungsbeschwerde ist die letztinstanzliche Entscheidung des BGH maßgeblich, sodass unabhängig vom Vorliegen mehrerer Angriffsgegenstände nur eine Verfassungsbeschwerde vorliegt. Ein tauglicher Beschwerdegegenstand liegt mit dem Urteil des BGH vor.

V. Beschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

A müsste sodann beschwerdebefugt sein. Dies ist gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG der Fall, wenn die Beschwerdeführerin geltend macht, durch den angegriffenen Hoheitsakt in einem verfassungsbeschwerdefähigen Recht selbst, unmittelbar und gegenwärtig verletzt zu sein.¹¹ Aus dem Vorbringen der Beschwerdeführerin muss sich die Möglichkeit einer Verletzung von Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten ergeben.¹²

1. Behauptung einer Grundrechtsverletzung

Zunächst müsste A die Möglichkeit einer Verletzung ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte geltend machen. Die Beschwerdebefugnis ist dabei nur dann nicht gegeben, wenn eine Verletzung offensichtlich und eindeutig nach jeder Betrachtungsweise ausgeschlossen ist.¹³ A rügt vorliegend die Verletzung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts i.S.d. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Diese sind zumindest nicht offensichtlich und eindeutig ausgeschlossen.

2. Gegenwärtige und unmittelbare Selbstbetroffenheit

Zudem müsste die A selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen sein. Das Erfordernis der Selbstbetroffenheit verlangt, dass gerade der Beschwerdeführer in eigenen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten betroffen ist.¹⁴ Gegenwärtige Betroffenheit liegt vor, wenn

⁷ Haratsch in: Sodan, Grundgesetz, 4. Aufl. 2018, Art. 93 Rn. 40.

⁸ Manssen, Staatsrecht II: Grundrechte, 16. Aufl. 2019, Rn. 893.

⁹ Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Kommentar), 57. EL, Stand: Februar 2018, § 90 Rn. 175a.

¹⁰ BVerfGE 1, 332 (343).

¹¹ BVerfGE 100, 313 (354).

¹² Epping, Grundrechte, 8. Aufl. 2019, Rn. 178.

¹³ BVerfGE 38, 139 (146); 52, 303 (327); 94, 49 (84).

¹⁴ BVerfGE 108, 370 (384).

der Akt der öffentlichen Gewalt „aktuell“, im Zeitpunkt der Entscheidung des BVerfG, noch rechtlich oder faktisch die geschützte Grundrechtsposition des Beschwerdeführers beeinträchtigt, eine „virtuelle“ Betroffenheit reicht nicht aus.¹⁵ Unmittelbare Betroffenheit setzt voraus, dass keine weiteren Vollzugsakte erforderlich sind, um Rechtswirkungen gegenüber dem Beschwerdeführer zu entfalten.¹⁶

A ist Adressatin der Urteile als Partei des Rechtsstreits und mithin selbst betroffen. Die Grundrechtsposition der A ist hier durch das Urteil des BGH rechtlich und faktisch noch immer beeinträchtigt, sodass sie auch gegenwärtig betroffen ist. Das letztinstanzliche Urteil benötigt keine weiteren Vollzugsakte, um Rechtswirkungen gegenüber A zu entfalten. Sie ist folglich unmittelbar betroffen. A ist selbst, gegenwärtig und unmittelbar betroffen.

3. Zwischenergebnis

A ist mithin beschwerdebefugt.

VI. Rechtswegerschöpfung und Grundsatz der Subsidiarität, § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG

A war in der letzten Instanz erfolglos und hat damit den Rechtsweg i.S.d. § 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG erschöpft. Da die mögliche Grundrechtsverletzung auf keine andere Weise hätte beseitigt werden können, ist auch der Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde gewahrt.

VII. Ordnungsgemäßer Antrag, §§ 23 Abs. 1, 92 BVerfGG und Frist, § 93 BVerfGG

A hat die Vorschriften bzgl. Form und Frist eingehalten.

VIII. Zwischenergebnis

Die Verfassungsbeschwerde der A ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn A durch den angegriffenen Akt der öffentlichen Gewalt in einem ihrer Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt ist.¹⁷

I. Prüfungsmaßstab der Urteilsverfassungsbeschwerde

Bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsurteile gelten Besonderheiten im Hinblick auf den Prüfungsmaßstab. Es geht nicht darum, Entscheidungen auf eine Verletzung des einfachen Rechts zu überprüfen. Dem BVerfG kommt nach den Art. 92, 93 GG nicht die Stellung einer „Supervisionsinstanz“ zu,¹⁸ die Anwendung des einfachen Rechts ist allein Aufgabe der Fachgerichte. Eine Urteilsverfassungsbeschwerde ist demnach nur begründet, wenn die ordentlichen Gerichte spezifisches Verfassungsrecht durch eine fehlerhafte Bestimmung von Reichweite und Grenzen der Grundrechte verletzt haben, das Urteil objektiv unhaltbar und willkürlich erscheint oder auf einer verfassungswidrigen Rechtsgrundlage beruht.¹⁹ Vorliegend könnten bereits die der Entscheidung zugrunde liegenden Regelungen des § 22 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG verfassungswidrig sein, dann würde auch die darauf beruhende Entscheidung verfassungswidrig sein. Die Verfassungsmäßigkeit der Normen wird volumänglich am Maßstab des GG geprüft.

II. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Zunächst könnte eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der A vorliegen.

1. Persönlicher Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich ist eröffnet.

2. Sachlicher Schutzbereich

Der sachliche Schutzbereich müsste eröffnet sein. Die Einordnung weder zum männlichen noch zum weiblichen Geschlecht müsste unter den sachlichen Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts fallen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist im Wesentlichen von der Rechtsprechung entwickelt worden und wird aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet, es gewährleistet die engere persönliche Lebenssphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen.²⁰ Der sachliche Schutzbereich lässt sich nicht abschließend bestimmen.²¹ Geschützt sind solche Elemente der Persönlichkeitentfaltung, die ohne bereits Gegenstand der besonderen Freiheitsgarantien des Grundgesetzes zu sein, diesen in ihrer konstituierenden

¹⁵ BVerfGE 60, 360 (370); Meyer in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz Kommentar Bd. 2, 6. Aufl. 2012, Art. 93 Rn. 57.

¹⁶ Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 186.

¹⁷ Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 205.

¹⁸ BVerfGE 7, 198 (207); 18, 85 (92).

¹⁹ Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 206.

²⁰ BVerfGE 35, 202 (220); 79, 256 (268); 90, 263 (270); 117, 202 (225).

²¹ Manssen, Staatsrecht II (Fn. 8), Rn. 259.

Bedeutung für die Persönlichkeit nicht nachstehen.²² Der lückenschließende Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts greift, wenn die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit spezifisch gefährdet ist.²³ Zum Schutz der Selbstbestimmung gehören die Privatheit der Sexualsphäre sowie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung.²⁴ Die sexuelle Selbstbestimmung umfasst dabei das Recht eines jeden, seine Einstellung zum Geschlecht selbst zu bestimmen und damit das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität. Er kann sein Verhältnis zur Sexualität einrichten und grundsätzlich selbst bestimmen, ob und in welchen Grenzen bzw. mit welchen Zielen er Einwirkungen Dritter auf diese Einstellung hinnehmen möchte.²⁵ Aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgt also ein Recht auf Anerkennung der selbst bestimmten geschlechtlichen Identität; das muss auch für den Fall gelten, dass man sich keinem der zwei Mehrheitsgeschlechter zugehörig fühlt, das Recht kann nicht abschließend Identitätskategorien definieren.²⁶ Der Zuordnung zu einem Geschlecht kommt für die individuelle Identität 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.²⁷ Die Geschlechtszugehörigkeit spielt in den alltäglichen Lebensvorgängen eine wichtige Rolle. Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind, könnten ihre Persönlichkeit nur dann möglicherweise ungehindert entfalten, wenn der geschlechtlichen Zuordnung generell eine 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.²⁸ A betont die praktische Bedeutung der geschlechtlichen Zuordnung und macht geltend, dass die geschlechtliche Identität unter diesen Umständen konstitutiver Bestandteil ihrer Persönlichkeit sei. Folglich ist auch der sachliche Schutzbereich eröffnet.

3. Eingriff

Es müsste ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der A vorliegen. Ein Eingriff i.S.d. klassischen Eingriffsbegriiffs liegt bei finalem, unmittelbarem staatlichem Handeln durch Rechtsakt vor.²⁹ Nach dem modernen Eingriffsbegriiff ist ein Eingriff jedes staatlichen Handeln, das dem Einzelnen ein vom Schutzbereich umfasstes Verhalten ganz oder teilweise unmöglich macht oder erschwert.³⁰ § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG ist als formelles Gesetz zwar ein Rechtsakt, bedarf aber mit der Eintragung ins Geburtenregister eines Vollzugsaktes. Es fehlt insofern an der unmittelbaren Wirkung gegen A.

Ein Eingriff nach dem modernen Eingriffsbegriiff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der A könnte aber durch die mittelbar beanstandete Regelung aus § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG gegeben sein.

a) Falscher Eintrag als Eingriff

Das Personenstandsrecht zwingt dazu, das Geschlecht zu registrieren. Es ermöglicht der A, 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. Gem. § 21 Abs. 1 Nr. 1 PStG ist das Geschlecht einer Person im Geburtenregister personenstandsrechtlich zu beurkunden.³¹ Als positive Eintragungsmöglichkeiten stehen dafür nur das Geschlecht „weiblich“ und „männlich“, nicht aber eine weitere Möglichkeit der Geschlechtseintragung zur Verfügung. Dies folgt aus § 22 Abs. 3 PStG, wonach der Personenstandsfall ohne Angabe in das Geburtenregister einzutragen ist, wenn das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann.³² Infolgedessen muss A einen Eintrag hinnehmen, der ihrer grundrechtlich geschützten geschlechtlichen Identität nicht entspricht, ein Eingriff liegt hierin nicht.

²² BVerfGE 79, 256 (268); 99, 185 (193); 120, 274 (303).

²³ BVerfGE 141, 186 (201f.).

²⁴ BVerfGE 47, 46 (73f.); Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 643.

²⁵ BVerfGE 47, 46 (73); Nolte/Roggan, Anfängerhausarbeit – Öffentliches Recht: Grundrechte – Männlich, weiblich, ohne Angabe, JuS 2015, 801 (803).

²⁶ Nolte/Roggan (Fn. 25), JuS 2015, 801 (803).

²⁷ BVerfG NJW 2017, 3643 (3644).

²⁸ Ebd.

²⁹ Dreier in: Dreier (Fn. 6), Band I, 3. Aufl. 2013, vor Art. 1 Rn. 124.

³⁰ Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 39.

³¹ Gaaz in: Gaaz/Bornhofen, Personenstandsgesetz Handkommentar, 4. Aufl. 2018, § 21 PStG Rn. 30.

³² Gaaz in: Gaaz/Bornhofen (Fn. 31), § 22 PStG Rn. 11; Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180; Theilen, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, 1.

b) Eintrag „fehlende Angabe“ (§ 22 Abs. 3 PStG) als Eingriff

Fraglich ist, ob durch die Möglichkeit der Streichung ihres weiblichen Geschlechtseintrags im Geburtenregister gem. § 22 Abs. 2 PStG der Grundrechtseingriff beseitigt wird. Durch den offenen Geschlechtseintrag wird nicht abgebildet, dass jemand sich zwar nicht als Mann oder als Frau, aber auch nicht als geschlechtlos begreift und nach eigenem Empfinden ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich hat.³³ Eine Anerkennung der A in ihrer dem eigenen Empfinden entsprechenden Geschlechtlichkeit liegt hierin nicht. A wird nicht nur durch die fehlerhafte Zuordnung als Frau, sondern auch durch die Wahl der gesetzlichen Variante „fehlende Angabe“ (§ 22 Abs. 3 PStG) in ihrer geschlechtlichen Identität beeinträchtigt.

c) Gefährdung der selbstbestimmten Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit

Zudem könnte die personenstandsrechtliche Anerkennung des Geschlechts identitätsstiftende und -ausdrückende Wirkung haben. Bedeutung für die geschlechtliche Identität erlangt der personenstandsrechtliche Eintrag für sich genommen zwar nur, weil das Personenstandsrecht überhaupt die Angabe der Geschlechtszugehörigkeit verlangt. Ein von der konkreten Rechtslage losgelöster Anspruch auf personenstandsrechtliche Anerkennung beliebiger Identitätsmerkmale ergibt sich aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht jedoch nicht.³⁴ Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG wird das Geschlecht aktuell vom Personenstand umfasst. An einer Registrierung des Geschlechts als personenstandsrechtlichem Ordnungsmerkmal hat der Gesetzgeber trotz mehrfacher Reformen des Personenstandsrechts festgehalten.³⁵ 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.³⁶

Insbesondere erschwert das personenstandsrechtliche Erfordernis des Geschlechtseintrags nur in die Kategorien weiblich oder männlich A, sich in der Öffentlichkeit als die Person zu bewegen und von anderen als die Person gesehen zu werden, die sie in geschlechtlicher Hinsicht ist. Die Art und Weise, wie eine Person dargestellt und in der Öffentlichkeit wahrgenommen wird, ist aber für die Möglichkeit, die Persönlichkeit frei zu entfalten, von Bedeutung und kann spezifische Gefährdungen begründen. Daher gefährdet die Verwehrung der personenstandsrechtlichen Anerkennung der geschlechtlichen Identität spezifisch die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit einer Person.³⁷

d) Zwischenergebnis

In das allgemeine Persönlichkeitsrecht der A wurde sowohl durch den Eintrag „fehlende Angabe“ als auch durch die unterbliebene personenstandsrechtliche Anerkennung ihrer geschlechtlichen Identität eingegriffen.

4. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

a) Schranke des Art. 2 Abs. 1 GG

Für die Rechtfertigung von Eingriffen in das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gelten die Schranken des Art. 2 Abs. 1 GG.³⁸ Einschränkungen sind nach der Schrankentrias zum Schutze der Rechte anderer, des Sittengesetzes und der verfassungsmäßigen Ordnung möglich, wobei die beiden ersten Merkmale im letzten aufgehen.³⁹ Unter der verfassungsmäßigen Ordnung versteht man die allgemeine Rechtsordnung, d.h. alle Rechtsnormen, die formell und materiell mit der Verfassung in Einklang stehen.⁴⁰ Gleichwohl ist bei dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht durch seine Verbindung mit der Menschenwürdegarantie aus Art. 1 Abs. 1 GG zwischen drei unterschiedlich stark geschützten Persönlichkeitssphären zu unterscheiden: der Sozialosphäre, der Persönlichkeitssphäre und die

³³ Muckel, Beschränkung des Geschlechtseintrags auf „männlich“ oder „weiblich“ im Personenstandsregister verfassungswidrig, JA 2018, 154 (156).

³⁴ Ebd.

³⁵ Ebd.

³⁶ Vgl. zur eigenständigen Grundrechtsrelevanz des Registereintrags für den Fall von Transsexualität bereits BVerfGE 49, 286 (297f).

³⁷ BVerfG NJW 2017, 3643 (3645).

³⁸ BVerfGE 97, 228 (269); 99, 185 (195); 114, 339 (347); Jarass in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 15. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 58.

³⁹ BVerfGE 65, 1 (43f); Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 647.

⁴⁰ BVerfGE 6, 32 (38); 80, 137 (153).

Intimsphäre. Je näher die Sphäre der Menschenwürde kommt, desto strenger sind die Anforderungen an die Rechtfertigung eines Eingriffs. So genießt die Intimsphäre absoluten Schutz, die Persönlichkeitssphäre kann nur aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls verletzt werden.⁴¹ Der Eintrag des Geschlechts ins Personenregister weist durchaus Bezüge zur Intimsphäre auf. Trotzdem wird die Person nicht in der Ausübung ihres Sexuallebens oder ihrer innersten Gefühlswelt beeinflusst. Durch die identitätsstiftende Wirkung der Festlegung auf ein Geschlecht ist viel eher die Persönlichkeitssphäre berührt, sodass ein Gesetz ausreicht, an das im weiteren Verlauf strengere Anforderungen zu stellen sind. Als einschränkendes Gesetz kommt vorliegend § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG in Betracht.

b) Schranken-Schranke

Die Schranke könnte wiederum selbst beschränkt sein. Das einschränkende Gesetz muss formell und materiell verfassungsgemäß sein und vor allem den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips gem. Art. 20 Abs. 3 GG wahren.⁴²

aa) Formelle Verfassungsmäßigkeit

Die formelle Verfassungsmäßigkeit der § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG ist nicht zu beanstanden.

bb) Materielle Verfassungsmäßigkeit

Die Regelungen müssten materiell verfassungsgemäß sein, insbesondere müsste der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein. Dafür müssen diese einen legitimen Zweck verfolgen, geeignet, erforderlich und angemessen sein.⁴³

(1) Legitimer Zweck

Die gesetzliche Regelung in § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG müsste einen legitimen Zweck verfolgen. Es ist danach zu fragen, ob das vom Staat verfolgte Ziel als solches mit dem Grundgesetz vereinbar ist und durch den Bezug zur Persönlichkeitssphäre einen zwingenden Grund darstellt.⁴⁴

(a) Grundgesetzliche Vorgaben zum Geschlecht und Personenstand

Das Grundgesetz gebietet es 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 S. 1 GG von Männern und Frauen, allerdings ergibt sich daraus keine abschließende begriffliche Festlegung des Geschlechts allein auf Männer und Frauen. 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 zulasten von Frauen zu beseitigen,⁴⁵ nicht jedoch, eine geschlechtliche Zuordnung im Personenstandsrecht festzuschreiben oder eine weitere Geschlechtskategorie jenseits von „männlich“ und „weiblich“ auszuschließen.

(b) Belange Dritter

Die Regelung könnte durch Belange Dritter gerechtfertigt sein. Der Status personenstandsrechtlicher Männer und Frauen bleibt jedoch durch die Eröffnung einer weiteren Eintragungsmöglichkeit unberührt. Durch die bloße Eröffnung der Möglichkeit eines weiteren Geschlechtseintrags wird niemand gezwungen, sich diesem weiteren Geschlecht zuzuordnen.

(c) Bürokratischer und finanzieller Aufwand

Auch ein möglicherweise mit der Einführung einer dritten positiven Eintragungsmöglichkeit verbundener bürokratischer und finanzieller Aufwand in einer Übergangszeit rechtfertigt nicht die fehlende Möglichkeit, ein weiteres Geschlecht einzutragen. Gegenüber einer bestehenden Grundrechtsbeeinträchtigung ist der verursachte Mehraufwand hinzunehmen.

(d) Ordnungsinteressen des Staates

Möglicherweise könnten staatliche Ordnungsinteressen entgegenstehen. Man könnte erwägen, dass durch die Schaffung eines weiteren Geschlechts anders als bei der

⁴¹ Murswieck/Rixen in: Sachs, Grundgesetz Kommentar, 8. Auflage 2018, Art. 2 Rn. 104.

⁴² Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 576.

⁴³ Hufen, Staatsrecht II – Grundrechte, 7. Aufl. 2018, Rn. 15.

⁴⁴ Antoni in: Höming/Wolff, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 12. Aufl. 2018, vor Art. 1 GG Rn. 9.

⁴⁵ BVerfGE 85, 191 (207); Jarass in: Jarass/Pieroth (Fn. 38), Art. 3 Rn. 102.

Zuordnung zu einem schon bestehenden Geschlecht wie bei der Transsexualität⁴⁶ staatliche Ordnungsinteressen in weitaus erheblicherem Umfang betroffen wären.⁴⁷ 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.⁴⁸ Jedoch entstehen durch die Ermöglichung des positiven Eintrags eines weiteren Geschlechts unter einer einheitlichen dritten Bezeichnung keine Zuordnungsprobleme, die sich nach geltendem Recht nicht ohnehin schon stellen. Auch Ordnungsinteressen des Staates vermögen demnach die Verwehrung einer weiteren einheitlichen positiven Eintragungsmöglichkeit nicht zu rechtfertigen.

(e) Zwischenergebnis

Ein legitimes Ziel ist nicht ersichtlich. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist nicht gewahrt. Die Regelung des § 22 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG ist materiell verfassungswidrig.

c) Zwischenergebnis

Der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ist nicht verfassungsrechtlich gerechtfertigt.

5. Ergebnis

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist verletzt.

III. Allgemeine Handlungsfreiheit, Art. 2 Abs. 1 GG

Da der Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eröffnet ist, geht dieses der allgemeinen Handlungsfreiheit im Wege der Spezialität vor. Art. 2 Abs. 1 GG tritt subsidiär zurück.⁴⁹

IV. Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Zudem könnte ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vorliegen.

⁴⁶ BVerfG, NJW 2011, 909.

⁴⁷ BGH, NJW 2016, 2885 (2887).

⁴⁸ BVerfGE 128, 109 (129f.).

⁴⁹ BVerfGE 6, 32 (37).

⁵⁰ BVerfGE 85, 191 (206).

⁵¹ Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 829.

⁵² BVerfGE 88, 87 (96).

⁵³ BVerfGE 92, 91 (109); 114, 357 (364); 121, 241 (257).

1. Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts

A könnte aufgrund des Geschlechts ungleich behandelt worden sein. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt vor der Benachteiligung wegen des Geschlechts, also vor tatbeständlichen Anknüpfungen an dieses Merkmal. 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.⁵⁰ Das Kriterium „Geschlecht“ verbietet dabei die Anknüpfung an die Eigenschaft als Mann oder Frau und 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.⁵¹ Zweck des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist es, Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen.⁵²

Der Wortlaut der Vorschrift lässt es zudem zu, auch diese Personengruppe in den Schutz einzubeziehen, in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG wird allgemein von Geschlecht formuliert, was auch Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich bedeuten kann. Eine ungleiche Behandlung könnte hier darin liegen, dass die § 21 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG Menschen wie A, die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind, ungleich behandeln und sie wegen ihres Geschlechts insofern benachteiligen, als diese im Gegensatz zu Männern und Frauen nicht ihrem Geschlecht gemäß registriert werden können. Es kann entweder nur eine unzutreffende Zuordnung der A zum weiblichen Geschlecht stattfinden oder es muss ein Eintrag hingenommen werden, der den Eindruck erweckt, A habe kein Geschlecht. Eine Ungleichbehandlung von A aufgrund des Geschlechts liegt demnach vor.

2. Rechtfertigung

Die Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts könnte gerechtfertigt sein. Eine Rechtfertigung ist nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts möglich.⁵³ Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verbietet nicht jede Verwendung der grundsätzlich unzulässigen Differenzierungskriterien. Ihr Einsatz ist zulässig, wenn sie zur Lösung von Problemen notwendig sind, die ihrer Natur

nach nur bei Personen der einen Gruppe auftreten können⁵⁴, wenn das Kriterium „das konstituierende Element des zu regelnden Lebenssachverhalts bildet“.⁵⁵ Erforderlich sind also in der Natur von Frauen und Männern liegende biologische Unterschiede, die eine Differenzierung zwingend erfordern.⁵⁶

Wie oben bereits festgestellt, liegt mangels legitimen Zwecks kein Rechtfertigungsgrund aufgrund kollidierenden Verfassungsrechts vor. Auch sind keine in der Natur von Frauen und Männern liegenden biologischen Unterschiede ersichtlich, die eine Ungleichbehandlung von Menschen rechtfertigt, die sich gerade wie A weder dem einen noch dem anderen Geschlecht angehörig fühlen.

Die Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG ist nicht gerechtfertigt.

3. Ergebnis

Es liegt ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vor.

V. Verstoß gegen das allgemeine Gleichheitsgebot gem. Art. 3 Abs. 1 GG

Das allgemeine Gleichheitsgebot tritt subsidiär zurück, für eine mögliche Anwendung innerhalb des Kriteriums des Art. 3 Abs. 3 GG verbleibt im vorliegenden Fall kein Raum.

VI. Zwischenergebnis

§ 22 Abs. 1 Nr. 3 i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG verstößt gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht der A aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Damit ist bereits die Norm, auf der das Urteil beruht verfassungswidrig. Auf eine Prüfung der Verfassungswidrigkeit der Entscheidung im Einzelfall kommt es nicht mehr an. Die Verfassungsbeschwerde ist begründet.

C. Ergebnis

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig und begründet und hat Aussicht auf Erfolg.

Fazit

In diesem Urteil hat das Bundesverfassungsgericht den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Bezug auf die sexuelle Selbstbestimmung ausführlich dargestellt und sich intensiv mit dem Eingriffsbegriff beschäftigt. Zudem hat es sich eingehend mit dem Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG und der damit zusammenhängenden Auslegung des Begriffs „Geschlecht“ auseinandergesetzt. Diese Entscheidung ist daher nicht nur aufgrund des öffentlichen Interesses, sondern auch aufgrund wiederkehrender Rechtsprobleme für die Ausbildung relevant.

Am 22. Dezember 2018 ist das „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“⁵⁷ in Kraft getreten. Mit diesem Gesetz wird nun die Möglichkeit eröffnet, bei der Geburt von Kindern, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht eindeutig zugeordnet werden können, auch die Geschlechtsangabe „divers“ zu wählen (§ 22 Abs. 2 PStG).

Derzeit findet diese Regelung aber in der übrigen Rechtsordnung keine Entsprechung, sodass es vermutlich zu weiteren Gesetzesänderungen kommen muss.⁵⁸ Bereits jetzt hat es wahrnehmbare Veränderungen im Arbeitsrecht gegeben. Bei Stellenausschreibungen fand sich schon kurz nach der Entscheidung des BVerfG in vielen Anzeigen der Zusatz „m/w/d“ für die Geschlechtsangaben, um einem angenommenen Erfordernis geschlechtsneutraler Ausschreibung zu genügen.⁵⁹

Bisher wurde die Möglichkeit der neuen Eintragungsmöglichkeit in den Bundesländern jedoch kaum angenommen. Laut Berichten in der Presse handelt es sich ein Jahr nach ihrer Einführung nur um vereinzelte Fälle der Eintragung „divers“ in das Geburtenregister.⁶⁰ Die zukünftige Entwicklung bleibt abzuwarten.

⁵⁴ BVerfGE 85, 191 (207).

⁵⁵ BVerfGE 7, 155 (171); Jarass in: Jarass/Pieroth (Fn. 38), Art. 3 Rn. 153.

⁵⁶ Epping, Grundrechte (Fn. 12), Rn. 845.

⁵⁷ BGBl. I 2018, 2635.

⁵⁸ Berndt-Benecke, Die weitere Geschlechtskategorie im Geburtenregister, NVwZ 2019, 286 (289).

⁵⁹ Körlings, Das dritte Geschlecht und die diskriminierungsfreie Einstellung, NZA 2018, 282.

⁶⁰ <https://www.sueddeutsche.de/bayern/standesaemter-wenig-eintragungen-fuer-dritttes-geschlecht-1.4741923> (Abruf v. 13.01.2020); Henkenberens, https://www.weser-kurier.de/bremen/stadt_artikel,-wenige-bremer-als-divers-eingetragen-_arid,1883763.html (Abruf v. 13.01.2020).