



75 Jahre
Demokratie
lebendig



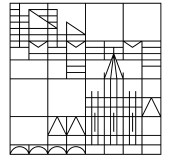
Deutscher Bundestag
Sekretariat des Ausschusses
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

Ausschussdrucksache 20(13)78c_neu

angeforderte Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 28. November 2023

zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung
**„Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag
und zur Änderung weiterer Vorschriften“, BT-Drs. 20/9049**

Prof. Dr. Judith Froese, Universität Konstanz



Prof. Dr. Judith Froese

Fachbereich Rechtswissenschaft

Lehrstuhl für Öffentliches Recht mit Nebengebieten

Fach 110, Universitätsstraße 10

D-78464 Konstanz

judith.froese@uni-konstanz.de

www.jura.uni-konstanz.de/froese/

Stellungnahme für die Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Familie, Senioren, Frauen und Jugend am 28. November 2023 über

Geszentwurf der Bundesregierung „Gesetz über die Selbst- bestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Än- derung weiterer Vorschriften“ (BT-Drs. 20/9049)

I. AUSGANGSLAGE UND HINTERGRÜNDE	3
1. Mehrgleisiges System	3
a. Überblick	3
b. Unterschiedliche Voraussetzungen und Verfahren für trans- und intergeschlechtliche Menschen	3
c. Personen mit „lediglich empfundener Intersexualität“	5
d. Differenzierung zwischen drei Personengruppen	5
2. Reformbedarf?	6
3. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum	8
a. Registrierungspflicht des Geschlechts	8
b. Verzicht auf den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag	9
II. ANLIEGEN UND ZENTRALE REGELUNGEN DES GESETZENTWURFS	10
III. BEWERTUNG	11
1. Absehbare, nicht gelöste Folgeprobleme	11
2. Verschlechterung der bisherigen Rechtslage	13

3. Schutzpflicht des Staates für Minderjährige; Elternrecht	14
a. Erklärung der Eltern	14
b. Erklärung von Minderjährigen	14
c. Wesentliche Kritikpunkte	15
aa) Fehlende Normierung des Kindeswohls als Grenze	15
bb) Strikte Altersgrenze	16
cc) Unzureichende Schutzvorkehrungen	16
dd) Zurückdrängung des Elternrechts	17
ee) Unklarer Prüfungsmaßstab für das Kindeswohl	20
4. Eltern-Kind-Verhältnis	20
5. Bußgeldbewehrtes Offenbarungsverbot	22
IV. ALTERNATIVE: DIFFERENZIIERTES SYSTEM MIT ABGESENKTEN VORAUSSETZUNGEN	24
1. Materielle Voraussetzungen	24
2. Ausgestaltung des Verfahrens	25
V. ZUSAMMENFASSENDE BEWERTUNG	25

Die im Gesetzentwurf eines sog. Selbstbestimmungsgesetzes enthaltenen Regelungen sollen die bisherigen Regelungen zu Änderungsmöglichkeiten bzgl. des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags und der Vornamen ersetzen. An die Stelle eines mehrgleisigen Systems, das zwischen verschiedenen Personengruppen differenziert und unterschiedlich strenge Voraussetzungen normiert, soll ein einheitliches Regelungsregime treten. Weder materielle Voraussetzungen noch eine staatliche Überprüfung sieht der Gesetzentwurf vor. Selbst für Kinder und Jugendliche sind keine Schutzvorkehrungen vorgesehen. Hieraus ergeben sich gravierende Folgeprobleme.

Vorweg sei klargestellt, dass sich aus dem Verfassungsrecht kein zwingender Handlungsbedarf zur Reform des derzeitigen Systems ergibt. Das schließt es natürlich nicht aus, Änderungen aus politischen Erwägungen anzustoßen. Ich schildere zunächst Ausgangslage und Hintergründe (I.) und widme mich sodann Anliegen und zentralen Regelungen des Gesetzentwurfs (II.). Hieran schließen sich eine Bewertung (III.) und die Formulierung eines Vorschlags für ein alternatives Regelungsmodell (IV) an. Den Schlussteil bildet eine zusammenfassende Bewertung (V.). Für meine Stellungnahme greife ich teilweise zurück auf Überlegungen, die Gegenstand bereits publizierter Beiträge sind.¹

¹ Insbesondere: Judith Froese, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts. Zur normativen Erfassung des Individuums durch Kategorien und Gruppen, 2022; dies., Männlich, weiblich oder „weder noch“? Zur Deutungshoheit über das Geschlecht, in: AöR 140 (2015), 598 ff.; dies., Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 22.04.2020, XII ZB 383/19 („lediglich empfundene Intersexualität“), in: JZ 2020, 856 ff.; dies., Tertium datur: Der Abschied von der Binarität

I. Ausgangslage und Hintergründe

1. Mehrgleisiges System

a. Überblick

Nach aktueller Rechtslage finden sich Regelungen zur Änderung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags und zur Vornamensänderung im Transsexuellengesetz (TSG) und im Personenstandsgesetz (PStG). Sonstige Namensänderungen, d. h. solche, die nicht in der geschlechtlichen Identität begründet sind, fallen unter das Namensänderungsgesetz (NamÄndG).²

Für transgeschlechtliche Menschen sind die §§ 1, 8 TSG einschlägig. Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung können eine Änderung des Geschlechtseintrags und des Vornamens hingegen nach §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG erwirken.

Nicht explizit geregelt sind derartige Möglichkeiten für Personen, die weder trans- noch intergeschlechtlich sind. Auch bei dieser Personengruppe kann indes der Wunsch bestehen, den Geschlechtseintrag und/oder die Vornamen zu ändern.

b. Unterschiedliche Voraussetzungen und Verfahren für trans- und intergeschlechtliche Menschen

Für transgeschlechtliche Menschen enthält das Transsexuellengesetz die maßgebenden Bestimmungen während auf intergeschlechtliche Menschen das Personenstandsgesetz Anwendung findet. Die Voraussetzungen für eine Änderung des Geschlechtseintrags und des Vornamens sind in diesen beiden Gesetzen unterschiedlich ausgestaltet: Während transgeschlechtliche Menschen ein gerichtliches Verfahren durchzuführen haben und insbesondere eine Begutachtung des Zugehörigkeitsempfindens zum „anderen“ Geschlecht und dessen voraussichtlicher Stabilität vorgeschrieben ist (§ 4 Abs. 3 TSG), können intergeschlechtliche Menschen eine Änderung beim Standesamt erwirken, wobei sie grundsätzlich ein ärztliches Attest über eine vorhandene „Variante der Geschlechtsentwicklung“ vorweisen müssen, § 45b Abs. 3 S. 1 PStG.

Das Transsexuellengesetz wurde 1980 erlassen in Reaktion auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahr 1978.³ Das Bundesverfassungsgericht hatte damals festgestellt, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) es gebietet, die Eintragung des Geschlechts eines Transsexuellen im Geburtenregister jedenfalls dann zu berichtigen, wenn es sich nach den medizinischen Erkenntnissen

der Geschlechterordnung – Zugleich eine Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, in: DÖV 2018, 315 ff.; dies., Selbstbestimmung als Fremdbestimmung, in: FAZ, Nr. 148 vom 29.06.2023, S. 7.

² Gemäß § 11 i. V. m. §§ 1, 3 Abs. 1 NamÄndG kann die Behörde Vornamen aus wichtigem Grund auf Antrag des Namensträgers bzw. dessen gesetzlicher Vertreter ändern. Nach der Rechtsprechung des BVerwG kann ein wichtiger Grund für eine Änderung des Vornamens verneint werden, wenn die Änderung der Ordnungsfunktion des Vornamens widerspricht. Hiervon ging das BVerwG bei der begehrten Hinzufügung eines weiblichen zu einem männlichen Vornamen aus, BVerwG (6. Senat), Beschluss vom 19.05.2015 – 6 B 38.15, NJW 2016, 2761.

³ BVerfG, Beschluss vom 11.10.1978 - 1 BvR 16/72, BVerfGE 49, 286.

um einen irreversiblen Fall von Transsexualität handelt und eine geschlechtsanpassende Operation durchgeführt worden ist. Der Gesetzgeber schuf in Umsetzung dieser Vorgaben die sog. „große Lösung“ (§ 8 TSG) und darüber hinaus die sog. „kleine Lösung“ (§ 1 TSG), d. h. die Möglichkeit einer bloßen Vornamensänderung.

Intergeschlechtliche Menschen fanden im bundesdeutschen Recht – anders als in früheren Rechtstexten, namentlich im Preußischen Allgemeinen Landrecht⁴, im Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis⁵ und im Sächsischen BGB⁶, die sie ausdrücklich erwähnten (als „Zwitter“), jedoch kein sog. drittes Geschlecht anerkannten – hingegen erst im Jahr 2013 rechtliche Anerkennung. Für diese Personengruppe wurde seinerzeit im Personenstandsgesetz die Möglichkeit geschaffen, den Geschlechtseintrag offen zu lassen.⁷ Die Möglichkeit der Eintragung eines von den binären Kategorien „männlich“ und „weiblich“ abweichenden (positiven) Geschlechts (bspw.: „divers“) war hingegen zunächst nicht vorgesehen. Das Bundesverfassungsgericht sah in der rechtlichen Verpflichtung zur Eintragung des Geschlechts bei Versagung einer positiven Eintragungsmöglichkeit Verstöße gegen das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) sowie gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG (Geschlecht).⁸ Der Gesetzgeber müsse – so er an der Registrierung des Geschlechts festhalte – eine positive Eintragungsmöglichkeit für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung schaffen. Es stehe ihm aber auch frei, auf die Eintragung des Geschlechts zu verzichten. Der Gesetzgeber eröffnete daraufhin die Eintragungsmöglichkeit „divers“ für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, §§ 45b, 22 Abs. 3 PStG.⁹ Diese ist zur weiterhin bestehenden Möglichkeit, den Geschlechtseintrag offen zu lassen, hinzugetreten.

Ursprünglich war im Transsexuellengesetz eine Mindestaltersgrenze von 25 Jahren für die Änderung der Vornamen und des Geschlechtseintrags normiert. Das BVerfG erklärte diese wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) für nichtig.¹⁰ Der Gesetzgeber hat in der Folge keine Regelungen betreffend minderjährige Personen getroffen. Einer Genehmigung des Familiengerichts bedarf es nach § 3 Abs. 1 TSG nur bei Anträgen für eine geschäftsunfähige Person. Die Gerichte wenden diese Norm nicht analog auf Minderjährige an. In der Folge sind die Minderjährigen (über § 9 Abs. 1 FamFG hinaus) selbst verfahrensfähig. Dies führt indes nicht dazu, dass die Eltern in Bezug auf den Antrag keinerlei Entscheidungsbefugnisse haben. Ein erfolgreicher Antrag ohne die Zustimmung der Eltern scheidet aus materiell-rechtlichen Gründen aus: *„Soweit der beschränkt geschäftsfähige Minderjährige eine Willenserklärung nach § 1 TSG gerichtet auf eine Vornamensänderung abgibt, findet materiell-rechtlich § 107 BGB Anwendung, wonach der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines*

⁴ §§ 19 ff. des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794 regelten die Rechtsstellung von „Zwittern“.

⁵ Der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756 regelte in seinem Ersten Teil, 3. Kapitel § 2 Satz 3 Hs. 1 die rechtliche Zuordnung von „Zwittern“.

⁶ § 46 S. 2 des Sächsischen BGB von 1865.

⁷ Durch das Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (Personenstandsrechts-Änderungsgesetz – PStRÄndG) vom 7. 5. 2013 (BGBl. I S. 1122) wurde § 22 Abs. 3 PStG eingefügt. In der damaligen Fassung lautete die Vorschrift wie folgt: „Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.“

⁸ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1.

⁹ Durch das Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18.12.2018 (BGBl. I S. 2635).

¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 26.01.1993 - 1 BvL 38/92 u. a., BVerfGE 88, 87.

gesetzlichen Vertreters bedarf. (...) Geht eine Namensänderung mit dem Verlust eines Namens einher, hat sie einen rechtlichen Nachteil zur Folge (...). Entsprechendes gilt für die Feststellung einer anderen Geschlechtszugehörigkeit. Die Verfahrensfähigkeit des beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen nach § 3 TSG führt also dazu, dass die Verfahrenseinleitung allein von dem Willen des Kindes abhängt; seine gesetzlichen Vertreter können dies nicht ohne den Willen des Kindes tun. Hinsichtlich der materiellrechtlichen Wirkungen bedürfen beschränkt geschäftsfähige Minderjährige jedoch der Einwilligung ihrer sorgeberechtigten Eltern.“¹¹

Für intergeschlechtliche Minderjährige hat der Gesetzgeber hingegen spezifische Regelungen in § 45b Abs. 2 PStG getroffen. Für Kinder unter 14 Jahren kann nur der gesetzliche Vertreter die Erklärung abgeben. Im Übrigen kann nur das Kind selbst die Erklärung abgeben, bedarf hierzu jedoch der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Das Familiengericht ersetzt im Falle der Verweigerung die Zustimmung, wenn die Änderung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Zudem regelt § 1631e Abs. 1 BGB, dass die Behandlung eines Kindes mit Varianten der Geschlechtsentwicklung nicht von der Personensorge umfasst ist; die Einwilligung in operative Eingriffe ist nur unter sehr restriktiven materiell-rechtlichen und verfahrensrechtlichen Voraussetzungen möglich, § 1631e Abs. 2 - Abs. 6 BGB.

c. Personen mit „lediglich empfundener Intersexualität“

Dieses zweigleisige System – Transsexuellengesetz für transgeschlechtliche Personen und Personenstandsgesetz für intergeschlechtliche Personen – warf insbesondere die Frage auf, ob auch Personen mit einer „lediglich empfundenen Intersexualität“ Zugang zu dem weniger voraussetzungsreichen Verfahren nach dem Personenstandsgesetz haben. Der BGH verneinte dies und hielt das Transsexuellengesetz in analoger Anwendung für einschlägig.¹²

d. Differenzierung zwischen drei Personengruppen

Hieraus ergibt sich eine Differenzierung zwischen drei Personengruppen: Transgeschlechtliche Personen, Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung und Personen mit einer „lediglich empfundenen Intersexualität“. Während das Vorliegen von Varianten der Geschlechtsentwicklung medizinisch nachgewiesen werden kann, geht es bei den anderen Fallgruppen allein um das Zugehörigkeitsempfinden der Betroffenen. Dementsprechend geht es in diesen Fällen darum, im Interesse der Betroffenen sicherzustellen, dass das Zugehörigkeitsempfinden von Dauer ist und sog. Reuefälle¹³ zu vermeiden.

An die Stelle dieses Systems soll nach dem Gesetzentwurf ein einheitliches Regelungsregime treten (§ 2 SBGG-E). Bestehende (biologische) Unterschiede zwischen den betroffenen Personengruppen berücksichtigt der Entwurf nicht.

¹¹ OLG Brandenburg (2. Senat für Familiensachen), Beschluss vom 24.01.2017 - 10 WF 80/16, BeckRS 2017, 113412 – Zitat: Rn. 13.

¹² BGH, Beschluss vom 22.04.2020 – XII ZB 383/19, JZ 2020, 851 m. Anm. Judith Froese.

¹³ Siehe dazu aber die Regelung in § 6 TSG.

2. Reformbedarf?

Verfassungsrechtlich zwingender Handlungsbedarf für eine Reform des derzeitigen Systems besteht nicht. Das Bundesverfassungsgericht betont bis heute in seiner Rechtsprechung, der Gesetzgeber dürfe Anforderungen stellen, die die Ernsthaftigkeit, Stabilität und Irreversibilität des Zugehörigkeitsempfindens gewährleisten.

Der Gesetzgeber kann die Kritik (insbesondere an den Anforderungen des Transsexuellengesetzes) aber aufnehmen und aus politischen Gründen Änderungen vornehmen. Diese Kritik bezieht sich insbesondere darauf, dass das Bundesverfassungsgericht zentrale Bestimmungen des Transsexuellengesetzes für unvereinbar mit dem Grundgesetz bzw. für verfassungswidrig erklärt hat. Diese finden sich indes teilweise bis heute im Gesetzestext.

Im Einzelnen:

- Die ursprünglich in § 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG für die sog. große Lösung geregelte Altersgrenze von 25 Jahren ist unvereinbar mit Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁴ Ebenso verstößt die entsprechende Altersgrenze für die sog. kleine Lösung in § 1 Abs. 1 Nr. 3 TSG gegen Art. 3 Abs. 1 GG.
- Der nach § 7 Abs. 1 Nr. 3 TSG durch Heirat eintretende Verlust des vorher geänderten Vornamens, mit dem eine transgeschlechtliche Person das Geschlecht zum Ausdruck gebracht hat, dem sie sich zugehörig empfindet, ist unvereinbar mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht und unanwendbar.¹⁵
- § 1 Abs. 1 Nr. 1 des TSG verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG), soweit er ausländische Transsexuelle, die sich rechtmäßig und nicht nur vorübergehend in Deutschland aufhalten, von der Antragsberechtigung zur Änderung des Vornamens und zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG ausnimmt, sofern deren Heimatrecht vergleichbare Regelungen nicht kennt.¹⁶
- Dass der Gesetzgeber die gerichtliche Feststellung und personenstandsrechtliche Anerkennung des durch operativen Eingriff geänderten Geschlechts eines Transsexuellen an die Voraussetzung gebunden hat, dass der Betroffene nicht verheiratet ist (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG), ist unvereinbar mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht sowie mit Art. 6 Abs. 1 GG.¹⁷
- Die Voraussetzungen der Fortpflanzungsunfähigkeit (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG) und der Unterziehung eines geschlechtsangleichenden operativen Eingriffs (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG) sind unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁸

¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 16.03.1982 - 1 BvR 938/81, BVerfGE 60, 123.

¹⁵ BVerfG, Beschluss vom 06.12.2005 - 1 BvL 3/03, BVerfGE 115, 1.

¹⁶ BVerfG, Beschluss vom 18.07.2006 - 1 BvL 1/04 u.a., BVerfGE 116, 243.

¹⁷ BVerfG, Beschluss vom 27.05.2008 - 1 BvL 10/05, BVerfGE 121, 175.

¹⁸ BVerfG, Beschluss vom 11.01.2011 - 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109.

- Das Bundesverfassungsgericht verlangte ferner, dass §§ 1, 10 Abs. 1 TSG dahin ausgelegt werden, dass eine Person bereits nach Änderung ihres Namens entsprechend ihrem neuen Rollenverständnis anzureden und anzuschreiben ist.¹⁹

In der Folge der Nichtanwendbarkeit von § 8 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 TSG und in Ermangelung einer anderen gesetzgeberischen Regelung unterliegen die Vornamensänderung und die Änderung des Eintrags des personenstandsrechtlichen Geschlechts den gleichen Voraussetzungen. Das gesetzgeberische Regelungskonzept zwischen einer sog. kleinen und großen Lösung zu differenzieren, ist damit aufgegeben. Dies ist nach der Rechtsprechung des BVerfG hinzunehmen.²⁰

Das Bundesverfassungsgericht betont allerdings bis heute in seiner Rechtsprechung, der Gesetzgeber dürfe Anforderungen stellen, die die Ernsthaftigkeit, Stabilität und Irreversibilität des Zugehörigkeitsempfindens gewährleisten. Diese Voraussetzungen normiert § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 TSG. Ebenfalls legitim ist es nach der Rechtsprechung, zum Vorliegen dieser Voraussetzungen Sachverständigengutachten einzuholen. Das in § 4 Abs. 3 TSG geregelte Erfordernis ist verfassungsgemäß:²¹ Der Gesetzgeber könne *„um beliebige Personenstandswechsel auszuschließen, einen auf objektivierte Kriterien gestützten Nachweis verlangen, dass die selbstempfundene Geschlechtszugehörigkeit, die dem festgestellten Geschlecht zuwiderläuft, tatsächlich von Dauer und ihre Anerkennung für den Betroffenen von existentieller Bedeutung ist. Dementsprechend setzt der Gesetzgeber für eine personenstandsrechtliche Änderung des Geschlechts nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG unter Bezugnahme auf § 1 Abs. 1 TSG zunächst voraus, dass eine Person, die sich dem anderen als dem festgestellten Geschlecht zugehörig fühlt, durch zwei Gutachten voneinander unabhängiger Sachverständiger, die über einschlägige fachliche Kenntnisse und berufliche Erfahrungen auf dem Gebiet der Transsexualität verfügen, nachweist, mindestens seit drei Jahren unter dem Zwang zu stehen, den Vorstellungen über ihr Geschlecht entsprechend zu leben. Des Weiteren muss mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein, dass sich das Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, die personenstandsrechtliche Anerkennung an solche Voraussetzungen zu knüpfen.“*²²

Das BVerfG sieht in dem Erfordernis zweier Gutachten ein „prozessrechtliches Mittel des objektiven Nachweises der rechtlichen Voraussetzungen des Geschlechtswechsels“²³. Die Norm hat dienende Funktion für die inhaltlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 TSG. Hieraus ergeben sich gleichsam **Grenzen für die inhaltliche Ausrichtung der Begutachtung:** „Die Begutachtung nach § 4 Abs. 3 TSG darf sich nur auf solche Aspekte beziehen, die für die sachliche Aufklärung der in § 1 Abs. 1 TSG normierten Voraussetzungen des Namens- und Personenstandswechsels relevant sind. Wenn sich (...) Begutachtungen nach § 4 Abs. 3 TSG in der Praxis auf Informationen erstrecken sollten, die nach heute geltenden diagnostischen Kriterien zur Feststellung der Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 1 TSG nicht relevant sind,

¹⁹ BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschluss vom 15.08.1996 - 2 BvR 1833/95, NJW 1997, 1632; siehe auch: BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 27.10.2011 - 1 BvR 2027/11, NJW 2012, 600 (601).

²⁰ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 27.10.2011 - 1 BvR 2027/11, NJW 2012, 600 (601).

²¹ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 17.10.2017 - 1 BvR 747/17, BeckRS 2017, 132346; BVerfG, Beschluss vom 11.01.2011 - 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109 (130).

²² BVerfG, Beschluss vom 11.01.2011 - 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109 (130).

²³ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 17.10.2017 - 1 BvR 747/17, BeckRS 2017, 132346 Rn. 10; siehe auch BVerfG, Beschluss vom 11.01.2011 - 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109 (130).

ist dies durch § 4 Abs. 3 TSG nicht gedeckt. Vor allem wegen des regelmäßig intimen Charakters der Fragen, die in der Begutachtung nach § 4 Abs. 3 TSG gestellt werden, beeinträchtigt dies die Grundrechte der Betroffenen. Die Gerichte haben daher bei der Erteilung des Gutachtenauftrags und bei der Verwertung des Gutachtens insbesondere darauf zu achten, dass die Betroffenen nicht der Begutachtung hinsichtlich solcher Fragen ausgesetzt sind, die für die Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 1 TSG keine Bedeutung haben. Außerdem darf das Gutachtenverfahren nach § 4 Abs. 3 TSG nicht dazu genutzt werden, die Betroffenen zu einer therapeutischen Behandlung ihrer (als vermeintliche Krankheit begriffenen) Transsexualität hinzuführen.“²⁴

Von der Anwendung der Regelung ist ihre Verfassungsmäßigkeit als solche aber zu unterscheiden: *„Wenn die Regelung in konkreten Fällen tatsächlich in grundrechtsverletzender Weise angewendet werden sollte, stellt das nicht ohne Weiteres die Regelung selbst in Frage.“*²⁵

Der Staat hat also sicherzustellen, dass es bei der Anwendung der Regelung nicht zu Grundrechtsverstößen kommt. Auf dieser Ebene ist der geäußerten Kritik, die Begutachtungen seien teils entwürdigend, zu begegnen. Das Gutachtenerfordernis als solches erweist sich aber allein wegen Verstößen in der konkreten Anwendung nicht als illegitim.

Auch an das Vorliegen von Varianten der Geschlechtsentwicklung dürfe der Gesetzgeber Nachweispflichten knüpfen: *„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.“*²⁶

3. Gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum

Vor dem Hintergrund der einschlägigen Grundrechte und der geschilderten Rechtsprechung ergeben sich Gestaltungsspielräume für den Gesetzgeber:

a. Registrierungspflicht des Geschlechts

Der Gesetzgeber kann legitimerweise vorsehen, dass das Geschlecht eines Menschen in die Personenstandregister einzutragen ist. Dabei darf er das biologische Geschlecht zum Ausgangspunkt nehmen, muss jedoch auch andere Komponenten des Geschlechts berücksichtigen. Die geschlechtliche Identität ist vom Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) umfasst. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt auch die geschlechtliche Identität solcher Menschen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen; Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt auch sie vor Diskriminierungen wegen ihres Geschlechts.²⁷

²⁴ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17, BeckRS 2017, 132346 Rn. 12.

²⁵ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17, BeckRS 2017, 132346 Rn. 13.

²⁶ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 55.

²⁷ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 56 ff.

Verlangt der Gesetzgeber, das Geschlecht zu registrieren, so muss er neben den Eintragungsmöglichkeiten als weiblich oder männlich eine **dritte einheitliche positive Eintragungsmöglichkeit** für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung zulassen.²⁸ Ein Anspruch auf personenstandsrechtliche Eintragung beliebiger Identitätsmerkmale, die einen Bezug zum Geschlecht haben, ergibt sich hingegen nicht aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht.²⁹

Möglichkeiten, den Geschlechtseintrag und den Vornamen zu ändern, müssen **unter zumutbaren Bedingungen** bestehen. Maßstab hierfür sind neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht insbesondere das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) sowie das Grundrecht auf Ehe und Familie (Art. 6 Abs. 1 GG).

Es ist legitim, die Ernsthaftigkeit, Stabilität und Irreversibilität des Zugehörigkeitsempfindens zu einem anderen Geschlecht sicherzustellen. Hierzu darf der Gesetzgeber objektifizierbare, nachprüfbare Anforderungen aufstellen und ärztliche Begutachtungen verlangen. Die Begutachtung darf sich nur auf solche Aspekte beziehen, die für die sachliche Aufklärung der gesetzlichen Voraussetzungen für den Namens-/Personenstandswechsel relevant sind. Es ist Aufgabe der Fachgerichte, dies sicherzustellen.³⁰

Der Gesetzgeber kann ferner – in den Grenzen der Gleichheitsgrundrechte – **unterschiedliche Verfahren und Voraussetzungen für einzelne Personengruppen** vorsehen. **Das Bundesverfassungsgericht erhob keinerlei Einwände gegen die unterschiedliche Ausgestaltung für transgeschlechtliche Menschen einerseits und intergeschlechtliche Menschen andererseits.**³¹ Die diesbezüglichen Ausgestaltungsmöglichkeiten skizziere ich im letzten Abschnitt meiner Stellungnahme (V.).

b. Verzicht auf den personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag

Es steht dem Gesetzgeber andererseits frei, in personenstandsrechtlichen Angelegenheiten gänzlich auf den Geschlechtseintrag zu verzichten.³² Das Geschlecht ist im sozialen Miteinander allerdings von großer Bedeutung und auch die Rechtsordnung kennt zahlreiche Bestimmungen, die sich auf das Geschlecht beziehen. Insbesondere differenziert das Grundgesetz selbst in einzelnen Bestimmungen zwischen den Geschlechtern: Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG regelt die Gleichberechtigung von Männern und Frauen und Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG enthält eine Staatszielbestimmung zur tatsächlichen Herstellung der Gleichberechtigung. Nach Art. 6 Abs. 4 GG hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. Art. 12a GG differenziert hinsichtlich der Wehrpflicht zwischen Männern und Frauen. Das Geschlecht bliebe in diesen Bereichen weiterhin relevant. Der Sinn und Zweck der Regelungen

²⁸ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 54. Zudem spricht vieles dafür, dass auch das Offenlassen des Geschlechtseintrags für diese Personengruppe weiterhin möglich sein muss.

²⁹ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 52.

³⁰ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 17.10.2017 – 1 BvR 747/17, BeckRS 2017, 132346, 3. Ls.

³¹ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1.

³² BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 52.

gebietet es, hier nicht bzw. nicht allein auf die Selbstidentifikation einer Person mit einem Geschlecht abzustellen.³³

II. Anliegen und zentrale Regelungen des Gesetzentwurfs

Der Gesetzentwurf verfolgt ausweislich seines § 1 ein doppeltes Ziel: Die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung und die Vornamenswahl sollen von der Einschätzung dritter Personen gelöst und die Selbstbestimmung der betroffenen Person gestärkt werden; zudem soll durch das Gesetz das Recht jeder Person auf Achtung und respektvolle Behandlung in Bezug auf die Geschlechtsidentität verwirklicht werden.

Die zentrale Regelung ist § 2 SBGG-E, wonach jede Person, deren Geschlechtsidentität von ihrem Geschlechtseintrag abweicht, gegenüber dem Standesamt erklären kann, dass die Angabe geändert bzw. gestrichen werden soll. Der Erklärung ist lediglich eine Eigenversicherung beizufügen, dass der gewählte Geschlechtseintrag bzw. die Streichung des Eintrags der Geschlechtsidentität am besten entspricht und der Person die Tragweite der durch die Erklärung bewirkten Folgen bewusst sind. Minderjährige können eine entsprechende Erklärung ab Vollendung des 14. Lebensjahrs mit Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters abgeben. Weder eine Begutachtung noch die Vorlage eines ärztlichen Attests werden verlangt. Ebenso wenig ist eine verpflichtende Beratung – auch nicht für Minderjährige – vorgesehen. Unter eben diesen Voraussetzungen können auch die Vornamen neu bestimmt werden. Ob die Geschlechtsidentität tatsächlich von dem Geschlechtseintrag abweicht, wird nicht vom Standesamt geprüft; es handelt sich nach der Entwurfsbegründung um eine gebundene Entscheidung ohne Prüfkompetenz. Lediglich in Fällen offensichtlichen Missbrauchs soll das Standesamt die Eintragung der Erklärung ablehnen können. Die Änderung ist drei Monate vor der Erklärung beim Standesamt anzumelden. Sie wird gegenstandslos, wenn die Erklärung nicht innerhalb von sechs Monaten nach der Anmeldung abgegeben wird, § 4 SBGG-E. Das vorherige Erklärungserfordernis soll als Überlegungs- und Reflexionsfrist dienen.³⁴

Der Gesetzentwurf sieht eine grundsätzliche Sperrfrist von einem Jahr für eine erneute Änderungserklärung vor (§ 5 Abs. 1 S. 1 SBGG-E), die nicht für Minderjährige und Personen unter Betreuung gilt, § 5 Abs. 1 S. 2 SBGG-E. Die Sperrfrist soll dazu führen, dass sich die antragstellenden Personen der Tragweite ihrer Entscheidung bewusst sind, sie soll vor einer Übereilung schützen und die Ernsthaftigkeit der Entscheidung verdeutlichen.

Der jeweils aktuelle Geschlechtseintrag und die jeweils aktuellen Vornamen sollen im Rechtsverkehr grundsätzlich maßgebend sein (§ 6 Abs. 1 SBGG-E). Hiervon sieht der Entwurf Ausnahmen vor für den Zugang zu Einrichtungen und Räumen und die Teilnahme an Veranstaltungen (§ 6 Abs. 2 SBGG-E). Diesbezüglich sollen die Vertragsfreiheit, das Hausrecht und die Satzungshoheit unberührt bleiben. Auch sportliche Leistungen sollen unabhängig vom aktuellen Geschlechtseintrag geregelt werden können (§ 6 Abs. 3 SBGG-E). Für medizinische Maßnahmen wie bspw. Krebsvorsorgeuntersuchungen soll es nicht auf den aktuellen Geschlechtseintrag ankommen (§ 6 Abs. 4 SBGG-E). Explizite Regelungen zur Relevanz des

³³ Siehe: Judith Froese, in: Höfling/Augsberg/Rixen (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3 Rn. 21 (2023); Christine Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 2 Rn. 17 (2015); Philipp Reimer, in Stern/Sodan/Möstl (Hrsg.), Staatsrecht, Bd. IV, 2. Aufl. 2022, § 129 Rn. 35.

³⁴ BT-Drs. 20/9049, S. 38.

aktuellen Geschlechtseintrags sieht der Entwurf für Quotenregelungen (§ 7 SBGG-E) und für das Eltern-Kind-Verhältnis (§ 11 SBGG-E) vor.

Dass es zu missbräuchlichen Erklärungen kommen kann, anerkennt der Gesetzentwurf für zwei spezifische Fallkonstellationen: Im Spannungs- und Verteidigungsfall bleibt die rechtliche Zuordnung einer Person zum männlichen Geschlecht bestehen, wenn eine Änderung in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang (zwei Monate) mit der Feststellung des Spannungs- oder Verteidigungsfalls steht (§ 9 SBGG-E). Für Ausländer bleiben der bisherige Geschlechtseintrag und die bisherigen Vornamen bestehen, wenn die Erklärung in dem Zeitraum von zwei Monaten vor dem Eintritt eines Ereignisses, das zum Erlöschen des Aufenthaltstitels nach § 51 des Aufenthaltsgesetzes und zur Ausreisepflicht nach § 50 des Aufenthaltsgesetzes führt, bis zu dem Zeitpunkt des Erlöschens des Aufenthaltstitels nach § 51 des Aufenthaltsgesetzes abgegeben wird (§ 2 Abs. 4, § 9 SBGG-E).

Das im Entwurf enthaltene Offenbarungsverbot (§ 13 SBGG-E) geht über dasjenige des Transsexuellengesetzes hinaus und gestaltet es insbesondere bußgeldbewehrt aus (§ 14 SBGG-E). Anders als in vorherigen Entwürfen vorgesehen, liegt eine Ordnungswidrigkeit hiernach aber erst vor, wenn die betroffene Person durch die Offenbarung absichtlich geschädigt wird.

III. Bewertung

1. Absehbare, nicht gelöste Folgeprobleme

An eine Änderung des Geschlechtseintrags knüpft das SBGG-E keinerlei objektive, nachprüf- bare Voraussetzungen. Hierdurch soll nach der Entwurfsbegründung die Selbstbestimmung der Betroffenen geachtet werden. Darüber hinaus verhält der Gesetzentwurf sich nicht dazu, was unter dem Geschlecht und der Geschlechtsidentität zu verstehen ist.

Ob die Geschlechtsidentität tatsächlich von dem Geschlechtseintrag abweicht, wird nicht vom Standesamt geprüft; es handelt sich nach der Entwurfsbegründung um eine gebundene Ent- scheidung ohne Prüfkompetenz. Lediglich in Fällen offensichtlichen Missbrauchs soll das Standesamt die Eintragung der Erklärung ablehnen können.

Aus der voraussetzungslosen Änderungsmöglichkeit des Eintrags ergeben sich abseh- bare Folgeprobleme, die im Gesetzentwurf zwar teils adressiert, aber nicht gelöst wer- den. Diese resultieren daraus, dass die (ausschließliche) Bezugnahme auf den frei wählbaren Geschlechtseintrag in manchen Lebensbereichen Bedenken begegnet. Dies betrifft einerseits Rechtsverhältnisse zwischen Privaten, zum anderen aber auch staatliche Anknüpfungen an das Geschlecht. In der Sache geht es vornehmlich um den Schutz vulnerabler Personen, ins- besondere von Frauen, und Regelungen zur Gleichstellung. Für den Zugang zu Einrichtungen und Räumen sowie die Teilnahme an Veranstaltungen verweist der Gesetzgeber auf die Ver- tragsfreiheit sowie auf das Haus- und Satzungsrecht (§ 6 Abs. 2 SBGG-E). Konflikte sind hier vorprogrammiert, zumal das AGG auch Privaten Diskriminierungen wegen des Geschlechts grundsätzlich verbietet (§§ 7, 19 AGG). Unter welchen Voraussetzungen darf bspw. ein priva- ter Saunabetreiber oder ein Frauenhaus einer Person den Zugang verwehren? Wie können Frauengruppen und -netzwerke sicherstellen, dass sie weiterhin geschützte und damit exklu- sive Räume für Frauen bieten? Soll das äußere Erscheinungsbild einer Person dafür maßge- bend sein oder es auf eine gefühlte Bedrohung ankommen können oder darauf, ob das Ge- genüber als „Gleicher“ wahrgenommen wird?

Die Bewertung sportlicher Leistungen kann nach § 6 Abs. 3 SBGG-E unabhängig vom aktuellen Geschlechtseintrag geregelt werden. Auch diesbezüglich zeigte der Fall der Leichtathletin Caster Semenya³⁵, wie schwierig derartige Differenzierungen sind. Zur Unterbringung von Strafgefangenen enthält sich der Entwurf einer Regelung; die Begründung verweist auf bestehende Spielräume der Länder. Auch hier ist absehbar, dass es zu Konflikten zwischen selbstbestimmtem Geschlechtseintrag und widerstreitenden Belangen kommt.

Der Gesetzentwurf geht auf einen Teil der Folgeprobleme ein, indem er die offensiv versprochene Selbstbestimmung nicht einlöst, sondern auf den vorherigen Geschlechtseintrag einer Person abstellt. Typisierend erachtet der Gesetzgeber Missbräuche in den Kontexten der Wehrpflicht und bei Abschiebungen für besonders naheliegend. Wird die Erklärung in einem engen zeitlichen Zusammenhang hiermit abgegeben, so soll es nicht auf die selbstbestimmte Erklärung, sondern auf den bisherigen Eintrag ankommen. Damit offenbart der Gesetzentwurf, dass die Selbstbestimmung Grenzen hat und nicht vollumfänglich eingelöst werden kann, ohne den staatlichen Regelungsanspruch aufzugeben. Dass es körperliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern gibt und diese in einigen Bereichen auch rechtlich relevant sind, wird deutlich durch die Ausnahmen für die Bewertung sportlicher Leistungen (§ 6 Abs. 3 SBGG-E), für gesundheitsbezogene Maßnahmen und Leistungen (§ 6 Abs. 4 SBGG-E) und bezüglich des Eltern-Kind-Verhältnisses (§ 11 SBGG-E). In § 6 Abs. 4 SBGG-E heißt es explizit, dass es auf den aktuellen Geschlechtseintrag in Abweichung zu Abs. 1 nicht ankommt, sofern die gesundheitlichen Maßnahmen oder Leistungen „im Zusammenhang mit körperlichen, insbesondere organischen Gegebenheiten stehen“.

Für trans- und intergeschlechtliche Personen verschlechterte sich die rechtliche Situation gegenüber der bisherigen Rechtslage teilweise, weil die Rechtswirkungen der Änderung derzeit keine bereichsspezifischen Ausnahmen für derartige befürchtete Missbrauchskonstellationen kennen.

Andere Folgefragen werden nicht gelöst, sondern auf konkrete Situationen und Einzelfallentscheidungen verlagert. Dies betrifft erstens Rechtsverhältnisse unter Privaten, in denen es auf das Geschlecht einer Person ankommen kann. Hier wird auf das Hausrecht und die Vertragsfreiheit der Privaten und sowie auf das Satzungsrecht juristischer Personen verwiesen. Diesen erfahren aber freilich – wie der Entwurf auch selbst einräumt – Einschränkungen, die insbesondere im AGG normiert sind. Hiernach sind Benachteiligungen wegen des Geschlechts untersagt. Es fehlt an klaren Maßstäben, wie sich Private in konkreten Situationen (wie etwa bei dem häufig herangezogenen Beispiel des Zugangs zur Frauensauna oder auch bei der Aufnahme in Frauengruppen/-netzwerke) verhalten dürfen. Zweitens sieht sich auch der Staat selbst derlei Folgeproblemen ausgesetzt, insbes. die Länder hinsichtlich der Unterbringung in den Justizvollzugsanstalten. Diesbezüglich heißt es im Gesetzentwurf, es werde der erforderliche Spielraum eingeräumt, um den Sicherheitsinteressen und Persönlichkeitsrechten aller Strafgefangenen gerecht zu werden. Dass diesbezüglich keine Konfliktlösung im Gesetzentwurf erfolgt, ist umso kritikwürdiger als den Staat hier eine **besondere Fürsorgepflicht** trifft. Diese resultiert daraus, dass sich Strafgefangene ohne Ausweichmöglichkeit in einer staatlichen Einrichtung und damit in staatlicher Obhut befinden.

³⁵ Siehe CAS, Urteil vom 30.4.2019, Az. CAS/2018/O/5794; EGMR, Urteil vom 11.07.2023, Beschwerdenummer 10934/21, Caster Semenya ./ Schweiz.

Dem Geschlechtseintrag kommt nach der Konzeption des Gesetzentwurfs nur eine eingeschränkt dienende Funktion für materiell-rechtliche Bezugnahmen auf das Geschlecht zu: Bereichsspezifisch ist zu differenzieren, ob an den Eintrag und damit an die geschlechtliche Identität einer Person anzuknüpfen ist, oder aber mit Blick auf die Zwecke einzelner Regelungen eine andere Bezugnahme vorzunehmen ist. Dies gilt namentlich für körperliche Unterschiede, die bei der medizinischen Versorgung, bei sportlichen Leistungen und für die Fortpflanzungsfunktionen und ihre rechtlichen Anknüpfungen hieran maßgebend sind.

Darüber hinaus erscheint es für den Bereich der Gleichstellung (Art. 3 Abs. 2 GG) nicht ausreichend, allein auf den aktuellen personenstandsrechtlichen Eintrag abzustellen, wie dies in § 6 Abs. 1, § 7 SBGG-E vorgesehen ist. Denn der Geschlechtseintrag soll keiner staatlichen Überprüfung mehr unterliegen (siehe § 2 SBGG-E).

Die Entwurfsbegründung verweist darauf, es werde nicht zu Missbrauchsfällen kommen und die betroffenen Personen, die eine Änderung des Geschlechtseintrags beantragten, erführen im Alltag und im Berufsleben Diskriminierung und Benachteiligung. Daher sei ihre Förderung ein gesellschaftliches Anliegen. Gegen dieses gesellschaftliche Anliegen ist an sich nichts einzuwenden. Allerdings verfolgt das Verfassungsrecht ein anderes Anliegen: Es enthält einen Gleichstellungsauftrag in Art. 3 Abs. 2 GG, der sich allein auf Frauen und Männer bezieht. Derzeit hat der Gleichstellungsauftrag allein zu Gunsten von Frauen Relevanz. Das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verwendet demgegenüber den Begriff des Geschlechts und ist weiter zu verstehen.³⁶ Es enthält indes keinen Gleichstellungsauftrag.³⁷ In seinem Beschluss zur sog. dritten Option formuliert das BVerfG zwar, es sei Zweck des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, „Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung zu schützen“³⁸. Diese Aussage bezieht sich aber allein auf die seinerzeit nicht geklärte Frage, ob auch intergeschlechtliche Menschen vom Schutz des Diskriminierungsverbots erfasst sind, was das BVerfG bekanntlich zu Recht bejahte. Diese ist aber zu differenzieren von dem in Art. 3 Abs. 2 GG normierten Gleichstellungsauftrag. Das BVerfG unterscheidet dementsprechend zwischen den Begriffen „Frauen und Männer“ in Abs. 2 und dem weiter zu verstehenden Begriff des Geschlechts in Abs. 3. Nicht ausgeschlossen ist es, auch auf die geschlechtliche Identität abzustellen. Für beliebige Deutungsgehalte und eine vollständige Ablösung von biologischen Verständnissen sind die Verfassungsbegriffe indes nicht offen.³⁹

2. Verschlechterung der bisherigen Rechtslage

Das Selbstbestimmungsgesetz eröffnet der Personengruppe, für die bislang keine expliziten Regelungen zur Änderung der Vornamen und des Geschlechtseintrags existieren („lediglich empfundene Intersexualität“), leicht zugängliche Möglichkeiten. **Inbesondere für intergeschlechtliche Menschen verschlechterte sich die Rechtslage unter Geltung des Selbstbestimmungsgesetzes hingegen.** Zwar müssen diese künftig kein Attest über das Vorliegen

³⁶ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 59 ff.

³⁷ Siehe Uwe Kischel, in: BeckOK GG, Art. 3 (2022) Rn. 183; Judith Froese, in: Höfling/Augsberg/Rixen (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Art. 3 (2023) Rn. 22.

³⁸ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 59.

³⁹ Christine Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Abs. 2 (2017) Rn. 17; Philipp Reimer, in: Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, 2. Aufl. 2022, Bd. IV, § 129 Rn. 3; Judith Froese, in: Höfling/Augsberg/Rixen (Hrsg.), Berliner Kommentar zum GG, Art. 3 (2023) Rn. 19, 93.

von Varianten der Geschlechtsentwicklung vorlegen. Bereits nach der geltenden Rechtslage unter dem PStG ist von diesem Erfordernis indes eine Ausnahme vorgesehen.

Die Änderung des Geschlechtseintrags sieht sich in Gestalt der Anmeldepflicht und der Sperrfrist, von der intergeschlechtliche Menschen nach dem Gesetzentwurf nicht ausgenommen sind, höheren Hürden als bislang ausgesetzt. Hinzu kommen die bereits genannten Ausnahmen von den Rechtswirkungen in §§ 2 Abs. 4, § 9 SBGG-E. Diesbezüglich verschlechtert sich die Situation gleichermaßen für transgeschlechtliche Menschen. Für diese Personengruppe ist zudem problematisch, dass es zu neuen Binnendifferenzierungen innerhalb der Gruppe der Frauen kommt – zwischen „echten“ Frauen und „unechten“ Trans-Frauen. Dies haben bereits die Diskussionen um den Gesetzentwurf gezeigt und wird auch in der Entwurfsbegründung deutlich.⁴⁰

3. Schutzpflicht des Staates für Minderjährige; Elternrecht

Die Regelung zu Minderjährigen (§ 3 SBGG-E) ist in Bezug auf das Elternrecht (Art. 6 Abs. 2 GG) einerseits sehr weitreichend, andererseits sehr eng gefasst. Vorgesehen ist eine starre Altersgrenze – die Vollendung des 14. Lebensjahrs; die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Minderjährigen werden nicht individuell geprüft, sondern bei unter 14-Jährigen typisierend verneint, bei über 14-Jährigen pauschal bejaht: Bis zur Vollendung des 14. Lebensjahrs können die Eltern die Erklärung für ihr minderjähriges Kind abgeben. Anders als ein Vormund bedürfen gesetzliche Vertreter hierzu nicht der Zustimmung des Familiengerichts. Die Eltern können hiernach in einer bedeutenden Angelegenheit für die Persönlichkeitsentwicklung des Kindes weitreichende Entscheidungen treffen, die keiner Überprüfung unterliegen. Das Kindeswohl ist nicht als Grenze normiert. Ab Vollendung des 14. Lebensjahrs können Minderjährige die Erklärung nur selbst abgeben. Es bedarf der Zustimmung der Eltern, die im Falle der Verweigerung jedoch durch das Familiengericht bereits ersetzt wird, wenn die Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen dem Kindeswohl nicht widerspricht.

a. Erklärung der Eltern

Gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 SBGG-E kann nur der gesetzliche Vertreter – das sind in der Regel die Eltern – die Erklärung für geschäftsunfähige Minderjährige und solche, die das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, abgeben. Weitere Vorgaben enthält der Gesetzentwurf diesbezüglich nicht. Insbesondere fällt auf, dass das Kindeswohl nicht als Grenze normiert ist und keine Differenzierung nach einzelnen Altersstufen vorgesehen ist.

b. Erklärung von Minderjährigen

Minderjährige Personen, die das 14. Lebensjahr vollendet haben, können die Erklärungen hingegen nur selbst abgeben und bedürfen hierzu der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters,

⁴⁰ Siehe die Entwurfsbegründung, BT-Drs. 20/9049, S. 40 ff.; zum Erstarren solcher Binnendifferenzierungen siehe bereits Judith Froese, Der Mensch in der Wirklichkeit des Rechts. Zur normativen Erfassung des Individuums durch Kategorien und Gruppen, 2022, insbes. S. 324 ff., 331 ff.

§ 3 Abs. 1 S. 1 SBGG-E. Stimmt der gesetzliche Vertreter nicht zu, so ersetzt das Familiengericht die Zustimmung, wenn die Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen dem Kindeswohl nicht widerspricht.

c. Wesentliche Kritikpunkte

aa) Fehlende Normierung des Kindeswohls als Grenze

Das Kindeswohl findet in § 3 Abs. 2 S. 1 SBGG-E, d. h. beim Recht der Eltern, die Erklärung für das Kind abzugeben, keine Erwähnung. Ein Vormund bedarf hingegen der Genehmigung des Familiengerichts, die erteilt wird, wenn die Erklärung dem Wohl des Mündels nicht widerspricht, § 3 Abs. 2 S. 3 SBGG-E.

Betreffend die Vornamenswahl hat das BVerfG entschieden, dass diese zur elterlichen Sorge nach Art. 6 Abs. 1 GG zählt.⁴¹ Das Recht der Eltern, den Vornamen des Kindes zu bestimmen, ist nach der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH nur durch das Kindeswohl begrenzt.⁴² Allerdings ist der Staat in Wahrnehmung seines Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG „nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, das Kind als Grundrechtsträger vor verantwortungsloser Namenswahl durch die Eltern zu schützen“⁴³. Die Grundrechte des Kindes – hier konkret: das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) – binden unmittelbar nicht die Eltern, sondern den Staat. Elterliches Verhalten, das das Kindeswohl gefährdet, kann aber die staatliche Schutzpflicht auslösen, die mit dem sog. Wächteramt in Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG normiert ist. Entscheidend und bereichsspezifisch zu beantworten ist, wann diese Schutzpflicht ausgelöst wird. Im vorliegend relevanten Bereich der Persönlichkeitsentfaltung des Kindes, die die geschlechtliche Selbstbestimmung einschließt, lässt sich zunächst kein objektivierbarer, feststehender Inhalt der Position des Kindes festlegen. Dies gilt naturgemäß für den Zeitpunkt der erstmaligen Eintragung des Geschlechts kurz nach der Geburt. Der Kindeswille ist aber auch später kaum unabhängig von Festlegungen und Erziehungsinhalten durch die Eltern bestimmbar. Wie, d. h. mit welchem Inhalt und welchen Zielen die Eltern ihr Kind erziehen, obliegt ihnen weitgehend. Die Grenze des Elternrechts ergibt sich aber aus dem Persönlichkeitsrecht des Kindes. Von Bedeutung ist dabei, dass sich der Kindeswille mit fortschreitendem Alter weiter herausbildet und das Kind nicht mehr absolut, sondern nur noch relativ unmündig ist. Das Elternrecht wird mit fortschreitendem Alter, d. h. mit zunehmender Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes zurückgedrängt.⁴⁴

Das Kindeswohl sollte explizit als Grenze des Elternrechts aus § 3 Abs. 2 S. 1 SBGG-E benannt werden.

Auch an dieser Stelle verschlechtert sich die Rechtslage für Personen und insbesondere für Kinder mit Varianten der Geschlechtsentwicklung: Die Änderung der Vornamen und des Geschlechtseintrags ist künftig nur möglich, wenn die Geschlechtsidentität vom eingetragenen Geschlecht abweicht, § 2 SBGG-E. Nach derzeitiger Rechtslage (§ 45b PStG) können diese

⁴¹ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 3. 11. 2005 - 1 BvR 691/03, NJW 2006, 1414 (1415); BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 28. 1. 2004 - 1 BvR 994/98, NJW 2004, 1586 (1587); BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 5. 12. 2008 - 1 BvR 576/07, NJW 2009, 663 f.

⁴² BGH, Beschluss vom 30.4.2008 - XII ZB 5/08, NJW 2008, 2500 (2501); BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 03.11.2005 - 1 BvR 691/03, NJW 2006, 1414 (1415) m. w. N.

⁴³ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 3.11.2005 - 1 BvR 691/03, NJW 2006, 1414 (1415).

⁴⁴ Siehe Christian von Coelln, in: Sachs (Hrsg.), GG, 9. Aufl. 2021, Art. 6 Rn. 59 ff. m. w. N.

Änderungen im Falle des Vorliegens von Varianten der Geschlechtsentwicklung hingegen unabhängig von der Geschlechtsidentität erwirkt werden. Dies kann relevant sein, wenn aufgrund des Alters des Kindes eine Geschlechtsidentität (noch) nicht feststellbar ist, kann aber auch in anderen Fällen eine Rolle spielen, bspw. bei Sorge vor Stigmatisierung.⁴⁵

bb) Strikte Altersgrenze

Bei Änderungen der Vornamen und des Geschlechtseintrags handelt es sich um wesentliche Entscheidungen für die Persönlichkeitsentwicklung und -entfaltung von Minderjährigen.

Die Einbeziehung des Kindeswillens hat nach der Rechtsprechung des BVerfG grundlegende Bedeutung für die Entwicklung des Kindes: „Mit der Kundgabe seines Willens macht das Kind von seinem Recht zur Selbstbestimmung Gebrauch. Hat der Kindeswille bei einem Kleinkind noch eher geringes Gewicht, so kommt ihm im zunehmenden Alter des Kindes vermehrt Bedeutung zu. Nur wenn die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsvollem Handeln berücksichtigt werden, kann das Ziel erreicht werden, das Kind darin zu unterstützen, zu einer eigenverantwortlichen und gemeinschaftsfähigen Persönlichkeit zu werden“⁴⁶.

Die zunehmende Selbstbestimmungsfähigkeit des Kindes sollte Berücksichtigung finden. Hierfür streiten nicht zuletzt Art. 3 Abs. 1 und 12 UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK). Nach der Generalklausel des Art. 3 Abs. 1 UN-KRK hat jede staatliche Regelung oder Entscheidung, die sich auf Kinder auswirkt, das Kindeswohl („best interests of the child“) als ein wesentliches Merkmal zu berücksichtigen. Art. 12 UN-KRK gewährleistet das Recht, gehört zu werden und ein Mitspracherecht für Kinder und Jugendliche in allen sie betreffenden Angelegenheiten.

cc) Unzureichende Schutzvorkehrungen

Den Staat trifft eine besondere Schutzverantwortung für Kinder als vulnerable Personen, die in ihrer Persönlichkeitsentwicklung noch nicht gefestigt sind und die die Tragweite von Entscheidungen typischerweise nicht vollumfänglich erfassen können: *„Kinder bedürfen des Schutzes und der Hilfe, um sich zu eigenverantwortlichen Persönlichkeiten innerhalb der sozialen Gemeinschaft entwickeln und gesund aufwachsen zu können“*⁴⁷. Es gilt also, Minderjährige davor zu schützen, Änderungen der Vornamen und der Geschlechtszuordnung vornehmen zu lassen, die nicht ihrem dauerhaftem Zugehörigkeitsempfinden entsprechen.

Diese Schutzverantwortung, die das Grundgesetz zwischen Staat und Eltern aufteilt, erstreckt sich auf alle für die Persönlichkeitsentwicklung wesentlichen Lebensbedingungen. Vor diesem Hintergrund begegnet es verfassungsrechtlichen Bedenken, dass der Gesetzentwurf keine Schutzvorkehrungen wie insbesondere eine Überprüfung⁴⁸ – wobei hierfür nach der Konzeption des SBGG-E kein materiell-rechtlicher Maßstab existiert (dazu sogleich, ee)) – oder jedenfalls eine verpflichtende Beratung durch Experten vorsieht. Dass der Gesetzentwurf noch

⁴⁵ Siehe dazu bereits: Judith Froese, Männlich, weiblich oder „weder noch“? Zur Deutungshoheit über das Geschlecht, in: AöR 140 (2015), 598 (613 f., 624).

⁴⁶ BVerfG, Beschluss vom 07.12.2017 – 1 BvR 1914/2017, NZFam 2018, 72 (74) zur Sorgerechtsübertragung bei einer möglichen Geschlechtsdysphorie eines achtjährigen Kindes.

⁴⁷ BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 5.9.2022 – 1 BvR 65/22, NJW 2022, 3570 (3572) m. N.

⁴⁸ Hierfür Anatol Dutta, Geschlechtsidentität statt Körper, – Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz –, in: FamRZ 2023, 993 (995 f.).

nicht einmal eine Beratungspflicht vorsieht, verwundert umso mehr als die Gesetzesbegründung dieser „zentrale Bedeutung“ beimisst.⁴⁹

Auch für Minderjährige soll allein die vorherige Anmeldepflicht (§ 4 SBGG-E) vor Übereilung schützen und Reflektion ermöglichen. Hinzu tritt lediglich, dass die in § 5 Abs. 1 S. 1 SBGG-E vorgesehene Sperrfrist für die Fälle des § 3 SBGG-E nicht gilt, § 5 Abs. 1 S. 2 SBGG-E. **Damit lässt der Gesetzentwurf selbst erkennen, dass es bei Kindern und Jugendlichen – im Vergleich zu Erwachsenen – naheliegender ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden wieder ändert. Gerade deshalb ist es aber angezeigt, diese Personengruppe vor selbstschädigenden Entscheidungen bedeutenden Ausmaßes zu schützen.** Die Kundgabe des Kindeswillens ist zwar Ausdruck der Selbstbestimmung. Allerdings kann die Befolgung des Kindeswillens das Kindeswohl gefährden und deshalb unbeachtlich sein: *„Ein Kindeswille kann jedoch auch dann unbeachtlich sein, wenn dessen Befolgung seinerseits mit dem Kindeswohl nicht vereinbar ist und zu einer Kindeswohlgefährdung führen würde“*⁵⁰.

Pflege und Erziehung des Kindes sind nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG in erster Linie den Eltern zugewiesen. Weil dem Staat aber eine Kontroll- und Sicherungsverantwortung verbleibt, sollten **zusätzliche Schutzvorkehrungen in Gestalt einer gerichtlichen Überprüfung** vorgesehen werden.

In diesem Zusammenhang gilt es auch zu bedenken, welche Folgefragen sich bei einer Änderung der Vornamen und des Geschlechtseintrags stellen können, namentlich hinsichtlich von **geschlechtsangleichenden Maßnahmen**. Der Gesetzentwurf trifft hierzu zwar keine Regelungen – so ausdrücklich: § 1 Abs. 2 SBGG-E. Dass auch betroffene Minderjährige im Rahmen oder nach einer Änderung des Geschlechtseintrags ggfs. körperliche Angleichungen vornehmen lassen wollen, ist jedoch naheliegend. Denn die personenstandsrechtliche Anerkennung des selbstempfundenen Geschlechts wirkt sich auf die Selbst- und Fremdwahrnehmung eines Menschen aus; sie hat „Identität stiftende und ausdrückende Wirkung“⁵¹ – auch für den Fall, dass sich das Empfinden wieder ändert. Eine bereits erfolgte personenstandsrechtliche Änderung wird es erschweren, den Wunsch von Minderjährigen, (irreversible) körperliche Veränderungen vornehmen zu lassen, zu versagen. **Zum Schutz von Kindern und Jugendlichen sollte der Gesetzgeber eine Altersgrenze für operative Eingriffe vorsehen**, wobei sich die Volljährigkeit als Anknüpfungspunkt besonders eignete. Hierzu ist der Gesetzgeber befugt, „wenn sie den Betroffenen daran hindern sollen, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“⁵².

dd) Zurückdrängung des Elternrechts

Bezüglich Minderjährigen ab Vollendung des 14. Lebensjahrs wird das Elternrecht stark zurückgedrängt: Der elterlichen Zustimmung zur Erklärung des Minderjährigen bedarf es zwar, sie wird jedoch im Falle der Versagung bereits ersetzt, wenn die Änderung dem Kindeswohl nicht widerspricht. Das SBGG-E übernimmt hier die derzeitige Regelung zur Erklärung von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, § 45b Abs. 2 PStG. Dabei wird verkannt, dass die Fälle der Intergeschlechtlichkeit mit denjenigen der Transgeschlechtlichkeit und der

⁴⁹ BT-Drs. 20/9049, S. 35, siehe auch S. 25 f.

⁵⁰ BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 14.04.2021 – 1 BvR 1839/20, BeckRS 2021, 14412 Rn. 37 (zur Berücksichtigung des Kindeswillens im Sorgerechtsstreit).

⁵¹ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 45.

⁵² BVerfG, Beschluss vom 16.03.1982 – 1 BvR 938/81, BVerfGE 60, 123 (132).

„lediglich empfundenen Intersexualität“ nicht vergleichbar sind. Ein wesentlicher Unterschied besteht darin, dass es sich bei Varianten der Geschlechtsentwicklung um objektiv ermittelbare Gegebenheiten handelt, deren Vorliegen zudem grundsätzlich durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen ist. Anders verhält es sich in Fällen, in denen die geschlechtliche Identität vom biologischen und eingetragenen Geschlecht abweicht. Daher enthält die derzeitige Rechtslage zu Recht unterschiedliche Voraussetzungen für trans- und intergeschlechtliche Menschen, die auch bezüglich Minderjähriger differieren (s. o. I.1.b.).

Die Pflege und Erziehung des Kindes ist nach Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG natürliches Recht der Eltern und die ihnen zuvörderst obliegende Pflicht. Das Grundgesetz geht damit von der Grundannahme aus, dass die diejenigen, die einem Kind das Leben schenken, von Natur aus dazu berufen und bereit sind, die Verantwortung für dessen Pflege und Erziehung zu übernehmen.⁵³ Es geht weiter davon aus, dass das **Wohl des Kindes in aller Regel am besten durch die Eltern verwirklicht** wird.⁵⁴

Das sog. Elternrecht ist zunächst ein Abwehrrecht der Eltern gegenüber staatlichen Eingriffen in Fragen von Kinderpflege und -erziehung.⁵⁵ Die Eltern haben das Recht, die Pflege und Erziehung ihres Kindes nach ihren eigenen Vorstellungen frei zu gestalten.⁵⁶ Die Eltern tragen die Gesamtsorge und -verantwortung für die Lebens- und Entwicklungsbedingungen des Kindes; die elterliche Sorge bezieht sich auf den gesamten Bereich der Personen- und Vermögenssorge.⁵⁷

Grund und Grenze des Elternrechts bildet das Kindeswohl. Der Staat hat über die Einhaltung dieser Grenze zu wachen, sog. staatliches Wächteramt (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG). **Das staatliche Wächteramt ist gegenüber dem Elternrecht subsidiär und gestattet insbesondere kein staatliches Eingreifen, um gegen den Elternwille für eine bestmögliche Entwicklung des Kindes zu sorgen.**⁵⁸ Jede Regelung, die das Elternrecht berührt, muss ein legitimes Regelungsziel verfolgen und verhältnismäßig sein. Dabei bestimmt sich die verfassungsrechtliche Rechtfertigung maßgebend durch das Kindeswohl. Dies wirkt sich auch auf die Verfahrensgestaltung aus.⁵⁹

⁵³ BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (150); siehe auch BVerfG, Beschluss vom 18.06.1986 – 1 BvR 857/85, BVerfGE 72, 122 (139 f.).

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 10.11.1998 – 2 BvR 1057, 1226, 980/91, BVerfGE 99, 216 (232); vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 18.06.1986 – 1 BvR 857/85, BVerfGE 72, 122 (139 f.).

⁵⁵ Vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.01.1987 – 2 BvR 209/84, BVerfGE 74, 102 (124); BVerfG, Urteil vom 16.01.2003 – 2 BvR 716/01, BVerfGE 107, 104 (118).

⁵⁶ BVerfG, Beschluss vom 29.07.1968 – 1 BvL 20/63, 31/66 und 5/67, BVerfGE 24, 119 (143 f.); BVerfG, Beschluss vom 15.06.1971 – 1 BvR 192/70, BVerfGE 31, 194 (204); BVerfG, Beschluss vom 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75, BVerfGE 47, 46 (69 f.).

⁵⁷ Vgl. Arnd Uhle in: BeckOK GG, Art. 6 Rn. 51 ff. (Stand: 15.08.2023).

⁵⁸ BVerfG, Beschluss vom 17.02.1982 - 1 BvR 188/80, BVerfGE 60, 79 (91); BVerfG, Urteil vom 16.01.2003 – 2 BvR 716/01, BVerfGE 107, 104 (117 f.); BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 8.12.2005 - 1 BvR 364/05, NJW 2006, 1723; siehe auch BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 20.10.2008 - 1 BvR 2275/08, BeckRS 2010, 51389 Rn. 15; BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 29.01.2010 – 1 BvR 374/09, NJW 2010, 2333 (2335); BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 19.11.2014 – 1 BvR 1178/14, NJW 2015, 223 f.; BVerfG (1. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 20.01.2016 - 1 BvR 2742/15, BeckRS 2016, 41341 Rn. 12.

⁵⁹ Grundlegend BVerfG, Beschluss vom 05.11.1980 - 1 BvR 349/80, BVerfGE 55, 171 (182) zur Kinderanhörung bei Sorgerechtsentscheidungen; zur Ermittlung des Willens des Kindes: BVerfG, Beschluss (1. Kammer des Ersten Senats) vom 17. September 2016 - 1 BvR 1547/16 -, Rn. 21 ff.

Nach § 3 Abs. 1 S. 2 SGBB-E wird das Elternrecht im Streitfall vollständig zurückgedrängt: Stimmt der gesetzliche Vertreter (im Regelfall: die Eltern) den Erklärungen des Kindes zur Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen nicht zu, „so ersetzt das Familiengericht die Zustimmung“. Dies erfolgt bereits, wenn die Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen dem Kindeswohl „nicht widerspricht“. Damit greift die Regelung intensiv in das Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 GG ein. Auffallend und irritierend ist, dass das allgemeine System zum Austarieren von Elternrecht und Kindeswohl hier erheblich modifiziert wird: Für Willenserklärungen, durch die der Minderjährige nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, bedarf er nach § 107 BGB der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters. Einen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung hat der Minderjährige nicht.⁶⁰ Die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen zur elterlichen Sorge enthalten mit §§ 1666 ff. BGB aber Regelungen, die das staatliche Wächteramt konkretisieren. § 1666 BGB bestimmt, dass das Familiengericht nur im Falle einer *Gefährdung des Kindeswohls* Maßnahmen zur Abwehr der Gefahr zu treffen hat. Hiernach muss das Kindeswohl schwerwiegend beeinträchtigt sein, um hoheitliches Eingreifen rechtfertigen zu können.⁶¹

Im hiesigen Kontext der geschlechtlichen Identität bedeutete dies nach der allgemeinen Systematik, dass es grundsätzlich der Zustimmung der Eltern bedarf. Nur wenn die Gefahr einer schwerwiegenden Schädigung des körperlichen, geistigen oder seelischen Wohls des Minderjährigen besteht, dürfen gerichtliche Maßnahmen getroffen werden, die das Elternrecht einschränken.

Ebendiese allgemeine Systematik, die das verfassungsrechtlich verbürgte Elternrecht achtet, kehrt § 3 Abs. 1 S. 2 SGBG-E um: Die Zustimmung der Eltern wird hiernach durch das Familiengericht bereits ersetzt, wenn die Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen dem *Kindeswohl nicht widerspricht*. **Dies wird weder dem Elternvorrang noch der Bedeutung des Kindeswohls gerecht.**

Bei einer gerichtlichen Überprüfung müsste es richtigerweise darum gehen, das Elternrecht zu achten und dem Kindeswohl bestmöglich gerecht zu werden. Es erschließt sich bereits nicht, weshalb die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen für den Bereich von Vornamens- und Geschlechtsänderungen nicht herangezogen werden. So eine spezielle Regelung hierfür geschaffen werden soll, muss diese insbesondere den Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 GG entsprechen.

Schließlich begegnet die Regelung auch unter dem Aspekt der **Kohärenz** Bedenken, weil Minderjährige sich in aller Regel nicht gegen den Willen ihrer Eltern durchsetzen und bspw. ein Testament errichten, einen Kaufvertrag abschließen oder eine Ehe eingehen können.⁶² Eine Ausnahme bildet insofern der Bereich der religiösen Angelegenheiten. Das Gesetz über die religiöse Kindererziehung (RelKERzG) berücksichtigt die zunehmende Reife des Kindes, indem es ausdifferenzierte Altersgrenzen vorsieht. Ab 14 Jahren kann das Kind frei entscheiden, welcher Religion es angehören möchte (§ 5 S. 1 RelKERzG); einer Zustimmung der Eltern bedarf es nicht. Die Änderung der Vornamen und des Geschlechtseintrags ist hiermit indes nicht vergleichbar: Anders als religiöse Überzeugungen sind Vornamen und Geschlecht keine bloßen inneren Tatsachen. Zudem handelt es sich beim biologischen Geschlecht um eine gegebene,

⁶⁰ Siehe nur Konrad Duden, in: beck-online.Großkommentar, § 107 BGB Rn. 152 m. w. N.

⁶¹ Axel Burghart, in: beck-online.Großkommentar, § 1666 BGB Rn. 22 m. w. N.

⁶² Beispiele bei Anatol Dutta, Geschlechtsidentität statt Körper – Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz –, in: FamRZ 2023, 993 (995).

objektiv ermittelbare Eigenschaft, die sich nicht ändern lässt. Änderungen sind ferner mit einem Verlust der bisherigen Vornamen und/oder des bisherigen Geschlechtseintrags verbunden, weshalb die Rechtsprechung hierfür in Verfahren nach dem TSG nach dem allgemeinen Grundsatz des § 107 BGB die Zustimmung der Eltern verlangte.⁶³ Schließlich kommt der Zuordnung zu einem Geschlecht eine „herausragende Bedeutung“ für die individuelle Identität 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.“⁶⁴ Insbesondere wegen dieser Bedeutung der Geschlechtszugehörigkeit einer Person sind hier die allgemeinen Grundsätze heranzuziehen, wonach sich Kinder in aller Regel nicht gegen den Willen ihrer Eltern durchsetzen können.

ee) Unklarer Prüfungsmaßstab für das Kindeswohl

Es stellt sich zudem die Frage, welcher Maßstab für die Prüfung des Kindeswohls durch die Familiengerichte gelten soll. Denn das SBGG-E selbst formuliert als Voraussetzung für die Änderung der Vornamen und des Geschlechtseintrags lediglich, dass die Person versichern muss, dass der gewählte Geschlechtseintrag der geschlechtlichen Identität am besten entspricht und ihr die Tragweite der durch die Erklärung bewirkten Folgen bewusst ist (§ 2 Abs. 2 SBGG-E). Offen bleibt auch, wie das Familiengericht Erkenntnisse zu diesen Voraussetzungen gewinnen soll und kann (ob und welche Gutachten einzuholen sind, welche Anforderungen hieran gestellt werden etc.). Hier besteht **Nachbesserungsbedarf, um Kinder und Jugendliche effektiv zu schützen.**

4. Eltern-Kind-Verhältnis

Die Regelung zum Eltern-Kind-Verhältnis (§ 11 SBGG-E) bleibt bruchstückhaft, weil die geplante Reform des Abstammungsrechts nicht durch das Selbstbestimmungsgesetz vorweggenommen werden soll und hier noch offene Fragen bestehen. Daher will ich im Folgenden nur ein paar knappe Anmerkungen zu den diesbezüglichen Implikationen machen:

Bereits nach derzeitiger Rechtslage kann es zu einem Auseinanderfallen zwischen Geschlechtseintrag und Zeugungs- bzw. Gebärendenrolle kommen. Der Gesetzgeber suchte dies zu vermeiden, indem er die Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung für eine Änderung des Geschlechtseintrags nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG (sog. große Lösung) normierte. Für den nicht auszuschließenden Fall einer dennoch bestehenbleibenden Fortpflanzungsfähigkeit schuf der Gesetzgeber die Regelung in § 11 TSG, wonach das Rechtsverhältnis zwischen der antragstellenden transgeschlechtlichen Person zu seinen Eltern und Kindern unberührt bleibt.

Das Bundesverfassungsgericht erklärte die in § 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG normierte Anforderung für verfassungswidrig, weil sie die Betroffenen in ihren Rechten aus Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 i. V. m.

⁶³ Siehe bereits oben, I. 1. b).

⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1 Rn. 39.

Art. 1 Abs. 1 GG verletzt.⁶⁵ Seither kann eine Änderung des Geschlechtseintrags auch erfolgen, wenn der Antragsteller weiterhin fortpflanzungsfähig ist. Daher kommt es vermehrt zu Konstellationen des Auseinanderfallens von Fortpflanzungsfunktion und Elternschaft auf der einen Seite und geschlechtlicher Identität und personenstandsrechtlichem Eintrag andererseits.

Die Eintragungen zu den Eltern sollen nicht im Widerspruch zur biologischen Abstammung bzw. zur Fortpflanzungsfunktion stehen: *„Es ist ein berechtigtes Anliegen, Kinder ihren biologischen Eltern auch rechtlich so zuzuweisen, dass ihre Abstammung nicht im Widerspruch zu ihrer biologischen Zeugung auf zwei rechtliche Mütter oder Väter zurückgeführt wird.“*⁶⁶

Zudem soll das Kind keine Geburtsurkunde vorlegen müssen, die die Transgeschlechtlichkeit eines Elternteils offenbart bzw. Anlass zu entsprechenden Spekulationen gibt. Nach § 1591 BGB ist Mutter des Kindes die Frau, die es geboren hat. Diese Zuordnung gilt unabhängig von der Geschlechtsidentität und dem personenstandsrechtlichen Eintrag der Person. Hieran rüttelt § 11 Abs. 1 SBGG-E zu Recht nicht. Die zweite Elternstelle ist mit dem Vater des Kindes besetzt, wobei unterschiedliche Möglichkeiten für die Zuordnung der rechtlichen Vaterrolle existieren (§ 1592 BGB). Die Regelung in § 11 Abs. 2 SBGG-E betreffend die Feststellung als Vater ist entsprechend differenzierter formuliert. Auch hier kommt es zunächst – für die Vaterschaft nach § 1592 Abs. 1 Nr. 3 BGB – auf die Fortpflanzungsfunktion und nicht auf die geschlechtliche Identität bzw. den personenstandsrechtlichen Eintrag an. Demgegenüber kann die Vaterschaft nach § 1592 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB unabhängig von der Zeugungsfähigkeit erlangt werden. Nach § 11 Abs. 1 S. 2 SBGG-E soll es hier hingegen auf den Geschlechtseintrag „männlich“ zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes ankommen.

Nicht nachvollziehbar ist, weshalb der personenstandsrechtliche Eintrag – jedenfalls dem Wortlaut des § 11 SBGG-E nach – per se unerheblich sein soll, d. h. auch in den (auch künftig) zahlenmäßig deutlich überwiegenden Fällen, in denen der Eintrag nicht nach § 2 SBGG-E geändert wurde, sondern dem Geschlecht wie auch der Geschlechtsidentität entspricht.⁶⁷ Hier zeigt sich einmal mehr, dass der personenstandsrechtliche Eintrag nach der Konzeption des SBGG-E seine dienende Funktion einbüßt.

Eine zweite Elternstelle für eine weitere Frau bzw. Mutter sieht das Abstammungsrecht nicht vor und auch das SBGG-E führt eine solche nicht ein. Der EGMR fällt kürzlich zwei Urteile betreffend das deutsche Abstammungsrecht und vermochte keine Konventionsverstöße zu erblicken. Insbesondere liegt keine Verletzung des von Art. 8 EMRK garantierten Privatlebens vor: Dies gilt zum einen für die Versagung der Eintragung einer transgeschlechtlichen Person, die das Kind gezeugt hat, als Mutter und mit den weiblichen Vornamen.⁶⁸ Und auch die vom deutschen Abstammungsrecht nicht vorgesehene Eintragung eines transgeschlechtlichen Mannes, der das Kind zur Welt gebracht hat, als Vater des Kindes verstößt nicht gegen EMRK-Gewährleistungen.⁶⁹ In beiden Entscheidungen betont der Gerichtshof neben der Rechtssicherheit und der Zuverlässigkeit und Kohärenz des Personenstands das Recht des Kindes,

⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 11.01.2011 – 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109 (133 ff.).

⁶⁶ BVerfG, Beschluss vom 11.01.2011 – 1 BvR 3295/07, BVerfGE 128, 109 (135).

⁶⁷ Siehe auch Anatol Dutta, Geschlechtsidentität statt Körper – Die Freiheit zur Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem geplanten Selbstbestimmungsgesetz –, in: FamRZ 2023, 993 (997).

⁶⁸ EGMR, Urteil vom 04.04.2023, Rs. 7246/20 A.H. u. a. ./.. Deutschland.

⁶⁹ EGMR, Urteil vom 04.04.2023, Rs. 53568/18 und 54741/18, O.H. und G.H. ./.. Deutschland.

seine Herkunft und seine Zuordnung zu Vater und Mutter auf stabile und unveränderliche Weise zu kennen.

Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Ausgangslage (auch im Lichte des Völkerrechts) hält das SBGG-E zu Recht weiterhin an einer grundsätzlichen Bestimmung der Elternstellung über die Fortpflanzungsfunktion fest und räumt kein selbstbestimmtes Wahlrecht hinsichtlich der Elternstellung ein.

Problematisch ist jedoch, dass der Gesetzentwurf die Besetzung der zweiten Elternstelle (also derjenigen des Vaters) mit einer Person mit weiblichem Geschlechtseintrag im Zeitpunkt der Geburt nach § 1592 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB nicht vorsieht und die Rechtslage für bestimmte transgeschlechtliche Personen hiermit gegenüber § 11 S. 1 TSG verschlechtert.⁷⁰ Ihnen bleibt nur die Durchführung eines Feststellungsverfahrens über die Vaterschaft (§ 1592 Nr. 3 BGB). Die Feststellung erfolgt nach § 11 Abs. 1 SBGG-E allerdings „nur, wenn die festzustellende biologische Abstammung der Person auf einer Zeugung durch männliche Gameten, also Spermien, beruht, und nicht durch weibliche Eizellen“⁷¹.

Der geschlechtlichen Identität der Eltern soll künftig durch § 48 Absatz 1a PStV-E insofern besser entsprochen werden, als auf Wunsch des betroffenen Elternteils die Angabe „Mutter“ oder „Vater“ durch die Bezeichnung „Elternteil“ ersetzt werden kann. Richtigerweise hält das SBGG-E weiterhin an den herkömmlichen Bezeichnungen „Mutter“ und „Vater“ fest und schafft hiervon abweichende Regelungen für die wenigen Fälle, in denen es zu einem Auseinanderfallen von geschlechtlicher Identität und Fortpflanzungsfunktion kommt. Es bleibt abzuwarten, welche weiteren Änderungen künftig im Abstammungsrecht vorgenommen werden.

In dem Kontext sei schließlich kurz darauf hingewiesen, dass generell an den Begriffen „Mutter“ und „Vater“ festgehalten werden sollte. Denn in aller Regel deckt sich die geschlechtliche Identität und Zuordnung eines Menschen mit seiner Fortpflanzungsfunktion und seiner Elternrolle. Für Personen, bei denen sich diesbezüglich Abweichungen ergeben, kann der Gesetzgeber im SBGG klarstellen, dass die betreffenden Regelungen zur Mutter- und Vaterschaft auf alle Menschen Anwendung finden, denen die betreffende Elternrolle zukommt. Es böte sich an, in den einschlägigen speziellen Gesetzen weiterhin geschlechtsspezifische Formulierungen vorzusehen und im SBGG eine allgemeine, klarstellende Regelung zu treffen. Diese könnte sich an § 1 Abs. 4 Mutterschutzgesetz (MuSchG) orientieren, wonach das Gesetz für jede Person gilt, die schwanger ist, ein Kind geboren hat oder stillt.

5. Bußgeldbewehrtes Offenbarungsverbot

Durch das Offenbarungsverbot (§§ 13, 14 SBGG-E) soll die informationelle Selbstbestimmung der Personen geschützt werden, die eine Änderung ihres Geschlechtseintrags erwirkt haben. Damit verfolgt der Gesetzentwurf an sich ein legitimes Ziel. Das Offenbarungsverbot des SBGG-E geht allerdings über das in § 5 Abs. 1 TSG (i. V. m. § 10 Abs. 2 TSG) normierte hinaus: Dieses Offenbarungsverbot richtet sich unmittelbar nur an staatliche Organe.⁷² Sanktionsbewehrt ist ein Verstoß nach § 203 StGB (Verletzung von Privatgeheimnissen) nur, wenn

⁷⁰ Siehe BT-Drs. 20/9049, S. 50 f.; zur Möglichkeit der Begründung der Vaterschaft einer Mann-zu-Frau-Transsexuellen: BGH, Beschluss vom 29.11.2017 – XII ZB 459/16, NJW 2018, 471.

⁷¹ BT-Drs. 20/9049, S. 49.

⁷² BGH, Beschluss vom 05.05.2021 – XII ZB 189/20, NJW 2021, 2292 (2294); Andreas Spickhoff, Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 5 Rn. 1.

Angehörige bestimmter, einer Schweigepflicht unterliegender Berufsgruppen (z. B. Ärzte, Rechtsanwälte) oder Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichtete ein solches Geheimnis offenbaren. Das Geheimnis muss den betreffenden Personen zudem dienstlich bekannt geworden sein. Erlangt eine Person hingegen im privaten Bereich entsprechende Kenntnisse, darf sie diese weiter erzählen.⁷³

Das Offenbarungsverbot nach §§ 13, 14 SGBB-E soll hingegen gerade auch Offenbarungen im privaten Bereich erfassen. Diese sind allerdings nur sanktionsbewehrt, wenn eine Schädigungsabsicht gegeben ist. Das positiv konnotierte Offenbaren des vorherigen Geschlechtseintrags fällt nach der Entwurfsbegründung hingegen nicht unter den Ordnungswidrigkeitstatbestand.⁷⁴ **Damit sanktioniert der Gesetzentwurf im Ergebnis nicht das Offenbaren, sondern die negative Bewertung** in Schädigungsabsicht – es geht dann nicht (oder jedenfalls nicht allein) um den Schutz der informationellen Selbstbestimmung. Vielmehr soll eine gesellschaftliche Anerkennung von Änderungen des Geschlechtseintrags durch die Rechtsordnung bewirkt werden.

Es erscheint fragwürdig, dass auf diese Weise abwertende Äußerungen sanktioniert werden sollen. Denn hierbei handelt es sich um grundsätzlich von Art. 5 Abs. 1 GG geschützte Meinungsäußerungen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist unerheblich, ob eine Äußerung „wertvoll‘ oder ‚wertlos‘, ‚richtig‘ oder ‚falsch‘, emotional oder rational begründet ist“⁷⁵. Gesetzliche Regelungen, die Meinungsäußerungen pönalisieren, müssen sich rechtfertigen lassen.

Unklar bleibt, weshalb die allgemeinen Straftatbestände und die Tatbestände des Deliktsrechts nicht ausreichen sollen, um Betroffene vor Schädigungen zu schützen.

Die Norm begegnet unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten Bedenken. Ob es tatsächlich der Ausgestaltung als Ordnungswidrigkeit mit einer Bußgeldandrohung von bis zu 10.000 Euro bedarf, erscheint fraglich – auch wenn das Tatbestandsmerkmal der absichtlichen Schädigung und die Ausnahmeregelungen abmildernd wirken. Zudem bleibt der Gesetzentwurf eine Definition des Schadens schuldig, insbesondere ab welchem Schweregrad ein immaterieller Schaden vorliegt.

Nicht zu vernachlässigen sind darüber hinaus die gesellschaftlichen Wirkungen, die von solch einer Regelung ausgehen: Für ein freiheitliches Gemeinwesen ist es fatal, wenn bei den Bürgern der Eindruck entsteht, man dürfe sich nicht mehr frei äußern. Dies dürfte zudem dem Grundanliegen des Gesetzentwurfs selbst zuwiderlaufen, Änderungen der Vornamen und des Geschlechts zu normalisieren.

⁷³ Maria Sabine Augstein, TSG, 2012, § 5 Rn. 4.

⁷⁴ BT-Drs. 20/9049, S. 56.

⁷⁵ BVerfG, Beschluss vom 22.06.1982 - 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1 (7).

IV. Alternative: Differenziertes System mit abgesenkten Voraussetzungen

Ausgehend vom oben dargestellten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ergibt sich neben dem Verzicht auf den personenstandsrechtlichen Eintrag (der wiederum Folgefragen mit sich bringt), die Möglichkeit folgender Modifikationen des bisherigen Systems:

Der Gesetzgeber kann weiterhin Anforderungen an die Stabilität und Irreversibilität des Zugehörigkeitsempfindens stellen. Verfassungsrechtlich zwingend ist es nicht, die Voraussetzungen des TSG abzusenken; der Gesetzgeber verfügt hier über Gestaltungsspielräume. Möglich wäre eine **minimalinvasive Modifikation des bestehenden Systems**, die die **dienende Funktion des Personenstands** erhalte, indem der Gesetzgeber weiterhin gewisse Hürden für die Änderung bzw. Streichung des personenstandsrechtlichen Eintrags aufstellte.

Hierin läge keine umfängliche Selbstbestimmung, wie sie der Gesetzentwurf offensiv verspricht. Der Eintrag könnte dann aber weiterhin seine dienende Funktion erfüllen und machte es entbehrlich, Entscheidungen auf die handelnden Personen in der konkreten Situation zu verlagern und das Geschlecht bereichsspezifisch zu bestimmen. Ein gewisses Maß an Fremdbestimmung kann auf diese Weise paradoxerweise die Selbstbestimmung stärken.⁷⁶

Der Gesetzgeber kann – wie bislang – zwischen den unterschiedlichen betroffenen Personengruppen differenzieren und dadurch **passgenauere Lösungen** entwickeln als der vorgelegte Gesetzentwurf sie vorsieht.⁷⁷ Zwar sind alle Personen wegen der gesetzlich vorgesehenen zwingenden Eintragungspflicht tangiert. Die Gründe hierfür unterscheiden sich indes. Dies zeigt sich besonders in Bezug auf die Entwicklung angemessener Regelungen für Kinder und Jugendliche (dazu bereits oben III.3.).

1. Materielle Voraussetzungen

Als materielle Voraussetzungen für die Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen könnte der Gesetzgeber ein Modell vorsehen, das die Vorlage eines ärztlichen Attests und Beratungspflichten beinhaltet. Für intergeschlechtliche Menschen, die sich in der Regel seit vielen Jahren oder Jahrzehnten in ärztlicher Behandlung befinden, könnte das grundsätzliche Erfordernis eines ärztlichen Attests über das Vorliegen von Varianten der Geschlechtsentwicklung nach § 22b PStG (inklusive der Ausnahmeregelung) beibehalten werden. Für diese Personengruppe erscheint mir das Auferlegen von Beratungspflichten nicht notwendig und verhältnismäßig. **Die derzeitige Rechtslage sollte für intergeschlechtliche Menschen möglichst nicht verschlechtert werden.**

Für transgeschlechtliche Menschen sollten die Voraussetzungen der §§ 1, 8 TSG abgesenkt werden. Dies könnte beispielweise dadurch erfolgen, dass die Begutachtungspflicht durch eine verpflichtende Beratung ersetzt wird. Weil auch transgeschlechtliche Menschen sich nicht selten in ärztlicher Behandlung befinden, könnte der Gesetzgeber alternativ die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über eine stattgefundene/aktuell stattfindende Begleitung

⁷⁶ Siehe bereits Judith Froese, Selbstbestimmung als Fremdbestimmung, in: FAZ, Nr. 148 vom 29.06.2023, S. 7.

⁷⁷ Zu einer möglichen Abstufung der Darlegungslasten siehe bereits Judith Froese, Männlich, weiblich oder „weder noch“? Zur Deutungshoheit über das Geschlecht, in: AöR 140 (2015), 598 (623 f.).

genügen lassen. Dabei ginge es nicht darum, Transgeschlechtlichkeit als Krankheit zu behandeln, sondern ein milderes Mittel gegenüber einer Begutachtung durch fremde Ärzte zu schaffen. Für diejenigen transgeschlechtlichen Menschen, die bereits ärztlich betreut werden, wäre dies eine Erleichterung gegenüber der Anforderung einer Begutachtung durch fremde Ärzte. Die Beratungspflicht könnte in diesen Fällen entfallen.

Für diejenigen Personen, die nicht unter die oben genannten Fallgruppen fallen und für die bislang keine explizite Regelung existiert, könnte ein vergleichbares Modell wie für transgeschlechtliche Personen vorgesehen werden.

Für Kinder und Jugendliche gilt es, stärkere Schutzvorkehrungen zu entwickeln als für volljährige Personen. Dies ist legitim, „wenn sie den Betroffenen daran hindern sollen, sich selbst einen größeren persönlichen Schaden zuzufügen“⁷⁸.

2. Ausgestaltung des Verfahrens

Nach derzeitiger Rechtslage ist für eine Änderung des Geschlechtseintrags und des Vornamens nach dem TSG (d. h. für transgeschlechtliche Menschen) ein gerichtliches Verfahren vorgesehen während bei Änderungen nach dem PStG (d. h. für intergeschlechtliche Menschen) die Standesämter zuständig sind.

Der Gesetzgeber könnte erwägen, die Ausgestaltung des Verfahrens zu vereinheitlichen. Die derzeitige gerichtliche Zuständigkeit für TSG-Fälle erklärt sich insbesondere vor dem Hintergrund der materiell-rechtlichen Voraussetzungen, die eine Überprüfung des Zugehörigkeitsempfindens, seiner Stabilität und Irreversibilität fordern und hierzu das Einholen zweier Gutachten verpflichtend vorsehen. Der Gesetzgeber kann erwägen, die Verfahren in die Zuständigkeit der Standesämter zu überführen. Für eine Beibehaltung der gerichtlichen Zuständigkeit und einer Erstreckung auf sämtliche Verfahren spricht, dass sie den Betroffenen die besondere Bedeutung der Angelegenheit vor Augen führt und die Gerichte grundsätzlich besser geeignet sind, rechtliche Fragen zu klären. Insbesondere würde dies zu einem Gleichlauf sämtlicher Verfahren betreffend Minderjährige führen.

V. Zusammenfassende Bewertung

Verfassungsrechtlich zwingender Handlungsbedarf für eine Reform des derzeitigen Systems besteht nicht. Das Bundesverfassungsgericht betont bis heute in seiner Rechtsprechung, der Gesetzgeber dürfe Anforderungen stellen, die die Ernsthaftigkeit, Stabilität und Irreversibilität des Zugehörigkeitsempfindens gewährleisten. Der Gesetzgeber kann die Kritik (insbesondere an den Anforderungen des Transsexuellengesetzes) aber aufnehmen und aus politischen Gründen Änderungen vornehmen.

Der vorliegende Gesetzentwurf knüpft weder materielle Voraussetzungen noch eine staatliche Überprüfung an die Änderung der Vornamen und des Geschlechtseintrags. Die (biologischen) Unterschiede zwischen den einzelnen betroffenen Personengruppen berücksichtigt das

⁷⁸ BVerfG, Beschluss vom 16.03.1982 - 1 BvR 938/81, BVerfGE 60, 123 (132).

SBGG-E mit seinem einheitlichen Regelungsregime nicht. Hieraus ergeben sich gravierende, absehbare Folgeprobleme, die der Gesetzentwurf nicht löst.

Der Gesetzentwurf geht auf einen Teil der Folgeprobleme ein, indem er die offensiv versprochene Selbstbestimmung nicht einlöst, sondern auf den vorherigen Geschlechtseintrag einer Person abstellt. Typisierend erachtet der Gesetzgeber Missbräuche in den Kontexten der Wehrpflicht und bei Abschiebungen für besonders naheliegend. Andere Folgefragen werden nicht gelöst, sondern auf konkrete Situationen und Einzelfallentscheidungen verlagert. Dies betrifft erstens Rechtsverhältnisse unter Privaten, in denen es auf das Geschlecht einer Person ankommen kann. Zweitens sieht sich auch der Staat selbst derlei Folgeproblemen ausgesetzt, insbes. die Länder hinsichtlich der Unterbringung in den Justizvollzugsanstalten.

Dem Geschlechtseintrag kommt nach der Konzeption des Gesetzentwurfs nur eine eingeschränkt dienende Funktion für materiell-rechtliche Bezugnahmen auf das Geschlecht zu: Bereichsspezifisch ist zu differenzieren, ob an den Eintrag und damit an die geschlechtliche Identität einer Person anzuknüpfen ist, oder aber mit Blick auf die Zwecke einzelner Regelungen eine andere Bezugnahme vorzunehmen ist. Dies gilt namentlich für körperliche Unterschiede, die bei der medizinischen Versorgung, bei sportlichen Leistungen und für die Fortpflanzungsfunktionen und ihre rechtlichen Anknüpfungen hieran maßgebend sind.

Für den Bereich der Gleichstellung (Art. 3 Abs. 2 GG) ist es nicht ausreichend, allein auf den aktuellen personenstandsrechtlichen Eintrag abzustellen, wie dies in § 6 Abs. 1, § 7 SBGG-E vorgesehen ist.

Insbesondere hinsichtlich des Schutzes Minderjähriger besteht dringender Nachbesserungsbedarf.