

Rechtsanwalt Jonas D. Jacob LL.M., Anwaltssozietät Dr. Frowein und Partner

Rechtsanwalt Dr. Klaus Märker, Anwaltssozietät Dr. Fricke und Partner

Kurzgutachten zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung betreffend ein Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften (SBGG-E)

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	2
II. Aktuelle Rechtslage	3
III. Der naturwissenschaftlich tradierte Geschlechtsbegriff	4
IV. Versubjektivierung des Geschlechtsbegriffs?	5
V. Muss der Gesetzgeber naturwissenschaftliche Erkenntnisse akzeptieren oder darf er davon abweichen? (Evidenzbasierung gesetzgeberischer Maßnahmen)	8
VI. Der verfassungsrechtlich angelegte Geschlechtsbegriff	10
VII. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	12
VII. Der unionale Geschlechtsbegriff	14
1. Richtlinien	14
2. Art. 157 AEUV	15
3. Grundrechtecharta	16
VIII. Zwischenfazit	16
IX. Der Entwurf des SBGG-E im Einzelnen	17
§ 1 SBGG-E	17
§ 2 SBGG-E	19
§ 3 SBGG-E	21
§ 4 SBGG-E	24
§ 5 SBGG-E	26
§ 6 SBGG-E	27
§ 7 SBGG-E	29
§ 8 SBGG-E	30
§ 9 SBGG-E	31
§ 10 SBGG-E	33
§ 11 SBGG-E	35
§ 12 SBGG-E	36
§ 13 SBGG-E	38
§ 14 SBGG-E	41
X. Fazit	42
XI. Register	44

I. Einleitung

Die Bundesregierung hat am 23.8.2023 den Entwurf für ein Selbstbestimmungsgesetz (SBGG-E) veröffentlicht. Vorausgegangen war ein Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) und des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) vom 9. Mai 2023. Der Regierungsentwurf übernimmt weitestgehend – mit marginalen Änderungen – den Referentenentwurf.¹ Der Regierungsentwurf nimmt ohne weitere Fundierung an, dass sich das medizinische und gesellschaftliche Verständnis einer Geschlechtsidentität in den letzten Jahrzehnten weiterentwickelt habe und die aktuelle Rechtslage dem nicht ausreichend Rechnung trage. Insbesondere wird das Transsexuellengesetz – TSG – als medizinisch veraltet geschildert, dem ein pathologisierendes Verständnis von „Transgeschlechtlichkeit“ zu Grunde liege. Ziel sei es nun, das Auseinanderfallen des Geschlechtseintrags und der Geschlechtsidentität zu vereinheitlichen, zu entbürokratisieren und eine selbstbestimmte Änderung zur Wahrung und zum Schutz der verfassungsrechtlich geschützten Geschlechtsidentität zu regeln.

Das vorliegende Kurzgutachten wird zunächst auf die aktuelle Rechtslage eingehen, den (verfassungsrechtlichen Geschlechtsbegriff darstellen und im Folgenden die einzelnen durch das SBGG-E angedachten Regelungen auf Verfassungsmäßigkeit und Gesetzeskohärenz prüfen.²

¹ Das Kurzgutachten ging zunächst vom Referentenentwurf aus, in der aktualisierten Fassung wurden Ausführungen zum leicht veränderten Regierungsentwurf aufgenommen.

² Dieses Kurzgutachten kann aufgrund der rechtlichen, medizinischen und sozialen Komplexität des Problems und aufgrund des begrenzten Rahmens nur auf die besonders gravierend erscheinenden Regelungen eingehen.

II. Aktuelle Rechtslage

Nach § 21 Abs. 1 Ziff. 3 PStG wird anlässlich der Geburt eines Kindes dessen Geschlecht im Geburtenregister eingetragen. Dieser Eintrag hat nach § 54 Abs. 1 PStG allgemeine Beweiswirkung im Rechtsverkehr.³ Das Personenstandsrecht definiert den Begriff „Geschlecht“ nicht. Vielmehr geht es vom biologischen Geschlechtsverständnis aus.⁴

Seit dem 22.12.2018 besteht die Möglichkeit, den Personenstandsfall in das Geburtenregister entweder ohne Angabe oder mit der Angabe „divers“ einzutragen, wenn das neugeborene Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann, § 22 Abs. 3 PStG.⁵ § 45b PStG lässt dabei die nachträgliche Personenstandsangabe für „Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung“ zu.

Der Gesetzgeber wollte mit diesen neuen Bestimmungen den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 10.10.2017 umsetzen, der die vormalige Rechtslage als „mit dem Grundgesetz für unvereinbar“ erklärte, soweit diese Vorschriften einen Zwang zur Angabe des Geschlechts begründen und dabei Personen, deren Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist, keinen positiven Geschlechtseintrag ermöglichen.⁶

Wie der BGH (a.a.O.) zutreffend ausgeführt hat, beseitigt die Neuregelung des Personenstandsrechts durch die Umsetzung des BVerfG- Beschlusses nicht das biologische Verständnis des Personenstandsrechts, sondern setzt dieses weiterhin voraus und knüpft daran an.

Dies ergibt sich im Übrigen auch aus der Gesetzesbegründung⁷ zu § 45b PStG. Darin heißt es auf S. 7:

„Der Anwendungsbereich der Regelung beschränkt sich auf Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Nach der aktuellen medizinischen Terminologie, die auf der bei

³ Zur grundsätzlichen Bedeutung öffentlicher Register als Verwaltungsinformationssysteme siehe KommJur 2017, 169, beck-online.

⁴ BGH Beschl. v. 22.4.2020, XII ZB 383/19, NJW 2020,1955 m. Anm. Löhnig, Petricevic, betrifft Justiz 2019, 9, 11; gegen die Entscheidung des BGH wurde Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht eingelegt, über die noch nicht entschieden wurde; vgl. auch den Aussetzungsbeschluss des AG Münster, Beschl. v. 14.4.2021, 22 III 34/20, BeckRS 2021,17754.

⁵ Eingeführt durch das „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“, BGBl. I Nr. 48,2635.

⁶ BVerfG Beschl. v. 10.10.2017, 1 BvR 2019/16, NJW 2017,3643 m. Anm. Gössl; kritisch dazu: Märker, NZFam 2018, 1; vgl. auch Lindenberg, NZFam 2018, 1062; Sanders, NZFam 18,241; aus arbeitsrechtlicher Sicht: Weller, BB 2018,H. 7; Körlings, NZA 2018,282. Etwaige weitreichende Auswirkungen der Entscheidung im Sport beschreibt Meier, NVwZ 2018,2017.

⁷ Drucksache 19/4669.

der Konsensuskonferenz 2005 in Chicago vorgeschlagenen Klassifikation beruht, werden unter Varianten der Geschlechtsentwicklung Diagnosen zusammengefasst, bei denen die Geschlechtschromosomen, das Genital oder die Gonaden inkongruent sind (Lee PA, Houk CP, Ahmed SF, Hughes IA: Consensus Statement on Management of Intersex Disorders. International Consensus Conference of Intersex. Pediatrics 2006; 118:E488-E500).“

Eine davon abweichende Interpretation des Wortgefüges „Varianten der Geschlechtsentwicklung“, wie in der Literatur⁸ und in der unterinstanzlichen Rechtsprechung⁹ teilweise angenommen, ist aus rechtsmethodischen Gründen abzulehnen. Denn bei der Gesetzesauslegung dürfen die Grenzen des Wortlauts, die wesentlichen gesetzgeberischen Grundentscheidungen und Wertungen nicht angetastet werden.¹⁰ Der Bundesgerichtshof hat es folglich zutreffend abgelehnt, § 45b PStG auch auf transsexuelle Personen anzuwenden. Diese wurden vom BGH (a.a.O.) vielmehr auf das Transsexuellengesetz verwiesen.

Die in § 4 Abs. 3 TSG vorgesehene Einholung von zwei Gutachten voneinander unabhängiger Sachverständiger als Voraussetzung für den Namens- und Personenstandswechsel hat das BVerfG zweimal, 2011 und 2017, als verfassungsgemäß bestätigt.¹¹

III. Der naturwissenschaftlich tradierte Geschlechtsbegriff

Der Geschlechtsbegriff in der bestehenden Rechtsordnung knüpft primär an einen naturwissenschaftlich tradierten (binären) Geschlechtsbegriff an.

Das Wort „Geschlecht“¹² stammt ursprünglich aus der Biologie und steht im Zusammenhang mit der „geschlechtlichen Fortpflanzung“. Diese biparentale Reproduktion erfolgt über die Bildung von Geschlechts- (d. h. Sexual)Zellen und ist integraler Bestandteil der Natur aller Lebewesen, die bis heute untersucht worden sind. Der Mensch ist durch einen in der Evolution herausgebildeten Sexual-Dimorphismus gekennzeichnet. Die DNA ist eine Doppelhelix und besteht aus zwei Einzelsträngen - die DNA-Replikation kann

⁸Abzulehnen bei Mangold/Markwald/Röhner, Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, 2019

⁹ AG Münster, Beschluss vom 05.02.2020 - 22 III 130/18

¹⁰ Siehe nur BVerfGE 62, 117 (166); 63, 131 (147 f.); 69, 1 (55); 71, 81 (105); 95, 64 (93); 102, 254 (327).

¹¹ BVerfG, 1 BvR 3295/071, Senatsbeschluss vom 11. Januar 2011; BvR 747/17, Beschluss vom 17.10.2017.

¹² „Geschlecht“, in: Wolfgang Pfeifer et al., Etymologisches Wörterbuch des Deutschen (1993), digitalisierte und von Wolfgang Pfeifer überarbeitete Version im Digitalen Wörterbuch der deutschen Sprache, <<https://www.dwds.de/wb/etymwb/Geschlecht>>, abgerufen am 15.08.2023: „Geschlecht. ‘Gesamtheit der Merkmale, die ein Lebewesen als männlich oder weiblich bestimmen“

somit nur über zwei Partner erfolgen. Säugetiere (einschl. des Menschen) sind diploide Organismen: Ein Chromosomensatz wurde bei der Zeugung vom Spermien-Lieferant (Vater), der zweite von der Eizellen-Bereitstellerin (Mutter) geliefert. Lebensfähige Primaten mit mehr als zwei Chromosomensätzen wurden bisher nicht entdeckt. Männer und Frauen unterscheiden sich daher grundlegend in morphologischen, psychologischen, physiologischen, biochemischen und chromosomal-genetischen Merkmalen voneinander. Diese Differenzierung aufgrund der beschriebenen biologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen prägt im Ausgang den Geschlechtsbegriff in Gesellschaft und Recht.¹³

IV. Versubjektivierung des Geschlechtsbegriffs?

Was heutzutage unter dem Begriff „Geschlechtsidentität“ diskutiert wird, geht unter anderem zurück auf die Geschlechterdogmatik von John Money. Der US-Psychologe Money postulierte die Existenz eines „psychosozialen Geschlechts“ (d. h. Gender), das unabhängig vom biologischen Mann-Frau-Sein im Menschen ausgeprägt sein soll. Dies wurde schon zur damaligen Zeit in der Wissenschaft kritisiert, hat aber gleichwohl Eingang in gesellschaftliche und rechtliche Bereiche gefunden.

Heute ist Gender als „Geschlechtsidentität“ innerhalb des Konzepts der Gender Identity die Basis für den Entwurf des SBBG. Der Begriff „Geschlechtsidentität“ wird gemäß der Definition von Gender Identity in den nicht rechtsverbindlichen Yogyakarta Principles interpretiert.¹⁴

Das Bundesverfassungsgericht ging in seiner Rechtsprechung zur Transsexualität von der Vorstellung aus, dass die „Geschlechtsidentität“ einer objektiven Überprüfung zugänglich sei und deshalb nur solche Personen im Blick hatte, bei denen gutachterlich nachgewiesen wurde, dass diese gefühlte Identität vorlag.¹⁵ Mit dem Begriff „Geschlechtsidentität“ selbst hat sich das Bundesverfassungsgericht zu keiner Zeit näher befasst. Es verbleibt daher eine erkennbare Unsicherheit bezüglich der rechtlichen Begriffsdefinition.¹⁶

Der Ausgangspunkt dieser Rechtsprechung liegt Jahrzehnte zurück. Es ist die Entscheidung

¹³ Siehe dazu auch das Interview mit der Biologin und Nobelpreisträgerin Christiane Nüsslein-Volhard zur These des Queer-Beauftragten der Bundesregierung, dass der Ansatz, es gebe nur zwei Geschlechter, unwissenschaftlich sei: „Das ist unwissenschaftlich!“, abrufbar unter <https://www.emma.de/artikel/viele-geschlechter-das-ist-unfug->

¹⁴ „Gender identity is understood to refer to each person’s deeply felt internal and individual experience of gender, which may or may not correspond with the sex assigned at birth, including the personal sense of the body (which may involve, if freely chosen, modification of bodily appearance or function by medical, surgical or other means) and other expressions of gender, including dress, speech and mannerisms.“ Abrufbar unter <http://yogyakartaprinciples.org/introduction/>.

¹⁵ BVerfG NJW 2011, 909 Rn. 52-54.

¹⁶ So auch: Rixen, Geschlechtertheorie als Problem der Verfassungsauslegung, Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG v. 10. 10. 2017 – 1 BvR 2019/16 zur geschlechtlichen Diversität, JuristenZeitung (JZ) Jahrgang 73 (2018) / Heft 7, S. 317-327.

vom 11.10.1978.¹⁷

In jenem Verfahren begehrte der Beschwerdeführer eine Personenstandsänderung von „männlich“ in „weiblich“. Zur damaligen Zeit war das aufgrund einfachrechtlicher Rechtslage nicht möglich. Der Beschwerdeführer hatte ein ärztliches Gutachten vorgelegt, in dem ihm bestätigt wurde, psychisch eine Frau zu sein und aufgrund von Hormonbehandlungen und Operationen auch physisch im Rahmen des medizinisch Erreichbaren dem gefühlten Geschlecht angepasst zu sein. Das Gutachten wurde in dem Verfahren nicht hinterfragt oder in Zweifel gestellt. Es war der tatsächliche Ausgangspunkt der Entscheidung. Das Wesentliche am Transsexualismus sei die vollständige psychische Identifikation mit dem anderen, d. h. dem eigenen Körper widersprechenden Geschlecht. „Der Transsexuelle begnügt sich nicht wie der Transvestit mit dem Tragen der Kleidung des anderen Geschlechts; er fühlt sich dem anderen Geschlecht ganz und gar zugehörig. Seine Geschlechtsorgane und -merkmale, die nicht zu dem erfüllten Geschlecht passen, empfindet er - im Gegensatz zum Homosexuellen, Transvestiten und Fetischisten - als Irrtum der Natur. Er ist daher mit allen Mitteln bestrebt, diesen Irrtum zu korrigieren und versucht mit größter Zielstrebigkeit, seinen Wunsch nach vollkommener Geschlechtsumwandlung durchzusetzen. Er schreckt nicht vor den gefährlichsten und schmerzhaftesten Selbstverstümmelungen zurück, wenn er auf andere Weise mit seinen Bestrebungen nicht durchdringt.“¹⁸

Auch das Transsexuellengesetz geht weiterhin von der Möglichkeit aus, dass die Geschlechtsidentität objektiv durch Sachverständigengutachten ermittelbar ist. Nach § 4 Abs. 3 TSG darf das Gericht einem Antrag auf Geschlechtsänderung (oder aber Änderung des Vornamens) nur stattgeben, nachdem es die Gutachten von zwei Sachverständigen eingeholt hat, die auf Grund ihrer Ausbildung und ihrer beruflichen Erfahrung mit den besonderen Problemen des Transsexualismus ausreichend vertraut sind.¹⁹ Die Sachverständigen müssen unabhängig voneinander tätig werden; in ihren Gutachten haben sie auch dazu Stellung zu nehmen, ob sich nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft das Zugehörigkeitsempfinden des Antragstellers mit hoher

¹⁷ 1 BvR 16/72, NJW 1979,595.

¹⁸ So Nevinny/Stickel-Hammerstein, NJW 1967, 665; zitiert auch vom BVerfG, NJW 1979, 595 und BVerfGE 115, 1.

¹⁹ Spickhoff/Spickhoff, 4. Aufl. 2022, TSG § 4 Rn. 1: „Transsexualität ist bei alledem kein krankhafter Zustand. Insbesondere bezweckt § 4 III nicht, Betroffene über den Weg einer Begutachtung einer (aufgedrängten) ärztlichen Behandlung zuzuführen. Die Begutachtung darf sich demgemäß nur auf solche Aspekte beziehen, die für die sachliche Aufklärung der in § 1 I statuierten Voraussetzungen des Namens- und Personenstandswechsels relevant sind (BVerfG NJW 2018, 222). Die Anforderungen an die formale Qualifikation der Sachverständigen sind präziser formuliert und in der Tendenz höher als im Rahmen der Vorschriften über den Sachverständigenbeweis nach der ZPO. Es ist unstreitig, dass das Gericht – nicht anders als sonst – an die Gutachten und ihre Einschätzung nicht strikt gebunden ist. Vielmehr sind die Gutachten selbständig und kritisch im Sinne einer echten Auseinandersetzung zu würdigen. Weichen die Gutachten voneinander ab und will das Gericht zu Nachteil der antragstellenden Person entscheiden, ist eine mündliche Erläuterung angezeigt; sonst kann eine schriftliche Ergänzung eines oder beider Gutachten genügen.“

Wahrscheinlichkeit nicht mehr ändern wird. Diese Regelung, die zu Recht eine besondere Sorgfalt für die Entscheidungsfindung sicherzustellen versucht, ist auch verfassungsgemäß.²⁰

Der Begriff der „Geschlechtsidentität“ ist damit das Ergebnis eines psychologischen Findungsprozesses, der zu einem Ende gekommen ist und künftig Bestand haben wird. Wenn also das Bundesverfassungsgericht von „wissenschaftlich gesicherter Erkenntnis“²¹ spricht, meint es diese Überzeugungsbildung des Einzelnen, einem anderen Geschlecht zugehörig zu sein.

Kann man nun von diesen Überzeugungsbildungen einzelner Personen auf die objektive Existenz von weiteren Geschlechtern schlussfolgern? Die Antwort muss aus wissenschaftlich-empirischer Perspektive „Nein“ lauten.²²

Der Wissenschaftstheoretiker Karl Popper (1902–1994) hat eine solche Form der naturwissenschaftlichen „Beweisführung“ schon vor über 80 Jahren ad absurdum geführt. Wissenschaft setzt Objektivität voraus. Die Begriffe „objektiv“ und „subjektiv“ sind durch widerspruchsvollen Gebrauch und durch oft uferlose Diskussionen stark belastet. Ihre Unterscheidung ist dennoch für jede Naturwissenschaft grundlegend.²³ Die Objektivität wissenschaftlicher Sätze liegt darin begründet, dass sie intersubjektiv nachprüfbar sein müssen. Sie müssen bei sonst gleichen Bedingungen überall auf der Welt wiederholbar bzw. überprüfbar sein. In der Biologie existiert eine genetisch bedingte Variabilität, so dass reproduzierbare Daten im Rahmen eines zu definierenden Fehlers intersubjektiv bestätigt werden müssen. Subjektive Überzeugungserlebnisse können danach nicht die Wahrheit wissenschaftlicher Sätze begründen. Subjektive Überzeugungserlebnisse können ihrerseits Objekt der wissenschaftlichen Forschung selbst sein, namentlich der empirisch-psychologischen Forschung.²⁴ Diese klassische Popper'sche Wiederlegung des Subjektiven als Komponente objektiver Naturforschungen wurde verifiziert und bildet die Grundlage des naturalistischen Weltbildes der Physik, Chemie, Geologie und der Biomedizin.

Subjektive Empfindungen können danach nicht als Beleg für die Wahrheit naturwissenschaftlicher Sätze herangezogen werden.

Nach diesen wissenschaftstheoretischen Paradigmen kann auch die Intersexualität evidenzbasiert erfasst werden. Die Forschung kennt extrem seltene „Intersex-Zwischenformen“, die indes das beschriebene Naturgesetz nicht in Frage stellen, sondern - im Gegenteil - bestätigen. Auch bei ihnen lässt sich das Geschlecht eindeutig anhand der

²⁰ BVerfG NJW 2018, 222; OLG Hamm FamRZ 2017, 1185.

²¹ Vgl. nur BVerfG Beschl. v. 11.1.2011, 1 BvR 3295/07.

²² So auch Interview <https://www.emma.de/artikel/viele-geschlechter-das-ist-unfug-339689> zur These des Queer-Beauftragten der Bundesregierung, dass der Ansatz, es gebe nur zwei Geschlechter, unwissenschaftlich sei: „Das ist unwissenschaftlich!“

²³ Karl Raimund Popper, Logik der Forschung, Wien 1935, S. 16 f.

²⁴ Popper, a.a.O., S. 17.

Chromosomenstruktur zuordnen, wenn dies aufgrund fehlender primärer Geschlechtsmerkmale auf den ersten Blick nicht möglich erscheint²⁵: Das Y-Chromosom definiert den Mann, während XX- (oder XO)-Personen weiblich sind. In den meisten Fällen basiert die Intersexualität auf Chromosomen-Mutationen, d. h. Verlust oder Verdoppelung eines Geschlechtschromosoms, wie z.B. beim Turner-Syndrom XO (weiblich) oder dem Gegenstück, Klinefelter-Syndrom genannt (Karyotyp XXY, männlich). Die Behauptung aber, die evolvierte Natur hätte mit der Intersexualität ein „drittes Geschlecht“ hervorgebracht, ist daher unzutreffend.²⁶

Die vorerwähnt geschilderte Replikationsabweichung wird in der Biomedizin als „disorders“ beschrieben, somit nicht als Kategorie eines anderen Geschlechts. Der Begriff „Differences“ oder „Disorders of Sex Development“ (DSD) knüpft an die bei der Konsensuskonferenz 2005 in Chicago entwickelte Klassifikation an, mit der Diagnosen zusammengefasst werden, bei denen die Geschlechtschromosomen, das Genital oder die Gonaden inkongruent sind.²⁷

Die Bundesärztekammer versteht unter „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ angeborene Variationen der genetischen, hormonalen, gonadalen und genitalen Anlagen eines Menschen mit der Folge, dass das Geschlecht einer Person nicht mehr eindeutig den biologischen Kategorien ‚männlich‘ oder ‚weiblich‘ entspricht“.²⁸ Die Formulierung steht also dafür, dass in medizinisch- wissenschaftlicher Hinsicht für eine betroffene Person allein aufgrund körperlicher Gegebenheiten keine klare Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht getroffen werden kann.²⁹

V. Muss der Gesetzgeber naturwissenschaftliche Erkenntnisse akzeptieren oder darf er davon abweichen? (Evidenzbasierung gesetzgeberischer Maßnahmen)

Das ist eine weitere Grundfrage, die sich nicht nur bei diesem Gesetzentwurf stellt. Welche Freiheiten hat der deutsche Gesetzgeber bei seiner Arbeit? Darf er von naturwissenschaftlichen Erkenntnissen abweichen und ihnen andere, wissenschaftlich nicht verifizierte Postulate entgegensetzen? Die Antwort ist: Nein.

Der Gesetzgeber muss Naturgesetze und sonstige naturwissenschaftliche Erkenntnisse aus

²⁵ Vgl. dazu Märker, NZFam. 2017, 1 m.w.N.

²⁶ „The Dangerous Denial of Sex“ von Colin Wright, Evolutionsbiologe, Pennsylvania State University, und Emma Hilton, Entwicklungsbiologin, University of Manchester, abrufbar unter: <https://www.wsj.com/articles/the-dangerous-denial-of-sex-11581638089>.

²⁷ Vgl. hierzu Seite 5 der S 2k-Leitlinie 174/001 der Deutschen Gesellschaft für Urologie e.V., der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie e.V., der Deutschen Gesellschaft für Kinderendokrinologie und -diabetologie e.V. vom Juli 2016 zu Varianten der Geschlechtsentwicklung, abrufbar unter <https://www.awmf.org>.

²⁸ Vgl. Seite 2 der Stellungnahme der Bundesärztekammer v. 30.1.2015, abrufbar unter https://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/BAeK-Stn_DSD.pdf.

²⁹ Vgl. auch Deutscher Ethikrat, BT-Drs. 17/9088, 9 f.; zitiert nach BGH a.a.O.

Wissenschaft und Praxis anerkennen.³⁰ Er kann durch Gesetze keine Scheinrealitäten schaffen, um auf dieser Grundlage Gesetze zu konstruieren, die obendrein in Grundrechte eingreifen. Das ist an sich eine Selbstverständlichkeit, wird aber vom Bundesverfassungsgericht immer auch wieder hervorgehoben.³¹

Erst dann, wenn eine gerichtliche Kontrolle nach weitestmöglicher Aufklärung an die Grenzen des Erkenntnisstandes naturwissenschaftlicher Wissenschaft und Praxis stößt, können plausible Einschätzungen vorgenommen werden.³²

Entsprechend hat der Bundesgerichtshof erst noch vor kurzem entschieden, dass bei der Geburt eines Kindes durch einen „Trans-Mann“ im Geburtseintrag des Kindes und in den aus dem Geburtenregister erstellten Geburtsurkunden – sofern dort Angaben zu den Eltern aufzunehmen sind – die Gebärende als „Mutter“, nicht etwa als „Vater“ einzutragen ist. Obendrein ist sein früher geführter weiblicher Vorname einzutragen.³³

Das SBGG-E kann die naturwissenschaftliche Realität nicht ändern, obwohl mit dem Konzept der Gender Identity eine solche Scheinrealität suggeriert wird.³⁴ Im Übrigen geht der Entwurf des SBGG-E – verschämt und versteckt in Rückausnahmen – sehr wohl vom biologischen Geschlechterverständnis aus. Soweit der Gesetzgeber einen Geschlechtsbegriff einführt, der lediglich an die selbst empfundene Geschlechtsidentität (i.S.v. Genderidentität) anknüpft und Folgen in der gesamten Rechtsordnung an diesen anknüpft, handelt er insofern entgegen der Verpflichtung zur evidenzbasierten Gesetzgebung, als dass es diesbezüglich keine empirischen Untersuchungen und Folgeabschätzungen in Medizin, Psychologie und Sozialwissenschaft gibt.

³⁰ So auch Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 9. Februar 2010, Az. 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09), in deren Rahmen das Bundesverfassungsgericht entschied, dass bestimmte gesetzliche Kürzungen und Abschläge ohne hinreichende Tatsachengrundlage „ins Blaue hinein“ geschätzt waren, vgl. Steinbach, Armin, Rationale Gesetzgebung, in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZPR) 2020, S. 91, hier S. 92.

³¹ Vgl. BVerfG Urt. v. 6.12.2016, 1 BvR 2821/11, NJW 2017,2017, Rn. 275.

³² Vgl. dazu weitergehend Dolde, NWvZ 2019,1567; Vgl. auch AWMF, Positionen der AWMF zur Gesundheitspolitik nach der Bundestagswahl 2017, Evidenzbasierte Medizin - die Basis einer guten Gesundheitspolitik, 16. Juni 2017, abrufbar unter: https://www.awmf.org/fileadmin/user_upload/Stellungnahmen/Resolution_Forderungen/AWMF_Position_Gesundheitspolitik_lang_2017-06.pdf; Freia De Bock, Anke Spura, Evidenzbasierung: Theoriebildung und praktische Umsetzung in Prävention und Gesundheitsförderung, in: Bundesgesundheitsblatt 2021 (64), S. 511, online abrufbar unter <https://link.springer.com/article/10.1007%2Fs00103-021-03325-w>; Claudia Buch u. a., Verstehen – Entwickeln – Testen – Verbessern: Rahmenbedingungen für evidenzbasierte Politik, in: Wirtschaftsdienst 2019, S. 106, abrufbar unter <https://link.springer.com/article/10.1007/s10273-019-2403-2>.

³³ BGH NJW 2017,3379; ebenso BGH NJW 2022,1531.

³⁴ „Das Konzept der Gender Identity leugnet die menschliche Zweigeschlechtlichkeit, die sich in objektivierbaren körperlich-biologischen Tatsachen zeigt. Es geht davon aus, dass es eine Vielzahl von Geschlechtern gibt, die sich auf ‚Genderidentitäten‘ gründen. Es spezifiziert die Rollen sowie die Art und Weise, wie eine Person ihr ‚Gender-Empfinden‘ ausleben und zum Ausdruck bringen kann, zum Beispiel durch Kleidung, Aussehen, Körpermerkmale oder Verhaltensweisen. Im LGBTQIA*-Spektrum stehen inzwischen rund 70 Optionen empfundener Identitäten zur Option. Neben ‚non-binär‘, ‚agender‘, ‚genderfluid‘ usw. werden auch Paraphilien und Fetische als Ausdrucksform einer individuellen Genderidentität verstanden.“ Stellungnahme zum SBBG-E der Initiative „Geschlecht zählt“, abrufbar unter: <https://geschlecht-zaehlt.de/stellungnahme-zum-selbstbestimmungsgesetz-entwurf/>.

VI. Der verfassungsrechtlich angelegte Geschlechtsbegriff

Das Grundgesetz meint mit dem von ihm verwendeten Begriff „Geschlecht“ (Art. 3 Abs. 2 GG) das biologische Geschlecht im Sinne der ausgeführten biowissenschaftlichen Fakten. Art. 3 Abs. 2 GG formuliert: „Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.“ In Art. 3 Abs. 3 GG heißt es: „Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.“

Das Verständnis der Norm ergibt sich aus den Untersuchungen des Wortlauts, der Historie und der Systematik.

Der Wortlaut geht vom Begriff des Geschlechts aus, ohne diesen selbst weiter zu definieren. Die Sichtung der einschlägigen historischen Korpora³⁵ und Wörterbücher³⁶ aus dem Jahr 1949 ergeben ein binäres Geschlechtsverständnis, welches an den biologischen Voraussetzungen ansetzt. Der Begriff meint demnach ausschließlich (biologische) Männer und Frauen.

Auch die Auswertung der historischen Dokumente ergibt, dass der Verfassungsgeber mit dem Geschlechtsbegriff in Art. 3 GG Männer und Frauen meinte. Dies ergibt sich insbesondere aus den einschlägigen Dokumenten des Parlamentarischen Rats.³⁷ In diesem wurde über die Rechte der Frau im Verhältnis zum Mann diskutiert und in dem Kontext der Terminus des „Geschlechts“ verwendet. Gesetzgeberisches Anliegen war demnach die Heraushebung der Frauenrechte im Verhältnis zum Mann.³⁸

Die Betrachtung daran anknüpfender historischer Dokumente des Gesetzgebers verdeutlicht diese Zielsetzung³⁹. So heißt es in der Bundestagsdrucksache 12/6000 unter S. 50: „Ziel dieser Änderung ist es, dem bereits bestehenden Grundsatz des Grundgesetzes, Männer und Frauen sind gleichberechtigt, zur stärkeren Durchsetzung in der Lebenswirklichkeit zu verhelfen. Durch die Ergänzung des Artikels 3 Abs. 2 GG wird ein Staatsziel normiert, durch das die zuständigen staatlichen Organe angehalten werden, Maßnahmen zur Erreichung der tatsächlichen Gleichberechtigung zu ergreifen.“

Und weiter heißt es in der Bundestagsdrucksache 12/6000 unter S. 50: „Dabei geht es nicht

³⁵ Abfragen der DWDS-Korpora vom 2. Juni 2023.

³⁶ Siehe Duden, Rechtschreibung der deutschen Sprache und der Fremdwörter von 1949, S. 200.

³⁷ Häberle, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, S.66ff.; zur Entstehungsgeschichte siehe auch Okju, Das neue Verständnis des Gleichheitsgrundsatzes des Art. 3 Abs. 2 GG unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Europäischen Gerichtshofs, S. 30 ff.

³⁸ Wie zuletzt.

³⁹ Dazu Heun in Dreier, Grundgesetz, Art. 3 Rn.102.

nur darum, Rechtsnormen zu beseitigen, die Vor- oder Nachteile an die Geschlechtszugehörigkeit knüpfen, sondern darum, die Lebensverhältnisse von Männern und Frauen auch real anzugleichen.“

Auf Vorschlag der Gemeinsamen Verfassungskommission wurde Art. 3 Abs. 2 GG durch den Satz 2, „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“, ergänzt.⁴⁰

Diese zeitlich an die Schaffung des Art. 3 GG anknüpfenden gesetzgeberischen Dokumente belegen die Intentionen des parlamentarischen Rates. Der Begriff des Geschlechts wird vom Gesetzgeber genutzt, um (biologische) Männer und Frauen zu bezeichnen. Der Geschlechtsbegriff in Art. 3 Abs. 3 GG hat dasselbe gesetzgeberische Ziel wie Art. 3 Abs. 2 GG, welcher lediglich konkretisierend einen Gleichstellungsauftrag intendiert. Die historischen Dokumente bestätigen damit das Ergebnis der Auslegung nach dem Wortlaut. Die systematische Besonderheit des Art. 3 GG liegt in der engen Verbindung zwischen Abs. 2 und Abs. 3 der Norm. Beide Regelungsinhalte gewährleisten ein Diskriminierungsverbot und sind als einheitliches Regelungssystem zu verstehen.⁴¹ Der Geschlechtsbegriff in Art. 3 Abs. 3 GG knüpft unmittelbar an die in Abs. 2 zuvor getroffene Formulierung „Männer und Frauen“ an. Das in Abs. 2 zu Gunsten der Frauenrechte aufgenommene Gleichberechtigungsgebot nebst dem Gleichstellungsauftrag wird in Art. 3 Abs. 3 GG durch das Diskriminierungsverbot umschlossen.⁴² Für Bedeutungsunterschiede zwischen den beiden unmittelbar aufeinander bezogenen Absätzen bestehen nach der systematischen Betrachtung keine Anhaltspunkte.⁴³ Aus den systematischen Untersuchungen werden damit die Erkenntnisse aus Wortlaut und Historie bestätigt.

Zusammenfassend orientiert sich der Geschlechtsbegriff der Verfassung an den oben ausgeführten naturwissenschaftlichen Gegebenheiten. Ziel der Formulierungen in Art. 3 GG war insbesondere die Stärkung der Frauenrechte. Dabei meinte der Verfassungsgeber nach rechtsdogmatischer Prüfung allein biologische Frauen.

Das Grundgesetz selbst geht demnach von einem biologischen, binären Geschlechtsbegriff aus.⁴⁴ Zielrichtung der Regelung war insbesondere die Gleichberechtigung und Gleichstellung der Frau gegenüber dem Mann. Würde man den Begriff Geschlecht neu definieren wollen, nämlich im Sinne des Konzepts der Gender Identity, und ihm dadurch natürlich einen neuen Inhalt geben, wäre dafür ein verfassungsänderndes Gesetz

⁴⁰ Deutscher Bundestag, Drucksache 12/6000, S. 49ff.; vgl. auch Deutscher Bundestag, Drucksache 12/6633; 12/8165; 12/8399; 12/8423; siehe ferner die 5. öffentliche Anhörung vom 5. 11. 1992, Sten. Prot.

⁴¹ So h.M., Überblick bei Dreier, Grundgesetz, Art. 3 Rn. 105 und Kischel, GG Art. 3 Rn. 183.

⁴² Dreier, Grundgesetz, GG Art. 3 Rn. 127.

⁴³ A.A. Bundesverfassungsgerichts 1 BvR 2019/16; Baer/Markard, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG Art. 3 Rn. 447: „Das Grundrecht richtet sich insgesamt gegen ‚Sexismus‘, unabhängig von Absicht oder ‚Frauenfeindlichkeit‘.“; die dortigen Ausführungen fußen jedenfalls nicht auf tradierten Auslegungsmethoden und sind demnach als nicht rechtsdogmatisch validiert abzulehnen.

⁴⁴ BeckOK GG/Kischel, 56. Ed. 15.8.2023, GG Art. 3 Rn. 219a

erforderlich, Art. 79 Abs. 1 GG.⁴⁵ Denn die Anerkennung neuer Geschlechter gibt dem Begriff, wie er bislang im Grundgesetz und überhaupt in der ganzen Rechtsordnung Verwendung findet, einen gänzlich neuen Inhalt.

VII. Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht musste sich in verschiedenen Zusammenhängen gerade in den 1950er-Jahren immer wieder einmal mit der unterschiedlichen Behandlung von Männern und Frauen befassen. Es hat in diesen Entscheidungen keinen Zweifel daran gelassen, dass das Grundgesetz von der biologisch vorgegebenen Unterscheidung zwischen Mann und Frau ausgeht und deshalb in den jeweiligen Lebensverhältnissen unterschiedliche Regelungen zulässig bzw. sogar erforderlich sind.⁴⁶

Erst mit der so genannten Transsexuellenrechtsprechung wandelt sich die verfassungsgerichtliche Deutung des grundrechtlichen Geschlechtsbegriffs. Dies kulminiert letztlich in der Entscheidung des Verfassungsgerichts⁴⁷ zum so genannten dritten Geschlecht. In dieser Entscheidung löst sich das Gericht vom verfassungsrechtlich angelegten binären Geschlechtsbegriff hin zu einer Fokussierung des selbstbestimmten Geschlechts, welches folglich nicht aus Art. 3 Abs. 2 und 3 GG hergeleitet wird, sondern aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Gleichzeitig äußert sich das Bundesverfassungsgericht erstmalig in diesem Kontext zum neuen Geschlechtsverständnis in Art. 3 Abs. 3 GG.

Diese Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überzeugt nicht.⁴⁸

Das Bundesverfassungsgericht verstößt dabei gegen selbst aufgestellte rechtsmethodische Maximen. Zuletzt hatte sich in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Tendenz hin zur subjektiven Theorie⁴⁹ abgezeichnet. Das Bundesverfassungsgericht hat dabei zutreffend die herausragende Bedeutung der gesetzgeberischen Regelungsabsichten betont, über welche sich die Judikative, aufgrund der verfassungsrechtlich verankerten

⁴⁵ Wie zuletzt: „Zu Recht geht das BVerfG hingegen davon aus, dass die Verfassung flexibel auf neuartige Entwicklungen reagieren können muss. Dazu aber bedarf es tatsächlich neuartiger Sachverhalte. Dass hier dem Verfassungsgeber, kaum Menschen weiteren Geschlechts vor Augen gestanden haben dürften‘ (BVerfGE 147, 1 Rn. 61 = NJW 2017, 3643 Rn. 61) bedeutet nicht, dass es das dahinterstehende tatsächliche Phänomen nicht schon damals gegeben hätte und es nicht auch schon damals als rechtliches Problem erkannt worden wäre, wie das BVerfG mit seinem eigenen Verweis auf die Regelung des ALR zum Zwitter klarmacht (vgl. BVerfGE 147, 1 Rn. 3 = NJW 2017, 3643 Rn. 3). Der Verfassungsgeber hätte das Problem also regeln können, wollte es aber nicht. Dies im Wege einer ‚Modernisierung‘ zu ändern und eine abweichende Sicht der Probleme durchzusetzen, ist nicht Aufgabe der Verfassungsinterpretation, sondern wiederum einer Änderung der Verfassung durch die zuständigen politischen Organe.“

⁴⁶ BVerfG, Urt. v. 18.12.1953, E 3,225; BVerfG Urt. v. 25. 5. 1956; BVerfGE 5, 9.

⁴⁷ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16.

⁴⁸ BeckOK GG/Kischel, 56. Ed. 15.8.2023, GG Art. 3 Rn. 219, mit weiteren Nachweisen.

⁴⁹ Höpfner, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, S. 321.

Gewaltenteilung und der Gesetzesbindung des (Verfassungs-)Richters, in keinem Fall hinwegsetzen darf.⁵⁰ In der Entscheidung stellt das Bundesverfassungsgericht ausgewählte Stellungnahmen⁵¹ der rechtlichen Begründung und Argumentation voran. Nahezu sämtlichen Institutsmeinungen sind Elemente einer gesellschaftlich und wissenschaftlich umstrittenen Theorie von Gender resp. Gender Identity zu entnehmen.

Aus diesem Vorverständnis heraus formt das Bundesverfassungsgericht das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit 1 Abs. 1 GG gebildete allgemeine Persönlichkeitsrecht und den Geschlechtsbegriff in Art. 3 Abs. 3 GG um und entwickelt – in Weiterführung der Transsexuellenrechtsprechung – ein neues Verständnis des Geschlechtsbegriffs im Grundgesetz. Die bundesverfassungsgerichtliche Rhetorik sowie die verwendeten Argumentationsfiguren spiegeln das Werk führender Gendertheoretiker wider und machen die Einflüsse der Institutsansichten sichtbar.⁵²

Das Bundesverfassungsgericht meint den Geschlechtsbegriff aufgrund neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse zu aktualisieren, übergeht jedoch die Prüfung, ob nicht dem Geschlechtsbegriff eine über Unwissenheit des Verfassungsgebers hinausgehende Normativität zukommen sollte. Denn es handelt sich beim Geschlechtsbegriff im Grundgesetz keinesfalls um eine Worthülse, sondern um einen zentralen Aspekt des grundrechtlichen Menschenbildes. Eine Änderung dieses Menschenbildes steht nicht dem Bundesverfassungsgericht durch Auslegung zu, sondern könnte lediglich durch eine Grundrechtsänderung mit Zweidrittelmehrheit im Parlament vollzogen werden.

Das Gesetz erfährt seine Bedeutung demnach losgelöst vom Gesetzgeber in Abhängigkeit

⁵⁰ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 25. Januar 2011- 1 BvR 918/10 -.

⁵¹ Kritisch bezüglich der Auswahl Uwe Steinhoff, Das Bundesverfassungsgericht und die geschlechtliche Identität - Auf den Leim gegangen, in: Cicero vom 29. Oktober 2021: *„Die Haltlosigkeit des Urteils des BVerfG ist bedauerlich genug, aber ihrerseits Ausdruck sowohl tiefer liegender als auch allgemeinerer Probleme. Zum einen ist das BVerfG nicht gut beraten, wenn es Organisationen wie die Bundesärztekammer und die Deutsche Gesellschaft für Psychologie quasi als Quellen objektiven wissenschaftlichen Rats in Anspruch nimmt. Bei der ersten handelt es sich erklärtermaßen um einen Interessenverband, und derweil die zweite angeblich nur gemeinnützige Zwecke verfolgt, arbeitet sie mit den psychologischen Berufsverbänden zusammen. In jedem Falle werden einige Mitglieder beider Organisationen durchaus Interessen haben, welche mit jenen der Genderideologie übereinstimmen. ‚Therapien‘ für die seit Kurzem erschreckend steigende Zahl von Kindern und Jugendlichen, die sich von der Genderideologie animiert ‚im falschen Körper‘ wähnen (siehe Abigail Shriers Buch Irreversible Damage), sind eine gute Einnahmequelle; vor allem, wenn sie, wie die Genderideologie fordert, ‚affirmativ‘, das heißt, den Patienten in seinem Glauben bestärkend, verlaufen. Diese ‚Affirmation‘ führt den Patienten auf einen langen und letztlich in der Tat irreversiblen Weg, den der Therapeut und Arzt über Jahre lukrativ begleiten kann. Dies soll weder heißen, dass Hormongaben und operative Eingriffe an den Geschlechtsmerkmalen (die Rede von ‚Geschlechtsumwandlung‘ ist irreführend) immer und grundsätzlich falsch sind noch dass es nicht zahlreiche Ärzte und Psychologen gäbe, die der Genderideologie und der Forderung unkritischer Affirmation mit Skepsis oder offener Ablehnung gegenüberstehen. Nichtsdestoweniger wäre es blauäugig anzunehmen, dass es nicht auch jene gäbe, bei denen ideologische Ausrichtung und finanzielle Interessen unheilvoll konvergieren. Sich ihrer selbst unsichere Jugendliche, die ohne hormonelle und chirurgische Eingriffe besser dastehen würden, sind Leidtragende dieser Konstellation. Die Enthüllungen um die britische Tavistock ‚Genderklinik‘ bestätigen dieses Bild und dürften nur die Spitze des Eisbergs sein.“* Abrufbar unter <https://www.cicero.de/kultur/bundesverfassungsgericht-drittes-geschlecht-auf-den-leim-gegangen-ideologie-ethikrat-geschlechtsidentitaet-biologie-wissenschaft>.

⁵² Rixen, Geschlechtertheorie als Problem der Verfassungsauslegung, Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG v. 10. 10. 2017 – 1 BvR 2019/16 zur geschlechtlichen Diversität, JuristenZeitung (JZ) Jahrgang 73 (2018) / Heft 7, S. 317-327.

von gesellschaftlichen Strömungen. Die angewendete Auslegungsmethode verstößt daher nicht nur gegen die Gewaltenteilung, das Demokratieprinzip und die Gesetzesbindung, sondern verschleiert zudem die Grenzen zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung. Dass ein derartiges Auswechseln des Norminhalts allein durch die Judikative in Abhängigkeit von (gesellschaftlichen) Vorverständnissen Risiken birgt, haben Betrachtungen der Systemwechsel⁵³ und damit einhergehenden Wandel der Rechtsprechung in den letzten 100 Jahren in Deutschland gezeigt.

Die Anpassung des Grundgesetzes an einen vorherrschenden Zeitgeist ist zudem nicht ohne weitere Untersuchungen möglich, da die empirische Erfassung und Feststellung des allgemeinen, vorherrschenden Zeitgeistes, in Abgrenzung von einzelnen Strömungen, dezidierte Untersuchungen erfordert. Eine demoskopische Prüfung wird vom Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang nicht vorgenommen. So bleiben die vom Bundesverfassungsgericht eingeholten Stellungnahmen lediglich gesellschaftlicher Trend, ohne einen gesellschaftlichen Wandel zu belegen. Auch verschleiert das Gericht den konkreten, zu entscheidenden Fall, indem es intersexuelle Menschen zum Anlass nimmt, um den grundrechtlichen Geschlechtsbegriff im Sinne einer Theorie von Gender resp. Gender Identity neu zu interpretieren.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts überzeugt daher aus rechtsmethodischer Perspektive nicht, obgleich dem Ziel des Minderheitenschutzes, hier als normativer Inklusionsprozess zugunsten intersexueller Menschen ausgestaltet, rechtspolitisch zuzustimmen ist.

VII. Der unionale Geschlechtsbegriff

1. Richtlinien

Insbesondere die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 knüpft an den Geschlechtsbegriff an.

In den Erwägungsgründen zur Richtlinie wird ausgeführt, dass die „Gleichstellung von Männern und Frauen nach Artikel 2 und Artikel 3 Absatz 2 des Vertrags, sowie nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ein grundlegendes Prinzip“ darstelle⁵⁴. Der Begriff des Geschlechts wird hierbei ausschließlich mit Männern und Frauen konnotiert. Diese sind

⁵³ Siehe nur Rüthers, Ideologie und Recht im Systemwechsel.

⁵⁴ RL 2006/54/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, Erwägungsgrund (2).

danach vom Begriff des Geschlechts umfasst. Dabei wird allein auf das biologische Geschlecht abgestellt.⁵⁵

Es wird weiterhin ausgeführt: „Die Artikel 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verbieten ebenfalls jegliche Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und verankern das Recht auf Gleichbehandlung von Männern und Frauen in allen Bereichen, einschließlich Beschäftigung, Arbeit und Entgelt.“

Gemäß dieser Richtlinie 2006/54/EG bezweckte der unionale Gesetzgeber demnach die Gleichstellung der Geschlechter und meint damit die Gleichstellung von Männern und Frauen. Dies war schon von Anfang an ein zentrales Ziel der Europäischen Union. Insbesondere sollte die Ungleichbehandlung der Frau gegenüber dem Mann verhindert werden. Bestärkt wird diese Zielsetzung auch durch die Erwägungsgründe der älteren Richtlinie 2004/113/EG. Darin wird ausgeführt: „Die Gleichstellung von Männern und Frauen ist ein grundlegendes Prinzip der Europäischen Union. Nach Artikel 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist jegliche Diskriminierung wegen des Geschlechts verboten und muss die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen gewährleistet werden.“

Ausweislich dieser Formulierungen konnotiert der Begriff des Geschlechts in allen einschlägigen Richtlinien stets biologische „Männer und Frauen“, um deren Gleichberechtigung es geht.⁵⁶ Ziel des unionalen Gesetzgebers ist ausweislich dieser Erwägungen die Beseitigung von diskriminierenden Ungleichheiten zulasten von Frauen gegenüber Männern.

Auch soweit der EuGH sich vereinzelt mit transsexuellen Menschen beschäftigt hat, knüpft er in seinen Entscheidungen an die biologischen Voraussetzungen an. Denn die Gegebenheiten werden in Abhängigkeit eines umgesetzten operativen Geschlechtswechsels geprüft.⁵⁷ Ob eine Person beispielsweise demnach als „Trans-Frau“ Frauenrechte geltend machen kann, hängt von der laufenden oder bereits durchgeführten biologischen Geschlechtsumwandlung ab.⁵⁸

2. Art. 157 AEUV

Art. 157 AEUV stellt die maßgebende Norm zur Gleichbehandlung der Geschlechter im Erwerbsleben auf europarechtlicher Primärebene dar. Historisch stand im Unionsrecht, wie

⁵⁵ Vgl. Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, Rn. 13: „Art. 1 [der RL 2006/54/EG] verwendet nicht den Begriff des Geschlechts, sondern bezieht den Schutz auf Männer und Frauen. Dies kann man als Hinweis darauf verstehen, dass der Unionsgesetzgeber den Begriff Geschlecht jedenfalls im Ausgangspunkt auf das biologische („natürliche“) Geschlecht bezieht.“

⁵⁶ MHD B ArbR/Oetker § 16 Rn. 11; Preis ZESAR 2007, 308 [311]; Preis/Sagan/Grünberger/Husemann § 5 Rn. 69; Mohr in: Giesen/Junker/Rieble, Systembildung im europäischen Arbeitsrecht, 2016, 55 [74].

⁵⁷ Siehe nur EuGH, 26.06.2018 - C-451/16

⁵⁸ EuArbRK/Mohr, 4. Aufl. 2022, RL 2006/54/EG Art. 1 Rn. 15.

dargestellt, zunächst die Gleichbehandlung von Männern und Frauen bezüglich des Entgelts im Fokus. Durch den Vertrag von Amsterdam wurde dieser durch den Grundsatz der allgemeinen Gleichbehandlung auf das gesamte Erwerbsleben erweitert.⁵⁹ Auch Art. 157 AEUV geht vom biologischen Geschlechtsbegriff aus.⁶⁰ Untersagtes Anknüpfungskriterium ist also das Geschlecht i.S.d. biologischen Geschlechts.⁶¹

3. Grundrechtecharta

Maßgebend sind hier Art. 21 und Art. 23 GrCH, welche wiederum die verpönten Diskriminierungsmerkmale aus Art. 19 AEUV übernommen haben. Das Verbot von Diskriminierungen wegen des Geschlechts in Art. 21 GrCH wird für Arbeitsverhältnisse ergänzt durch das bereits thematisierte, unmittelbar anzuwendende Diskriminierungsverbot des Art. 157 AEUV sowie durch die auf der Grundlage von Art. 157 Abs. 3 AEUV erlassene, oben thematisierte Richtlinie 2006/54/EG. Nach Art. 21 GRCh sind Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung verboten. Die Gesetzesmaterialien zu Art. 21 GRCh gehen ebenfalls von einem biologischen Geschlechtsverständnis aus.⁶²

Der Begriff Geschlecht ist danach biologisch im Sinne einer Unterscheidung zwischen Mann und Frau zu verstehen.

VIII. Zwischenfazit

Die bestehende Gesamtrechtsordnung knüpft zunächst an den naturwissenschaftlich tradierten Geschlechtsbegriff an. Danach gibt es aufgrund der biologischen Voraussetzungen Männer und Frauen.

Das Verfassungs- und das Unionsrecht bemühen sich in den Regelungen, die an den Geschlechtsbegriff anknüpfen, um die Gleichberechtigung von Männern und Frauen. Die Regelungen sind insbesondere zur Stärkung der Rechte der Frau gegenüber dem Mann konzipiert. Dabei geht es nicht nur um den Diskriminierungsschutz, sondern auch um den

⁵⁹ Rust, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, Rn.60.

⁶⁰ So auch Hoffmann, Drittes Geschlecht, die „Gleichbehandlung von Männern und Frauen und das AGG“, JZ 10/21, S. 485.

⁶¹ Wie bereits ausgeführt hat der EuGH auch transsexuelle Menschen einbezogen, die sich einer Geschlechtsumwandlung von Mann zu Frau bzw. umgekehrt unterzogen haben, oder unterziehen möchten (EuGH 7.1.2004 – C-117/01 Rn. 34 – K. B., Slg. 2004, I-541 = EAS EG-Vertrag 1999 Art. 141 Nr. 5; ebenso zur RL 76/207/EWG 30.4.1996 – C-13/94 Rn. 20 – P, Slg. 1996, I-2143 = NJW 1996, 2421).

⁶² Amtsblatt der Europäischen Union C 303/17 - 14.12.2007.

Gleichstellungsauftrag. Die unionalen Regelungen haben ebenfalls die Förderung der gleichberechtigten Stellung der Frau im Berufsleben zum Inhalt.

Theorien von Gender resp. Gender Identity, welche die Bestimmung des Geschlechts allein von einem selbstbestimmten Sprechakt abhängig machen, negieren die naturwissenschaftlichen Erkenntnisse und entfernen sich von allgemein anerkannten wissenschaftlichen Grundsätzen wie dem Gebot der Falsifizierbarkeit. Objektiv bestimmbare Gegebenheiten werden durch subjektive Selbstauskunft ersetzt. Der grundrechtliche und unionale Geschlechtsbegriff wird dadurch inhaltlich verändert. Rechtsdogmatisch ist eine derartige Verfassungsänderung nur nach Art. 79 GG mit der erforderlichen Zweidrittelmehrheit im Bundestag möglich.

Soweit das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zum „dritten Geschlecht“ den verfassungsrechtlichen Geschlechtsbegriff an einen Zeitgeist anpasst, ist dies jedenfalls mit rechtsdogmatischen Grundsätzen nicht vereinbar.

Soweit nationale Regelungen vom unionalen Geschlechtsbegriff, welcher derzeit in jedem Fall von den biologischen Gegebenheiten ausgeht, neu definieren und damit gegebenenfalls vom unionalen Geschlechtsbegriff und den darauf basierenden Primär- und Sekundärrechten abweichen, ist fraglich, inwiefern der nationale Gesetzgeber die unionalen Richtlinien noch adäquat umsetzt.

IX. Der Entwurf des SBGG-E im Einzelnen

§ 1 SBGG-E

Ziel des Gesetzes, Anwendungsbereich

(1) Ziel dieses Gesetzes ist es,

1. die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung und die Vornamenswahl von der Einschätzung dritter Personen zu lösen und die Selbstbestimmung der betroffenen Person zu stärken,

2. das Recht jeder Person auf Achtung und respektvolle Behandlung in Bezug auf die Geschlechtsidentität zu verwirklichen.

(2) Medizinische Maßnahmen werden in diesem Gesetz nicht geregelt.

(3) Hat eine Person nach Artikel 7a Absatz 2 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch deutsches Recht gewählt, ist eine Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen nur zulässig, wenn sie als Ausländer

1. ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzt,

2. eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis besitzt und sich rechtmäßig im Inland aufhält oder

3. eine Blaue Karte EU besitzt.

§ 1 enthält Zielvorgaben und eine erste Bestimmung des Anwendungsbereichs. Danach soll mit dem Gesetz die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung und die Vornamenswahl von der Einschätzung dritter Personen „gelöst“ werden, die Selbstbestimmung der betroffenen Personen zu stärken und das Recht einer jeden Person auf Achtung und respektvolle Behandlung in Bezug auf die Geschlechtsidentität zu verwirklichen.

In der Gesetzesbegründung ist ausgeführt, dass dies der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entspräche, wonach Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG gebiete, den Personenstand des Menschen entsprechend seiner psychischen Konstitution und selbstempfundenen Geschlechtlichkeit zuzuordnen.

Diese Ausführungen sind unzutreffend, zumindest ungenau. In der genannten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts⁶³ ging es darum, dass ein biologischer Mann, der sich als Transfrau fühlte, mit einer Frau eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen wollte, obwohl zur damaligen Zeit keine Personenstandsänderung nach dem Transsexuellengesetz stattgefunden hatte, die nach damaligem Recht voraussetzt, dass der Transsexuelle fortpflanzungsunfähig ist und sich geschlechtsumwandelnden operativen Eingriffen unterzogen hatte. Das Standesamt und die ihm folgenden Instanzen haben das abgelehnt und darauf verwiesen, dass der Beschwerdeführer wenn er seine Partnerschaft mit einer Frau rechtlich schützen lassen will, ihm dafür das Institut der Ehe offenstände. Diese Rechtsauffassung hat das Bundesverfassungsgericht beanstandet.

„Mit dem Verweis auf den Eheschluss als Möglichkeit, seine Partnerschaft rechtlich abzusichern, wird ein Transsexueller mit so genannter ‚kleiner Lösung‘ und gleichgeschlechtlicher Orientierung rechtlich und nach außen erkennbar in eine Geschlechterrolle verwiesen, die seiner selbstempfundenen widerspricht. Zugleich wird seine Transsexualität offenkundig. Dies entspricht nicht dem Gebot des Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG auf Anerkennung der selbstempfundenen geschlechtlichen Identität eines Menschen und auf Schutz seiner Intimsphäre.“⁶⁴

Wiederum geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass die Geschlechtsidentität zwar einerseits „selbst empfunden“ ist, andererseits aber auch durch

⁶³ BVerfG NJW 2011,909.

⁶⁴ Wie zuletzt.

Sachverständigengutachten nach § 4 TSG objektivierbar ist. Demgegenüber wird diese Entscheidung dafür ins Feld geführt, wonach jede Person – geradezu nach Belieben – eine Geschlechtseintragung im Personenstandsregister bewirken kann, wohlgemerkt nur nach den jetzt bestehenden Möglichkeiten „männlich/weiblich/divers“. Andere behauptete, „gefühlte Geschlechter“, die auf der Theorie der Gender Identity beruhen (beispielsweise: androgyner Mensch, Androgyn, Bigender, Weiblich, Frau zu Mann, Gender variabel, Genderqueer, Intersexuell, Männlich, Mann zu Frau, Weder-noch, Geschlechtslos, Nicht-binär etc. vgl. Wikipedia: Nichtbinäre Geschlechter) könnten sich als solche nicht im Personenstandsregister eintragen lassen. Dass die Grundmaxime der Selbstbestimmung des Geschlechts nicht im Einklang mit den lediglich zur Auswahl stehenden drei Geschlechtskategorien steht, wird auch in der aktuellen Literatur⁶⁵ kritisiert.

Medizinische Maßnahmen regelt der Entwurf nicht. Wenn somit eine Transperson körperliche Veränderungen an sich vornehmen lassen will, gelten die allgemeinen Regeln. Der Entwurf verweist dabei auf die S3-Leitlinie der betroffenen Fachgesellschaften (Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit: Diagnostik, Beratung und Behandlung (AWMF-Register-Nummer 138/001)).

§ 2 SBGG-E

Erklärungen zum Geschlechtseintrag und zu den Vornamen

(1) Jede Person, deren Geschlechtsidentität von ihrem Geschlechtseintrag im Personenstandsregister abweicht, kann gegenüber dem Standesamt erklären, dass die Angabe zu ihrem Geschlecht in einem deutschen Personenstandseintrag geändert werden soll, indem sie durch eine andere der in § 22 Absatz 3 des Personenstandsgesetzes vorgesehenen Angaben ersetzt oder gestrichen wird. Liegt kein deutscher Personenstandseintrag vor, so kann die Person gegenüber dem Standesamt erklären, welche der in § 22 Absatz 3 des Personenstandsgesetzes vorgesehenen Angaben für sie maßgeblich ist oder dass auf die Angabe einer Geschlechtsbezeichnung verzichtet wird.

(2) Die Person hat mit ihrer Erklärung zu versichern, dass

1. der gewählte Geschlechtseintrag beziehungsweise die Streichung des Geschlechtseintrags ihrer Geschlechtsidentität am besten entspricht,

2. ihr die Tragweite der durch die Erklärung bewirkten Folgen bewusst ist.

(3) Mit der Erklärung nach Absatz 1 sind die Vornamen zu bestimmen, die die Person zukünftig führen will und die dem gewählten Geschlechtseintrag entsprechen.

(4) Gibt ein Ausländer die Erklärung nach § 2 in dem Zeitraum von zwei Monaten vor dem Eintritt eines Ereignisses, das zum Erlöschen des Aufenthaltstitels nach § 51

⁶⁵ Schinkels, Ad Legendum 3/2023 181, Zum Geschlechtsbegriff nach dem Referentenentwurf für ein Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG-E).

des Aufenthaltsgesetzes und zur Ausreisepflicht nach § 50 des Aufenthaltsgesetzes führt, bis zu dem Zeitpunkt des Erlöschens des Aufenthaltstitels nach § 51 des Aufenthaltsgesetzes ab, so bleiben die bisherige Geschlechtsangabe und die bisherigen Vornamen bestehen.

§ 2 ist die Zentralnorm des gesamten Gesetzes. Danach kann jeder, dessen „Geschlechtsidentität“ vom personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag abweicht, eine Eintragung im Personenstandsgesetz verlangen, wonach die einmal vorgesehenen Angaben entweder ersetzt oder gestrichen werden. Damit die juristische „Geschlechtsumwandlung“ stattfindet, ist allerdings neben der genannten Erklärung noch Folgendes erforderlich:

- die Erklärung, dass der gewählte Geschlechtseintrag beziehungsweise die Streichung des Geschlechtseintrags der gewählten Geschlechtsidentität (i.S.v. Genderidentität) am besten entspricht,
- die Erklärung, dass dem Antragsteller die Tragweite der durch die Erklärung bewirkten Folgen bewusst ist,
- die Eintragung in das Personenstandsregister.

Die Eintragung hat konstitutive Wirkung. Ohne Eintragung keine Änderung des Geschlechtseintrags. Das ist an sich inkonsequent. Wenn der entscheidende Umstand für die Änderung des Geschlechts die Verlautbarung der (neuen) Geschlechtsidentität (i.S.v. Genderidentität) ist, kann die Umschreibung im Personenstandsregister eigentlich nur berichtigende Funktion haben.

Der Inhalt der Erklärung und die Eigenversicherung (nicht: eidesstattliche Versicherung) sind vom Standesamt hinzunehmen und nicht zu überprüfen. Überprüfungsmöglichkeiten gäbe es ohnehin kaum. Es kann somit jeder eine derartige Erklärung abgeben.

Eine Identitätsfindung der betroffenen Person, was denn ihre Geschlechtsidentität sei, ist nicht erforderlich. Ferner geht das Gesetz davon aus, dass sich derartige Identitätsfindungen ad infinitum fortsetzen können und daher eine jährliche Änderung des einmal gewählten Geschlechts möglich ist. Bei beschränkt geschäftsfähigen Antragstellern kann sich diese Identitätsfindung nach dem Gesetzesentwurf – mit Zustimmung der personensorgeberechtigten Eltern – sogar täglich, mitunter auch stündlich, ändern.

Nicht möglich ist es, dass eine Person sich für zwei Geschlechter gleichzeitig eintragen lässt. Für Nichtdeutsche besteht allerdings die Möglichkeit, einen entsprechenden

Geschlechtseintrag vorzunehmen mit den entsprechenden Konsequenzen. Nach einem neu zu schaffenden §7a EGBGB soll die Geschlechtszugehörigkeit einer Person dem Recht des Staates unterliegen, dem die Person angehört. Eine solche Person soll allerdings die Möglichkeit haben, die Sachvorschriften desjenigen Staates zu wählen, in dem sie im Zeitpunkt der Änderung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Das führt zu „Doppelgeschlechtern“ bei Personen, deren Staat beispielsweise die Geschlechtsumwandlung verbietet (beispielsweise Russland und eine Vielzahl afrikanischer Staaten), die dann aber in Deutschland gleichwohl via SBGG-E ihr Geschlecht ändern.

Die Regelung über die Vornamen war im Referentenentwurf noch haltlos. Nunmehr ist zwingend vorgesehen, dass mit der Erklärung eine weitere Erklärung einhergehen muss, in welcher die neuen Vornamen zu bestimmen sind, die dem gewählten Geschlecht entsprechen. Dieses „Entsprechen“ bestimmt wiederum der jeweilige Antragsteller. Es gelten allerdings die üblichen Regeln bei der Vornamengebung Neugeborener.⁶⁶ Ein „Trans-Mann“ muss somit einen männlichen oder neutralen Vornamen wählen, eine „Trans-Frau“ einen weiblichen oder neutralen Namen.

Nach der Entwurfsbegründung soll diese Erklärung – anders als die Erklärung zum Geschlechterwechsel – konstituierend und der Eintrag im Personenstandsregister deklaratorisch sein. Der Antragsteller kann den neuen Namen also schon führen, bevor die Umwandlung im Personenstandsregister eingetragen ist. Unklar ist, ob das Standesamt die Eintragung des Geschlechtswandels mit der Behauptung verweigern darf, der gewählte Vorname entspräche nicht dem gewählten Geschlecht.

Eine Form für die Erklärung sieht der Entwurf nicht vor (anders bei der Anmeldung nach § 4). Das bedeutet, dass die Erklärung auch mündlich abgegeben werden kann.

§ 3 SBGG-E

Erklärungen von Minderjährigen und Personen mit Betreuer

(1) Eine beschränkt geschäftsfähige minderjährige Person, die das 14. Lebensjahr vollendet hat, kann die Erklärungen zur Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen (§ 2) nur selbst abgeben, bedarf hierzu jedoch der Zustimmung ihres gesetzlichen Vertreters. Stimmt der gesetzliche Vertreter nicht zu, so ersetzt das Familiengericht die Zustimmung, wenn die Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen dem Kindeswohl nicht widerspricht.

⁶⁶ Vgl. dazu v. Sachsen-Gessaphe, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., § 1618.

(2) Ist die minderjährige Person geschäftsunfähig oder hat sie das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet, kann nur der gesetzliche Vertreter die Erklärungen zur Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen (§ 2) für die Person abgeben. Ein Vormund bedarf hierzu der Genehmigung des Familiengerichts; das Familiengericht erteilt die Genehmigung, wenn die Erklärung unter Berücksichtigung der Rechte des Mündels aus § 1788 des Bürgerlichen Gesetzbuchs dem Wohl des Mündels nicht widerspricht.

(3) Für eine volljährige Person, für die in dieser Angelegenheit ein Betreuer bestellt und ein Einwilligungsvorbehalt nach § 1825 des Bürgerlichen Gesetzbuchs angeordnet ist, kann nur der Betreuer die Erklärungen zur Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen nach § 2 abgeben; er bedarf hierzu der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Entsprechendes gilt, wenn ein geschäftsunfähiger Volljähriger, für den in dieser Angelegenheit ein Betreuer bestellt ist, die Erklärung nicht selbst abgeben kann. Das Betreuungsgericht erteilt die Genehmigung, wenn die Erklärung einem nach § 1821 Absatz 2 bis 4 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beachtenden Wunsch oder dem mutmaßlichen Willen des Betreuten entspricht.

Zusammenfassend wird mit dieser Regelung erfasst, wer die Eintragung durch Erklärung vornehmen kann. Geregelt wird insbesondere das Erklärungsrecht der sorgeberechtigten Eltern bei Geschäftsunfähigkeit und Minderjährigen, sowie das Zustimmungserfordernis der Sorgeberechtigten bei 14 bis 17-Jährigen.

Soweit Unstimmigkeiten der genannten Berechtigten auftreten, entscheidet grundsätzlich das Familiengericht, welches sich im Einzelfall am Kindeswohl orientieren soll.

Die Vorschrift ist nicht nur inkohärent, sondern tangiert auch verfassungsrechtliche Grundsätze.

Wiederholt bemüht sich der Gesetzgeber, ihm obliegende Regelungsaufgaben – hier an die Judikative – auszulagern. Er begnügt sich mit der Formulierung einer Regelung, welche durch die beliebige Bestimmung des Geschlechts des geschäftsunfähigen Kindes durch die Eltern oder durch einen Minderjährigen ein signifikantes Missbrauchsrisiko schafft, und schiebt die Lösung der Problematik der Rechtsprechung zu. Dabei wird nicht berücksichtigt, dass der Begriff des „Kindeswohls“, an welchem sich der entscheidende Richter orientieren soll, ohnehin als offener Rechtsbegriff schwer greifbar ist.⁶⁷

Diese Gesetzssystematik zeigt nicht nur auf, dass der Gesetzgeber mit der Verfassung eines stimmigen Gesetzes im Falle des SBGG-E überfordert ist, sondern verletzt auch den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Parlamentsvorbehalts. Der Grundsatz verlangt, dass jedes staatliche Handeln, welches (wie im Falle des SBGG-E) in höchstpersönliche Rechtsgüter der Bürger eingreift, unmittelbar vom Parlament legitimiert sein muss.⁶⁸

Widersprüchlich ist auch, dass Ausgangslage des SBGG-E die Ablösung des TSG mitsamt

⁶⁷ Stern, StaatsR IV/1 520.

⁶⁸ BVerfGE 104, 151 (208) = NJW 2002, 1559; BVerfGE 121, 135 = NJW 2008, 2018.

des Erfordernisses eines Gutachtenverfahrens sein soll, das familienrechtliche Verfahren im Falle geschäftsunfähiger und minderjähriger Kinder, im Zweifel aber ein gerichtliches Gutachten vorsieht. Dieses umfangreiche Gerichtsverfahren mit Begutachtungen dürfte für Minderjährige eine erhebliche psychische Belastung darstellen.⁶⁹

Soweit hier in den Erklärungen die Bundesregierung beabsichtigt, die „Beratungsangebote auszubauen und zu stärken“, hat sich die Bundesregierung die Zielrichtung einer solchen Beratung ipso jure selbst vorgegeben. Denn durch die Schaffung des Gesetzes zum Schutz vor Konversionsbehandlungen⁷⁰ kann die Behandlung, die die Unterstützung zur Akzeptanz des biologisch gegebenen Geschlechts beabsichtigt, strafrechtliche Sanktionen nach sich ziehen. Die Beratung kann damit nicht am Kindeswohl orientiert sein, sondern muss sich an der Findung des vom Kind geäußerten Geschlechtswunsches orientieren. Die Behandlung ist damit einseitig und nicht ergebnisoffen.

Die gesetzliche Regelung, dass die sorgeberechtigten Eltern für Personen unter 14 Jahren und geschäftsunfähige Personen die Erklärung abgeben, dürfte ebenfalls verfassungswidrig sein.

Dabei genügt auch nicht eine Ausführung in der Erläuterung, dass die Eltern keinesfalls frei seien, einem Kind gegen dessen Willen einen anderen Geschlechtseintrag oder Vornamen aufzudrängen. Denn die Rechtswirkung ergeht aus dem Gesetz selbst, und in der Praxis ist nicht zu erwarten, dass der Standesbeamte, der sich an § 3 Abs. 2 SBGG-E orientiert, die einzelnen Entwurfserläuterungen sichtet.

Das staatlich eingeräumte Recht der Eltern, über das Geschlecht des Säuglings, des minderjährigen oder geschäftsunfähigen Kindes frei zu verfügen, widerspricht zudem dem staatlichen Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG.

Vor dem Hintergrund der Bindung des Elternrechts an das Wohl des Kindes und der sich hieraus ergebenden Grenzen des Elternrechts weist Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG dem Staat das Amt des Wächters über die Einhaltung dieser Grenzen zu.⁷¹ Für das Wächteramt ist das Kindeswohl Legitimation und Richtpunkt.⁷² Dem Kind steht ein Anspruch auf die staatliche Schutzpflicht beispielsweise zu, soweit ein Name verantwortungslos gewählt

⁶⁹ Dies gilt auch für die Möglichkeit der gerichtlichen Durchsetzung der Personenstandsänderung gegen den Willen der Eltern.

⁷⁰ Gesetz zum Schutz vor Konversionsbehandlungen vom 12. Juni 2020 (BGBl. I S. 1285).

⁷¹ BerlKomm GG/Burgi Art. 6 Abs. 2 und 3 Rn. 149 ff.

⁷² BVerfGE 24, 119 (144) = NJW 1968, 2233; BVerfGE 99, 145 (156) = NJW 1999, 631; v. Münch/Kunig/Heiderhoff Rn. 153.

wird.⁷³ Die staatliche Bereitstellung eines Gesetzes, welches die Möglichkeit eröffnet, dass die Eltern frei über den Geschlechtseintrag ihres minderjährigen Kindes entscheiden, verstößt damit gegen Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG.⁷⁴

Dem Staat obliegt nach Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG grundsätzlich, über die Orientierung der Eltern am Kindeswohl zu wachen.

Mit dem SBGG-E stellt er dem diametral eine gesetzliche Regelung gegenüber, die erhebliche Risiken für Kinder und Heranwachsende bedeutet.⁷⁵

§ 4 SBGG-E

Anmeldung beim Standesamt

Die Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen ist von der erklärenden Person drei Monate vor der Erklärung nach § 2 mündlich oder schriftlich bei dem Standesamt anzumelden, bei dem die Erklärung abgegeben werden soll. Die Anmeldung wird gegenstandslos, wenn die Erklärung nicht innerhalb von sechs Monaten nach der Anmeldung abgegeben wird.

Der Regierungsentwurf sieht eine Art „Vorverfahren“ vor. Die eigentliche Änderung des Geschlechtseintrags muss beim Standesamt „angemeldet“ werden. Erst drei Monate nach der Anmeldung kann die Änderungserklärung abgegeben werden.

Unklar im Entwurf bleibt, ob eine nach § 2 SBGG zu früh abgegebene Erklärung (beispielsweise gleichzeitig mit der „Anmeldung“) unwirksam ist. Geregelt ist nur der Fall, dass die Erklärung zu spät abgegeben wird. Nach Ablauf von sechs Monaten ist die Anmeldung gegenstandslos.

Der Zeitraum zwischen Anmeldung und Erklärung soll als Überlegungs- und Reflexionsfrist dienen und nicht ernsthaft gemeinte Erklärungen verhindern. Den Verfassern des Entwurfs ist damit bewusst, dass der beliebige und gänzlich voraussetzungslose Wechsel des Personenstandes den gerechtfertigten staatlichen Interessen nach objektiver und beständiger Zuordnung im Personenstand widerspricht. Dieses Interesse spiegelt auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (Beschluss

⁷³ BVerfGE 104, 373 (385 f.) = NJW 2002, 1256; BVerfGK 2, 258 (260) = NJW 2004, 1586; BVerfGK 6, 316 (319 f.) = NJW 2006, 1414.

⁷⁴ Auch die weitere Erklärung in der Gesetzesbegründung ändert daran nichts. Denn es ist undenkbar, dass ein Säugling sich gegen die Geschlechtszuweisung durch die Eltern zur Wehr setzt.

⁷⁵ Darüber hinaus ist die gesetzliche Option für Minderjährige, den gewünschten Geschlechtseintrag gegen den Willen der Eltern durchzusetzen, ein erheblicher Eingriff in die Freiheit der elterlichen Erziehung aus Art. 6 Abs. 2 GG. Grundsätzlich stehen danach das elterliche Erziehungsrecht und die damit verbundene Konkretisierung des Kindeswohls den Eltern zu und sind staatlichen Einmischungen entzogen, siehe auch BeckOK GG/Uhle, 55. Ed. 15.5.2023, GG Art. 6 Rn. 57.

des Ersten Senats vom 11. Januar 2011, 1 BvR 3295/07) wider:

*„Der Gesetzgeber kann bei der Bestimmung der Geschlechtszugehörigkeit eines Menschen grundsätzlich von dessen äußeren Geschlechtsmerkmalen zum Zeitpunkt der Geburt ausgehen und die personenstandsrechtliche Anerkennung des im Widerspruch dazu stehenden empfundenen Geschlechts eines Menschen von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen. Da das Geschlecht maßgeblich für die Zuweisung von Rechten und Pflichten sein kann und von ihm familiäre Zuordnungen abhängig sind, ist es ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers, dem Personenstand **Dauerhaftigkeit und Eindeutigkeit** zu verleihen, ein Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit möglichst zu vermeiden und einer Änderung des Personenstands nur stattzugeben, wenn dafür tragfähige Gründe vorliegen und ansonsten verfassungsrechtlich verbürgte Rechte unzureichend gewahrt würden. Dabei kann er, 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.“⁷⁶*

Das staatliche Interesse an dieser Feststellung besteht insbesondere aufgrund der Anknüpfung des Personenstands an verschiedene weitere persönliche und gesellschaftliche Rechtsfolgen. Dies ergibt sich aus § 1 Abs. 1 PStG:

„Personenstand im Sinne dieses Gesetzes ist die sich aus den Merkmalen des Familienrechts ergebende Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung einschließlich ihres Namens. Der Personenstand umfasst Daten über Geburt, Eheschließung, Begründung einer Lebenspartnerschaft und Tod sowie damit in Verbindung stehende familien- und namensrechtliche Tatsachen.“⁷⁷

Die vorgesehene dreimonatige Wartefrist vermag die genannte Beständigkeit als verfassungsrechtliche Voraussetzung⁷⁸ nicht zu erfüllen. Das Abwarten einer Frist von drei Monaten ist kein geeignetes Mittel, um das berechtigte staatliche Interesse an Beständigkeit und Dauerhaftigkeit der personenstandsrechtlichen Tatsache (§ 1 PStG) zu gewährleisten. Eine derartige Frist entspricht im Übrigen vielmehr der Dauer eines üblichen behördlichen Vorgangs und weist daher keine Besonderheiten auf.

⁷⁶ Beschluss des Ersten Senats vom 11. Januar 2011 - 1 BvR 3295/07 -, Rn. 66.

⁷⁷ Auffallend ist dabei auch die Verwendung des Begriffs „Tatsachen“, was an die obigen Ausführungen zum biologischen Geschlechtsbegriff anknüpft.

⁷⁸ Wie zuletzt.

Darüber hinaus ist nicht nachvollziehbar, weshalb diese § 45b PStG ablösende Regelung auch für intersexuelle Menschen gelten soll. Die dreimonatige Wartefrist für eine Person mit Varianten der Geschlechtsentwicklung ist eine Verschlechterung im Verhältnis zur bisher geltenden Rechtslage und dürfte angesichts der Grundrechte intersexueller Menschen kaum dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit⁷⁹ entsprechen.

Auch die im Regierungsentwurf nunmehr vorgenommene Erweiterung, welche eine dreimonatige Anmeldefrist vorsieht, ist nicht geeignet, die thematisierten verfassungsrechtlichen Bedenken zu beheben. Die im Transsexuellengesetz und vom Verfassungsgericht vorgesehene Anforderung an die Objektivierbarkeit der Personenstandseintragung wird durch die Einräumung von derartigen Monatsfristen als Bedenkzeit nicht erfüllt.

§ 5 SBGG-E

Sperrfrist; Vornamenbestimmung bei Rückänderung

(1) Vor Ablauf eines Jahres nach der Erklärung der Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen kann die Person keine erneute Erklärung nach § 2 abgeben. Dies gilt nicht in den Fällen des § 3.

(2) Bewirkt eine Person mit der Erklärung des Geschlechtseintrags die Änderung zu einem früheren Geschlechtseintrag, so ändern sich ihre Vornamen entsprechend.

Durch die Einjahresfrist zur erneuten Änderung des Geschlechtseintrags und des Vornamens ist die bereits zu § 4 angesprochene Kontinuität und Beständigkeit der personenstandsrechtlichen Tatsachen (§ 1 PStG) intendiert. Dass dies nicht adäquat gelingt, wurde bereits ausgeführt. Insbesondere hindert die Frist auch nicht vor einem Missbrauch der Vorschrift, um beispielsweise Schutzräume, die für einen anderen Geschlechtseintrag gelten, in Anspruch zu nehmen.

Die Verfasser des Entwurfs betonen, es sollen Mehrfachänderungen in kurzer zeitlicher Abfolge als „Übereilungsschutz“ vermieden werden. Für weitere Voraussetzungen bestünde keine Notwendigkeit. Insbesondere gäbe es keine bekannten Fälle des Missbrauchs der Änderung des Geschlechtseintrags in Ländern, die ein mit dem SBGG-E vergleichbares Gesetz eingeführt hatten.

Zunächst ist unzutreffend, dass es keine bekannten Missbrauchsfälle unter Nutzung der

⁷⁹ Dazu allgemein Sachs, 9. Aufl. 2021, GG Art. 20 Rn. 149.

voraussetzungslosen Personenstandsänderung gibt.⁸⁰

Im Weiteren wurde bereits ausgeführt, dass eine Jahresfrist keinesfalls geeignet ist, die staatlichen Pflichten gegenüber schutzbedürftigen Personengruppen zu sichern.

Dabei ist insbesondere der sich aus Art. 3 Abs. 2 GG ergebende Gleichstellungsauftrag verfassungswidrig tangiert. Denn dieser findet nur Anwendung, soweit ein bestehendes Ungleichgewicht zwischen Männern und Frauen exakt nachgewiesen werden kann.⁸¹ Ein derartiger Nachweis ist beim hürdenlosen Geschlechtswechsel – zulasten von biologischen Frauen im Sinne des Artikels 3 Abs. 2 Grundgesetz – nicht mehr möglich, wird respektive verfälscht. Daran ändert auch die vorgesehene Jahresfrist nichts.

§ 6 SBGG-E

Wirkungen der Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen

(1) Der jeweils aktuelle Geschlechtseintrag und die jeweils aktuellen Vornamen sind im Rechtsverkehr maßgeblich, soweit auf die personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung oder die Vornamen Bezug genommen wird und durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist.

(2) Betreffend den Zugang zu Einrichtungen und Räumen sowie die Teilnahme an Veranstaltungen bleiben die Vertragsfreiheit und das Hausrecht des jeweiligen Eigentümers oder Besitzers sowie das Recht juristischer Personen, ihre Angelegenheiten durch Satzung zu regeln, unberührt.

(3) Die Bewertung sportlicher Leistungen kann unabhängig von dem aktuellen Geschlechtseintrag geregelt werden.

(4) Auf den aktuellen Geschlechtseintrag kommt es bei allen gesundheitsbezogenen Maßnahmen oder Leistungen nicht an, sofern diese im Zusammenhang mit körperlichen, insbesondere organischen Gegebenheiten stehen.

Die Vorschrift regelt die Rechtsfolge des Geschlechterwechsels und sie ist ein stilles Eingeständnis, dass die Realität des natürlichen binären Geschlechtssystems Vorrang vor einer wissenschaftlich nicht klar belegten Geschlechtervielfalt hat.

Eingeführt werden in Absatz 1 eine Grundregel sowie in den Absätzen 2 – 4 drei Ausnahmen. Maßgeblich für den Personenstand ist der jeweils aktuelle Geschlechtseintrag im Personenstandsregister. Der Rechtsverkehr muss außerdem den jeweils aktuellen Vornamen der betroffenen Person beachten. Eine spezielle zusätzliche Ausnahmeregelung enthält § 9, wonach wehrpflichtige Männer sich ihrer Verpflichtung zum Wehrdienst im Spannungs- und Verteidigungsfall nicht entziehen können, indem sie kurzerhand das Geschlecht wechseln.

⁸⁰ Siehe beispielsweise die Personen Isla Bryson und Tiffany Scott in Schottland, hier war das sogenannte „Gender Recognition Reform Bill“ geplant.

⁸¹ BeckOK GG/Kischel, 55. Ed. 15.5.2023, GG Art. 3 Rn. 187: „Auch für die typische Betroffenheit von Frauen oder Männern ist ein genauer Nachweis anstelle von vagen Vermutungen notwendig.“

Bereits die erste Ausnahme nach § 6 Abs. 2 kann zu weitreichenden Einschränkungen der Geschlechtsanerkennung führen. Danach ist das Hausrecht des Eigentümers oder Besitzers maßgebend, wenn es um den „Zugang zu Einrichtungen, Räumen und Teilnahme an Veranstaltungen“ geht. Die Gesetzesbegründung verweist verschämt auf das EU-Recht und das AGG, ohne zu erwähnen, dass die EU-Vorschriften, wie unter VII. dargelegt, von einem binären Geschlechtersystem ausgehen. Damit räumen die Verfasser des SBGG selbst ein, dass das Gesetz mit unionsrechtlichen Vorschriften nur schwer vereinbar sein wird. Soweit es um den „Zugang“ geht, den der Inhaber des Hausrechts selbst bestimmen kann, verweist der Entwurf lediglich auf geschlechtsspezifische Toiletten, Umkleieräume, Saunen, Frauenhäuser und Frauenparkplätze. Nach dem Wortlaut der Vorschrift greift die Ausnahmeregelung aber viel weiter. Sie gilt auch für den Hausrechtsinhaber sonstiger Einrichtungen und Veranstaltungen, beispielsweise den Männerstammtisch oder die Jagdgesellschaft, zu der keine Frauen zugehörig sind, ebenso wie die Damensitzungen im Kölner Karneval, die die Trans-Frauen ausschließen können.

Nach § 6 Abs. 3 soll eine „Bewertung sportlicher Leistungen“ abweichend vom Personenstandsgeschlecht möglich sein. Die Gesetzesbegründung nimmt Bezug auf den Schulsport und Sporttests sowie auf Eignungsprüfungen in den Polizeidienst. Sonstige Bereiche, in denen die sportliche Leistung von herausragender Bedeutung ist, werden gar nicht erst erwähnt, insbesondere der Profisport.⁸² Folgt man der umstrittenen Vorstellung, wonach ein biologisches Geschlecht überhaupt nicht existent sei, sondern dieses soziologisch und aufgrund einer Überzeugungsbildung erworben wird, wäre an sich nur eine Entscheidung konsequent: Jeder Mann darf am Männersport teilhaben, so wie jede Frau an allen Frauensportarten teilhaben darf. Demgegenüber streitet die Praxis seit vielen Jahren insbesondere über die Frage, ob und inwieweit Trans-Frauen unbesehen an sportlichen Frauenwettbewerben teilnehmen dürfen. So war bereits im Schwimmbereich vom Weltschwimmverband Fina festgelegt worden, dass Transmenschen nur an Frauenschwimmwettbewerben teilnehmen können, wenn sie ihre Geschlechtsanpassung bis zum Alter von zwölf Jahren abgeschlossen haben.⁸³

Von Bedeutung werden kann in diesem Zusammenhang die jüngste Entscheidung des EGMR. Dieser hatte eine Diskriminierung der südafrikanischen Olympiasiegerin Caster Semenya deshalb festgestellt, weil diese sich weigerte, den vom Weltsportverband

⁸² Vgl. dazu Jakob, Das Geschlecht als sportliche Zugangsregelung, SpuRt 2018, 143; Pfister, Das „dritte Geschlecht“ im Sport, SpuRt 2018, 1.

⁸³ Welche Blüten der Geschlechterwechsel gerade im Schwimmsport hat, kann man am US-amerikanischen Hochschulschwimmsport beobachten. Lia Thomas, die als Mann auf die Welt kam, und im männlichen Schwimmsport chancenlos war, wechselte das Geschlecht und ist seither in aller Munde. Regelmäßig deklassiert sie ihre Konkurrentinnen auf den längeren Distanzen und wenn überhaupt, kann sie nur von einer „Trans-Frau“ geschlagen werden, im vorliegenden Fall über 100 m von Trans-Frau Iszac Henig.

eingeführten Testosteron-Grenzwert einzuhalten und deshalb in ihrer Parade-Disziplin (800 m Lauf) nicht mehr an den Start ging. Gleich mehrere Verstöße gegen die Konvention soll dies zur Folge haben (Art. 8, 13 und 14 EMRK).⁸⁴

§ 6 Abs. 4 gesteht wiederum ein, dass es bei der medizinischen Versorgung selbstverständlich auf das biologische Geschlecht ankommt. So kann auch zukünftig das Mutterschaftsgeld nach § 24i SGB V nur an „weibliche“ Versicherte gezahlt werden, nicht an transgeschlechtliche Frauen.

§ 7 SBGG-E

Quotenregelungen

(1) Wenn für die Besetzung von Gremien oder Organen durch Gesetz eine Mindestanzahl oder ein Mindestanteil an Mitgliedern weiblichen und männlichen Geschlechts vorgesehen ist, so ist das im Personenstandsregister eingetragene Geschlecht der Mitglieder zum Zeitpunkt der Besetzung maßgeblich.

(2) Eine nach der Besetzung erfolgte Änderung des Geschlechtseintrags eines Mitglieds im Personenstandsregister ist bei der nächsten Besetzung eines Mitglieds zu berücksichtigen. Reicht dabei die Anzahl der neu zu besetzenden Sitze nicht aus, um die gesetzlich vorgesehene Mindestanzahl oder den gesetzlich vorgesehenen Mindestanteil an Mitgliedern zu erreichen, so sind diese Sitze nur mit Personen des unterrepräsentierten Geschlechts zu besetzen, um dessen Anteil sukzessive zu steigern.

(3) Die Absätze 1 und 2 sind nur anzuwenden, wenn nichts anderes geregelt ist.

Abs. 1 und 3 sind eigentlich überflüssige Normen. Denn schon aus § 6 Abs. 1 ergibt sich der Grundsatz, dass das Personenstandsgeschlecht maßgeblich im Rechtsverkehr sein soll. Die Gesetzesbegründung hebt „Rechtsklarheit und Rechtssicherheit“ hervor. Das gilt natürlich auch bei der Besetzung von Gremien und Organen. Und dass die Vorschrift wiederum subsidiär ist (Abs. 3), ergibt sich ebenfalls schon aus § 6 Abs. 1. In der Gesetzesbegründung ist zusätzlich ausgeführt, dass die Quotenregelung bei „Divers-Personen“ nicht im SBGG zu regeln sei, sondern anderweitig.

Nicht erfasst von § 7 SBGG sein sollen die Ämter von Gleichstellungsbeauftragten und ihren Stellvertreterinnen nach §§ 19 Abs. 4 Satz 2 Abs. 5 und 20 Abs. 3 Satz 4 BGleig. Hier gälte § 6 Abs. 1. Zur Gleichstellungsbeauftragten bzw. zur Vertrauensfrau können nur weibliche Beschäftigte gewählt werden, allerdings auch „Trans-Frauen“, also biologische Männer. Wählt eine Person mit weiblichem Geschlechtseintrag nach ihrer Wahl ein anderes

⁸⁴ EGMR Entsch. v. 11.7.2023, application no. 10934/21, ECHR 219 (2023).

Geschlecht, scheidet sie automatisch aus diesem Amt.

Ändert sich in einem Gremium oder Organ durch Änderung der Geschlechtswahl die Besetzungsquote, bleibt diese erst einmal unverändert. Die neue Situation ist erst bei der nächsten Besetzung zu berücksichtigen, und zwar so, dass sodann das unterrepräsentierte Geschlecht so lange alle Sitze erhält, bis eine gesetzlich vorgeschriebene Mindestanzahl erreicht ist.

§ 8 SBGG-E

Anwendbarkeit von Rechtsvorschriften

(1) Gesetze und Verordnungen, die Regelungen zu Schwangerschaft, Gebärfähigkeit, künstlicher Befruchtung sowie zu Entnahme oder Übertragung von Eizellen oder Embryonen treffen, gelten unabhängig von dem im Personenstandsregister eingetragenen Geschlecht der jeweiligen Person,

- 1. die schwanger oder gebärfähig ist,**
- 2. die schwanger oder gebärfähig werden will,**
- 3. die ein Kind geboren hat oder stillt oder**
- 4. bei der eine künstliche Befruchtung durchgeführt wird oder der Eizellen oder Embryonen entnommen oder übertragen werden.**

Gleiches gilt für Gesetze und Verordnungen, die Regelungen im Kontext von Schwangerschaft, Geburt, Wochenbett und Stillen treffen.

(2) Gesetze und Verordnungen, die an die Entnahme oder Übertragung von Samenzellen oder die Verwendung von Samenzellen zur künstlichen Befruchtung, an die Stellung als leiblicher Vater oder daran anknüpfen, dass ein Mann der Mutter eines Kindes während dessen Empfängniszeit beigewohnt hat, gelten unabhängig von dem im Personenstandsregister eingetragenen Geschlecht der jeweiligen Person,

- 1. die zeugungsfähig war oder ist,**
- 2. die ein Kind gezeugt hat oder hätten zeugen können, oder**
- 3. die Samenzellen spenden will, gespendet hat oder der Samenzellen entnommen werden.**

Die Vorschrift enthält weitere Ausnahmen vom Grundsatz, wonach das Personenstandsgeschlecht im Rechtsverkehr zu beachten ist (§ 6 Abs. 1). Abs. 1 enthält die Ausnahmen für weibliche Personen, Abs. 2 diejenigen für männliche Personen.

Bei Frauen gelten die Ausnahmen für die Bereiche der

- Schwangerschaft,
- Gebärfähigkeit,
- künstlichen Befruchtung,
- Entnahme von Übertragungen von Eizellen oder Embryonen.

Ein „Trans-Mann“ (also eine biologische Frau), der schwanger ist oder werden will oder ein Kind geboren hat oder stillt, wird dann doch wiederum wie die Mutter (also wie eine Frau) behandelt, soweit es um Fragen des Mutterschutzes geht. Die Begründung des Regierungsentwurfs nennt weiter die §§ 218 ff. StGB, das Strahlenschutzgesetz, das Entgelttransparenzgesetz, das Embryonenschutzgesetz, das Transplantationsgesetz und das Stammzellengesetz.

Von der Ausnahmeregelung eindeutig nicht erfasst ist § 183 StGB. Nach dieser Vorschrift wird ein Mann bestraft, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt. Das Belästigen durch Frauen ist straflos. Wenn nun aber der Trans-Mann (also eine biologische Frau) exhibitionistische Handlungen begeht, muss sie damit rechnen, dass ein staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet wird.

Nach Abs. 2 gilt das Personenstandsgeschlecht nicht, wenn es um die Entnahme oder Übertragung von Samenzellen oder die Verwendung von Samenzellen zur künstlichen Befruchtung geht. Ebenso wenig gilt das Personenstandsgeschlecht, wenn es um die Stellung des leiblichen Vaters oder des Mannes geht, der der Kindesmutter während deren Empfängniszeit beigewohnt hat. In erster Linie nennt der Regierungsentwurf dabei Vorschriften des Familienrechts, die betroffen sein könnten (§ 1597a Absatz 5, § 1600 Absatz 1 Nummer 2, § 1600d Absatz 2 Satz 1, § 1686a Absatz 1 und § 1747 Absatz 1 Satz 2 BGB).

§ 9 SBBG-E

Zuordnung zum männlichen Geschlecht im Spannungs- und Verteidigungsfall

Die rechtliche Zuordnung einer Person zum männlichen Geschlecht bleibt, soweit es den Dienst mit der Waffe auf Grundlage des Artikels 12a des Grundgesetzes und hierauf beruhender Gesetze betrifft, für die Dauer des Spannungs- oder Verteidigungsfalls nach Artikel 80a des Grundgesetzes bestehen, wenn in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit diesem die Änderung des Geschlechtseintrags von „männlich“ zu „weiblich“ oder „divers“ oder die Streichung der Angabe zum Geschlecht erklärt wird. Der zeitliche Zusammenhang ist unmittelbar ab einem Zeitpunkt von zwei Monaten vor Feststellung des Spannungs- oder Verteidigungsfalls sowie während desselben gegeben.

Die Vorschrift ist rechtstechnisch völlig verunglückt. Art. 12a GG regelt zusammen mit dem Wehrpflichtgesetz, dass Männer vom vollendeten achtzehnten Lebensjahr zum Dienst in den Streitkräften, in der Bundespolizei oder in einem Zivilschutzverband verpflichtet werden können. Frauen können unter Umständen vom vollendeten achtzehnten bis zum vollendeten fünfundfünfzigsten Lebensjahr zu derartigen Dienstleistungen herangezogen werden, aber auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden, Art. 12a Abs. 4 GG.

Nach Auffassung der Entwurfsverfasser soll diese verfassungsrechtliche Vorgabe bestehen bleiben, wobei ausschließlich Männer betroffen sind, die in ein anderes Geschlecht wechseln wollen. Trans-Männer sind nach dem Wortlaut nicht erfasst. Der Trans-Mann (eine biologische Frau im Sinne des Grundgesetzes) kann somit zum Dienst an der Waffe herangezogen werden. Sie könnte den Dienst nicht mit dem Hinweis auf ihr tatsächliches Geschlecht verweigern.

Voraussetzung für die Rechtsfolge des § 9 SBGG ist, dass der Bundestag den sog. Spannungsfall nach Art. 80a Absatz 1 GG festgestellt hat. Nach Auffassung der Entwurfsverfasser soll schon die Anberaumung einer Beschlussfassung ausreichend sein. Gleiches soll gelten, wenn der Bundestag gemäß Art. 115a Absatz 1 GG beziehungsweise der Gemeinsame Ausschuss gemäß Art. 115a Absatz 2 GG eine Beschlussfassung über die Feststellung des Verteidigungsfalls anberaumt hat. Diese zeitliche Vorverlegung durch die „Anberaumung einer Beschlussfassung“ findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze.

Gesetzlich definiert ist sodann der „unmittelbare zeitliche Zusammenhang“. Dieser soll dann gegeben sein, wenn zwischen Feststellung des Spannungs- und Verteidigungsfall und Abgabe der „Erklärung“ nach § 2 SBGG-E ein Zeitraum von zwei Monaten oder weniger liegt. Auf die Anmeldung nach § 4 SBGG-E soll es also nicht ankommen. Wer in friedlichen Zeiten seinen neuen Geschlechtseintrag angemeldet hat (Frist zur Abgabe der Erklärung: 3 Monate), ist an der Geschlechtsänderung gehindert, wenn nach Ablauf von 5 Wochen der Verteidigungsfall festgestellt wird.

Dass mit dieser Vorschrift einer jeden Willkür „Tür und Tor“ geöffnet ist, liegt auf der Hand. So kann die Erklärung nach § 2 SBGG-E auch mündlich (also beispielsweise fernmündlich) abgegeben werden (siehe dazu unter § 2 SBGG-E). Es ist leicht vorstellbar, dass im tatsächlichen Spannungsfall die Verwaltungsgerichte mit einstweiligen Verfügungsverfahren überhäuft werden, in denen die Antragsteller behaupten werden, sie

hätten längst eine mündliche Anmeldung zur Geschlechtsänderung und eine mündliche (nämlich telefonische) Erklärung nach § 2 SBGG-E abgegeben. Hinzu kommt, dass derartige Situationen, die zur Feststellung eines Spannungsfalles führen, sich nicht von heute auf morgen ergeben. Findige und wehrunwillige Männer könnten daher auf den Gedanken kommen, Erklärungen nach § 2 SBGG-E „auf Vorrat“ abzugeben, beispielsweise als unvollständige Erklärungen, indem sie die Angabe eines neuen Vornamens oder die Eigenversicherung weglassen. Diese Erklärung können sie dann jederzeit wieder zurücknehmen, und sollte der Spannungsfall eintreten, müssen sie ihre „Vorratserklärung“ lediglich komplettieren. Dieses „Spiel“ kann laufend wiederholt werden.

§ 10 SBGG-E

Änderung von Registern und Dokumenten

(1) Sind der Geschlechtseintrag und die Vornamen einer Person im Personenstandsregister geändert worden, so kann sie, sofern eine Anpassung nicht bereits aufgrund anderer gesetzlicher Regelungen erfolgt, verlangen, dass Einträge zu ihrem Geschlecht und ihren Vornamen in amtlichen Registern geändert werden, wenn dem keine besonderen Gründe des öffentlichen Interesses entgegenstehen. Die bisherigen Einträge bleiben in amtlichen Registern erhalten.

(2) Die Person kann auch verlangen, dass folgende Dokumente, soweit diese Angaben zum Geschlecht oder zu den Vornamen enthalten, mit dem geänderten Geschlechtseintrag und den geänderten Vornamen neu ausgestellt werden, soweit ein berechtigtes Interesse glaubhaft gemacht werden kann:

- 1. Zeugnisse und andere Leistungsnachweise,**
- 2. Ausbildungs- und Dienstverträge,**
- 3. Besitzstandsurkunden,**
- 4. Führerscheine,**
- 5. Versicherungsnummer-Nachweis und elektronische Gesundheitskarte und**
- 6. Zahlungskarten.**

Bei der Neuausstellung sind die zu ändernden Dokumente von dieser Person im Original vorzulegen und von der Stelle im Sinne des Absatzes 3 einzuziehen oder für ungültig zu erklären. Kann das zu ändernde Dokument nicht vorgelegt werden, so hat die Person an Eides statt zu versichern, dass sie weder im Besitz des Dokumentes ist noch Kenntnis von dessen Verbleib hat. Satz 1 findet keine Anwendung, soweit nach Maßgabe anderer Rechtsvorschriften die Veränderung des Vornamens oder des Geschlechts die Ungültigkeit von Dokumenten zur Folge hat.

(3) Der Anspruch nach Absatz 2 richtet sich gegen die öffentliche oder private Stelle oder Person,

- 1. die das zu ändernde Dokument ausgestellt hat,**
- 2. die ausstellender Vertragspartner der nach Absatz 2 berechtigten Person ist oder**
- 3. die sonst zur Ausstellung einer Zweitschrift befugt ist.**

Die nach Absatz 2 berechnigte Person hat die angemessenen Kosten der Neuausstellung zu tragen.

Die Vorschrift zeigt die weiteren rechtlichen und gesellschaftlichen Auswirkungen der personenstandsrechtlichen Änderung des Geschlechtseintrags. Damit wird erneut die bereits zitierte Zielsetzung des § 1 PStG deutlich, wonach der Personenstand die Stellung einer Person innerhalb der Rechtsordnung ist.⁸⁵ Folglich kann die Änderung des Personenstands auch in allen an das Geschlecht anknüpfenden Dokumenten geändert werden.

Zugleich wird mit der Vorschrift – gemäß den Ausführungen der Gesetzesverfasser – das Offenbarungsverbot gestärkt.

Denn die Person, die einen neuen Geschlechtsantrag nach den Regelungen des SBGG-E angenommen hat, kann alle relevanten Urkunden mit dem neuen Geschlechtseintrag versehen lassen, so dass Dritte den ursprünglichen Eintrag nicht einsehen können.

Letztlich wird damit weitestgehend verhindert, dass der Vorgang der Geschlechtsänderung im Personenstand durch Dritte nachvollzogen werden kann.

Die Ausführungen der Verfasser zum melderechtlichen Verfahren sind als praxisfern zu bezeichnen. In der anwaltlichen Praxis werden Auskünfte der Meldebehörden lediglich zuverlässig erteilt, sofern Daten, wie der zutreffende Vor- und Nachname, eingegeben werden. Folglich äußerte auch bereits das Bundeskriminalamt Bedenken⁸⁶ hinsichtlich der Verfolgung von Beschuldigten und Tätern durch die hürdenlose Neueintragung des Vornamens und Geschlechts, sowie die daran anknüpfenden rückwirkenden Änderungen in sämtlichen Dokumenten.

Die Ausführungen der Verfasser zeigen, dass der Schutz der Person, die einen neuen Geschlechtseintrag gewählt, im Mittelpunkt steht. Dies wird durch die umfangreichen Änderungsmöglichkeiten in weiteren Dokumenten i.V.m. dem Offenbarungsverbot und dem Schutz gegen Auskünfte Dritter bezüglich früherer Einträge gewährleistet. Dass dadurch berechnigte Interessen weiterer Beteiligter tangiert werden, wird lediglich sekundär berücksichtigt. Soweit das SBGG-E als Ausfluss der selbstbestimmten Darstellung und Selbstidentifikation nach dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu betrachten ist, dürfte die Prüfung der Rechte Dritter indiziert sein.

⁸⁵ Siehe dazu auch Erbs/Kohlhaas/Wache, 246. EL April 2023, PStG § 1.

⁸⁶ Siehe <https://www.welt.de/politik/deutschland/plus246156810/Selbstbestimmungsgesetz-Wenn-die-Familienministerin-die-Regenbogenfahne-hisst.html>

Denn das Recht auf Selbstbestimmung wird durch die sogenannte Schrankentrias begrenzt. In Art. 2 Abs. 1 GG heißt es daher: *„Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.“*

Demnach kann die bisherige Rechtslage, welche Anforderungen an den Wechsel des Geschlechtseintrags stellt, diesbezüglich nicht als verfassungswidrig nach dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht bezeichnet werden.⁸⁷

Zusammenfassend bietet § 10 des Referentenentwurfs die Möglichkeit für jede Person, den Vornamen und die Geschlechtsbezeichnung in sämtlichen erheblichen Registern sowie Dokumenten, die zur Verwendung im Rechtsverkehr bestimmt sind, rückwirkend zu ändern. Letztlich wird damit der selbstgewählte Geschlechtseintrag mit dem zum Zeitpunkt der Geburt eingetragenen gleichgestellt. Da die Regelung die Möglichkeit bietet, durch Selbstbestimmung eine neue Identität in der Rechtsordnung und Gesellschaft rückwirkend einzunehmen, sind die strafbehördlichen Ermittlungsarbeiten und weitere Interessen Dritter beeinträchtigt. Da auch Einzelpersonen ein grundrechtlicher Anspruch auf strafrechtliche Ermittlung – insbesondere im Bereich der Straftaten gegen das Leben, die körperliche Unversehrtheit und die sexuelle Selbstbestimmung – zukommt, dürfte das Gesetz auch hier verfassungswidrigere Tendenzen aufzeigen.

Die nunmehr erfolgte Ergänzung, welche die alten Einträge in den Dokumenten bestehen lässt und gemäß § 13 SBBG die Mitteilung an sämtliche relevanten Strafverfolgungsbehörden vorsieht, geht auf die hier beschriebenen Bedenken ein.

Indes wird es intersexuellen sowie „transgeschlechtlichen Menschen“ nicht vermittelbar sein, inwiefern die personenstandsrechtliche Umänderung direkt an mehrere Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet wird. Dieser Generalverdacht dürfte nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz keinen verfassungsrechtlichen Bestand haben. Gleichfalls dürfte die Aufnahme mehrerer Geschlechtseinträge und zahlreicher Namen in sämtlichen Dokumenten und Urkunden dem personenstandsrechtlichen Ziel der Tatsachenorientierung und den Grundsätzen der Eindeutigkeit widersprechen. Letztlich wird sich die Verwaltungspraxis durch die Einträge verkomplizieren.

§ 11 SBBG-E

Eltern-Kind-Verhältnis

(1) Der Geschlechtseintrag im Personenstandsregister ist für das nach den §§ 1591 und 1592 Nummer 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende oder künftig begründete Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren Kindern unerheblich. Für das nach § 1592 Nummer 1 oder 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende oder

⁸⁷ Zur Verhinderung der für Art. 3 Abs. 2 GG erforderlichen Statistiken wurde oben bereits ausgeführt.

künftig begründete Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren Kindern ist ihr Geschlechtseintrag im Personenstandsregister zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes maßgeblich.

(2) Das bestehende Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren angenommenen Kindern bleibt durch eine Änderung des Geschlechtseintrags unberührt. Für das künftig begründete Rechtsverhältnis zwischen einer Person und ihren angenommenen Kindern ist ihr Geschlechtseintrag im Personenstandsregister zum Zeitpunkt der Annahme maßgeblich.

Die Regelung knüpft erneut ans Familien- und Abstammungsrecht an und ist in ihrer Regelungswirkung komplex.

Fraglich ist, ob die Rechtsfolge für den unbefangenen Bürger klar und verständlich formuliert ist. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss ein Gesetz ohne innere Widersprüche, nicht fehleranfällig und frei von rechtssystematischen Brüchen sein.⁸⁸

Das Verfassungsgericht setzt eine gesetzesinterne und gesetzesexterne Kohärenz voraus. Insofern die Verfasser des Gesetzes den Geschlechtsbegriff im SBGG-E als Folge der Selbstbestimmung definieren und simultan in einzelnen Rückausnahmen an die biologische Fortpflanzungsfähigkeit (Begriff der „Mutter“) anknüpfen, entsteht eine gesetzesinterne Inkonsistenz. Darüber hinaus sind die Folgen der Regelung für den Gesetzesadressaten unklar. Insbesondere erschließt sich schon aus semantischen Gründen nicht, dass der Vater eine Frau und die Mutter ein Mann sein kann. Dies wird auch unter den Gesichtspunkten des Kindeswohls einem minderjährigen und heranwachsenden Kind in der bestehenden Gesellschaftsstruktur schwer vermittelbar sein.

§ 12 SBGG-E

Geschlechtsneutrale Regelungen

Gesetzliche Regelungen, die sich auf Männer und Frauen beziehen und für beide Geschlechter dieselben Rechtsfolgen vorsehen, gelten für Personen unabhängig von der im Personenstandsregister eingetragenen Geschlechtsangabe und auch dann, wenn keine Angabe eingetragen ist.

Die Regelung zeigt auf, dass sich die Verfasser des SBGG-E von der geschlechtlichen Binarität lösen wollen. Die Verfasser erkennen, dass die bestehende Rechtsordnung sich an verschiedenen Stellen an der biologischen Binarität orientiert. Bezogen auf diese unterkonstitutionellen Gesetze soll das SBGG bestimmen, dass die dortigen Regelungen, die Männer und Frauen meinen, für alle Personen, unabhängig von ihrem

⁸⁸ Beschlüsse in BVerfGE 110, 33, 64, 72, 73; vom 7. Juli 1971 1 BvR 775/66, BVerfGE 31, 255, 264; in BVerfGE 78, 214, 226.

Geschlechtseintrag, gelten sollen.

Zur Begründung wird auf Art. 3 Abs. 3 GG und auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16 verwiesen. Die Entscheidung des Verfassungsgerichts wurde in der Literatur zu Recht deutlich kritisiert und ist, wie oben aufgezeigt, abzulehnen.

Der Verfassungsgeber formulierte gemäß der diesbezüglich klaren Gesetzesdokumente den Begriff des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 GG zu Gunsten der Gleichstellung der Frau gegenüber dem Mann. Die Aufnahme der Bestimmung sei geeignet, einen grundsätzlichen Wandel in der Stellung der Frau herbeizuführen. Zur Umsetzung dieses Gleichberechtigungsgrundsatzes müssen – nach den Verfassungsgebern – Nachweise geführt werden.

Darüber hinaus wurde diskutiert, ob der Art. 3 Abs. 2 GG überflüssig sei, da die staatsbürgerliche Gleichheit von Mann und Frau sich bereits aus Art. 3 Abs. 3 GG ergebe. Der Begriff des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 GG ist daher gemäß allen denkbaren rechtsmethodischen Auslegungen auf biologische Männer und Frauen bezogen. Ein vom Verfassungsgericht unterstellter Wandel des Zeitgeistes rechtfertigt nicht die Änderung des Grundgesetzes⁸⁹, hierfür wäre eine Verfassungsänderung gemäß Art. 79 GG vorzunehmen. Soweit der Gesetzgeber beabsichtigt, den Geschlechtsbegriff des Grundgesetzes durch das unterkonstitutionelle SBGG zu ändern, ist dies aus demselben Grund nicht möglich. Hierfür müsste vielmehr die Voraussetzung einer Zweidrittelmehrheit im Bundestag erfüllt sein.

Ebenso ist dem nationalen Gesetzgeber im Hinblick auf unionale Richtlinien⁹⁰ verwehrt, den Geschlechtsbegriff der gesamten Rechtsordnung als Ausfluss einer Selbstidentifikation zu ändern. Denn die nationalen Gesetze, wie beispielsweise das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, beruhen auf unionalen Richtlinien, die die Gleichberechtigung der biologischen Frau insbesondere in der Arbeitswelt zum Ziel haben.⁹¹ Soweit der Geschlechtsbegriff sich in der gesamten Rechtsordnung dahingehend ändern soll, dass eine Frau eine Person ist, die entschieden hat, eine Frau zu sein, wären die unionalen Richtlinien nicht mehr erfüllbar. Da dem Unionsrecht ein Anwendungsvorrang⁹² zukommt, erscheint das SBGG auch nicht mit den unionalen Vorgaben vereinbar.

⁸⁹ Dazu Ideologie und Recht im Systemwechsel. Ein Beitrag zur Ideologiefähigkeit geistiger Berufe. Von Bernd Rütters. - München, Beck 1992, XII; DÖV 2020, S. 91, beck-online.

⁹⁰ Dieser folgt bereits aus dem Titel der maßgebenden Richtlinie: „Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen.“

⁹¹ Wie zuletzt.

⁹² Nach st. Rspr. des EuGH hat das Gemeinschaftsrecht absoluten Vorrang vor nationalem Recht einschließlich Verfassungsrecht, grundlegend EuGH 6/64, Slg. 1964, 1251 (1269) – Costa/ENEL; 106/77, Slg. 1978, 629 Rn. 17/18 – Simmenthal II.

§ 13 SBGG-E

Offenbarungsverbot

(1) Sind Geschlechtsangabe und Vornamen einer Person nach § 2 geändert worden, so dürfen die bis zur Änderung eingetragene Geschlechtsangabe und die bis zur Änderung eingetragenen Vornamen ohne Zustimmung dieser Person nicht offenbart oder ausgeforscht werden. Satz 1 gilt nicht, wenn

1. amtliche Register oder amtliche Informationssysteme personenbezogene Daten zu dieser Person enthalten und im Rahmen der jeweiligen Aufgabenerfüllung von öffentlichen Stellen die Verarbeitung von Daten nach Satz 1 nach anderen Rechtsvorschriften erforderlich ist,

2. besondere Gründe des öffentlichen Interesses eine Offenbarung der Daten nach Satz 1 erfordern oder

3. ein rechtliches Interesse an den Daten nach Satz 1 glaubhaft gemacht wird.

Besondere Gründe des öffentlichen Interesses nach Satz 2 Nummer 2 sind insbesondere dann gegeben, wenn die Offenbarung der Daten zur Erfüllung der Aufgaben von Strafverfolgungs- oder Sicherheitsbehörden sowie amtlichen Stellen mit Sicherheitsaufgaben erforderlich ist.

(2) Ein früherer und der derzeitige Ehegatte, Verwandte in gerader Linie und der andere Elternteil eines Kindes der Person nach Absatz 1 Satz 1 sind nur dann verpflichtet, deren geänderten Geschlechtseintrag oder deren geänderte Vornamen anzugeben, wenn dies für die Führung öffentlicher Bücher und Register oder im Rechtsverkehr erforderlich ist. Satz 1 gilt nicht für

1. den Ehegatten aus einer nach der Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen geschlossenen Ehe,

2. das nach der Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen geborene oder angenommene Kind,

3. den anderen Elternteil eines von der betroffenen Person nach der Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen geborenen oder angenommenen Kindes.

(3) Das Offenbarungsverbot nach Absatz 1 steht einer weiteren Verarbeitung der bis zur Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen in amtlichen Registern oder Informationssystemen enthaltenen Angaben nicht entgegen. Amtliche Register und amtliche Informationssysteme dürfen zur Nachvollziehbarkeit der Identität von Personen die bis zur Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen eingetragenen Angaben verarbeiten, wenn andere Rechtsvorschriften eine Verarbeitung der aktuellen Daten vorsehen.

(4) Mitteilungen und Informationen zwischen amtlichen Registern und amtlichen Informationssystemen sowie solche Abrufe aus diesen, die aufgrund anderer Rechtsvorschriften erfolgen, sind ungeachtet des Offenbarungsverbots nach Absatz 1 Satz 1 zulässig.

(5) Nach Änderung des Geschlechtseintrags und der Vornamen informiert die zuständige Meldebehörde die folgenden Behörden zur Aktualisierung der in den von

ihnen geführten Registern oder Informationssystemen gespeicherten Daten zu dieser Person:

1. Bundeskriminalamt,
2. Bundespolizei,
3. Bundesverwaltungsamt zum Nationalen Waffenregister und zum Ausländerzentralregister, soweit das Bundesverwaltungsamt Daten im Auftrag des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge verarbeitet (§ 1 Absatz 1 Satz 2 des AZR-Gesetzes),
4. Bundesamt für Migration und Flüchtlinge, es sei denn im Melderegister ist ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit der betroffenen Person verzeichnet,
5. Bundesamt für Verfassungsschutz,
6. Bundesamt für den militärischen Abschirmdienst,
7. die jeweils zuständigen Landeskriminalämter,
8. Zollkriminalamt,
9. Hauptzollämter, Finanzkontrolle Schwarzarbeit sowie
10. Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen.

Dabei sind folgende Daten automatisiert zu übermitteln:

1. Familienname,
2. bisherige und geänderte Vornamen
3. Geburtsdatum,
4. Geburtsort,
5. Staatsangehörigkeiten,
6. bisheriger und geänderter Geschlechtseintrag,
7. Anschrift sowie
8. Datum der Änderung.

Sofern in den Registern oder Informationssystemen der empfangenden Behörde keine Daten zu der betroffenen Person vorhanden sind, sind die übermittelten Daten unverzüglich zu löschen. § 36 Absatz 1 des Bundesmeldegesetzes bleibt unberührt.

Das Offenbarungsverbot soll nach der amtlichen Begründung Personen, die von ihrer Geschlechtsänderung und der neuen Vornamensregelung Gebrauch machen, davor schützen, dass ihre bisherigen Daten, namentlich ihre bis zur Änderung eingetragene Geschlechtsangabe und ihre Vornamen, anderen Personen mitgeteilt oder ausgeforscht

werden.

Das Transsexuellengesetz enthält eine ähnliche Regelung (§ 5 TSG), die das Offenbarungsverbot aber lediglich auf die Ausforschung und Offenbarung des Vornamens beschränkt. Das Offenbarungsverbot richtet sich dem Grunde nach sowohl an staatliche als auch an private Personen. Es gilt nach dem Wortlaut auch für Fälle, in denen jemand später einmal zum ursprünglichen Geschlecht „zurückkehrt“.⁹³

Das Offenbarungsverbot ist – soweit auch private Dritte dies zu beachten haben – problematisch. Es ist bußgeldbewehrt.

Vereinfacht gesprochen bedeutet es, dass es jedem untersagt ist, die (biologische) Wahrheit zu sagen, nämlich die Wahrheit über das (biologische) Geschlecht eines Menschen und dessen einmal erhaltene Vornamen. Und verboten ist bereits, nach dieser faktischen Wahrheit zu suchen, weil diese nicht ausgeforscht werden darf.

Staatliche Eingriffe dieser Art müssen am Grundrecht der Meinungsfreiheit gemessen werden. Nach Art. 5 Abs. 1 GG hat jeder das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten.

Daraus wird ersichtlich, dass das Offenbarungsverbot die Meinungsfreiheit gleich doppelt einschränkt, nämlich einmal, soweit es jedem grundsätzlich untersagt wird, den Vornamen- und Geschlechterwechsel einer Person zu offenbaren, und außerdem, soweit jedem untersagt ist, sich in allgemein zugänglichen Quellen darüber zu unterrichten, nämlich diese Umstände „auszuforschen“.

Insoweit haben sich bereits Anglizismen eingebürgert, nämlich „Misgendering“ und „Deadnaming“. Auch und hier gilt gerade: „Je enger die Grenzen des Sagbaren gesteckt sind, desto autoritärer ist eine Gesellschaft, auch wenn sie formal demokratisch ist.“⁹⁴

Einschränkungen der Meinungsfreiheit zum Schutze Dritter sind verfassungsrechtlich grundsätzlich nur in engen Grenzen zulässig.⁹⁵ Überall dort, wo das Offenbarungsverbot mit der Realität in Konflikt kommt, wird die Frage gestellt werden müssen, ob dies nun – ggfs. auch vor dem Hintergrund von Art. 5 Abs. 1 GG – gerechtfertigt ist oder nicht. Wie beispielsweise ist es mit der Wahrheitspflicht von Zeugen bestellt? Ist es dem Zeugen untersagt, eine nicht operierte „Trans-Frau“ einen biologischen „Mann“ zu nennen?

Die gleiche Frage muss für die generelle Wahrheitspflicht von Prozessparteien vor Gericht gestellt werden, beispielsweise im Zivilprozess, § 138 ZPO.⁹⁶

Sodann enthält das Offenbarungsverbot eine Vielzahl von Ausnahmen, auf die hier nicht

⁹³ Wenn also Herr Martin Müller nach entsprechender Erklärung zu einer Martina Müller wird und dann wieder zu Martin Müller unterfällt dieser Vorgang ebenfalls unter das Offenbarungsverbot.

⁹⁴ Vgl. die Ausführungen des ehemaligen Verfassungsrichters Kirchhoff, NJW 2023,1922.

⁹⁵ Vgl. BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 14.6.2019 – 1 BvR 2433/17, NJW 2019, 2600.

⁹⁶ Vgl. dazu Brand, NJW 2017,3558.

näher eingegangen werden kann. Sie sind der Einsicht geschuldet, dass die Interessen von Transpersonen nicht absolut gesetzt werden können, sondern dass dort, wo es ein berechtigtes Anliegen ist, das vormalige Geschlecht bzw. den oder die vormaligen Vornamen in Erfahrung zu bringen, jene Interessen zurückstehen müssen. So kann dem Offenbarungsverbot im Grundbuchverfahren praktisch kaum Folge geleistet werden.⁹⁷ Andernfalls böte – wie ursprünglich der Referentenentwurf – das SBGG gleichzeitig die Möglichkeit, sich via Geschlechtswechsel eine völlig neue – nicht nur geschlechtlich orientierte – Identität zu schaffen.

§ 14 SBGG-E

Bußgeldvorschriften

(1) Ordnungswidrig handelt, wer entgegen § 13 Absatz 1 Satz 1 die Geschlechtszugehörigkeit oder einen Vornamen offenbart und dadurch die betroffene Person absichtlich schädigt.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann mit einer Geldbuße bis zu zehntausend Euro geahndet werden.

Die Bußgeldvorschriften zur Konkretisierung und Umsetzung des Offenbarungsverbots überzeugt aus verfassungsrechtlicher Warte nicht.

Zunächst ist festzustellen, dass das Tatbestandsmerkmal der „absichtlichen Schädigung“ gänzlich in das Ermessen der Ordnungsbehörden und Gerichte gestellt wird. Dieses wird sich letztlich nur aus Indizien belegen lassen, da der Vorsatz der absichtlichen Schädigung in der Praxis vom Beschuldigten gewöhnlich nicht vorgetragen werden wird.⁹⁸

Zugleich beschränkt die Vorschrift des § 14 SBGG-E der Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG. Soweit die vertretbare Meinung geäußert wird, die Geschlechtszugehörigkeit wird grundsätzlich durch die Geburt biologisch vorgegeben, werden die Personen, welche diese Meinung äußern, durch die Vorschrift gezwungen, auch Menschen, die ohne medizinische Indizierung von der Möglichkeit des Geschlechtswechsels Gebrauch gemacht haben, allein bei ihrem selbst gewählten Geschlecht anzusprechen. Dabei differenziert die Vorschrift auch nicht, aus welchen Gründen die betroffene Person das Geschlecht gewechselt hat.

Der gesellschaftliche Diskurs und Meinungskampf, der auch die Auffassung, dass es nur zwei biologische Geschlechter gibt, umfasst, wird damit durch Bußgeldvorschriften unterbunden. Dies stellt verfassungsrechtlich nicht nur einen Eingriff in die

⁹⁷ Vgl. BGH NJW 2019, 2541 zu § 5 TSG.

⁹⁸ Schon vor Geltung des Selbstbestimmungsgesetzes gab es zahlreiche Fälle von strafrechtlicher Verfolgung und Zivilklagen gegen Frauen, die biologische Männer mit weiblichem Geschlechtseintrag nicht als biologische Frauen bezeichneten. In Anbetracht der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht und dem damit – nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts – verbundenen Schutz der selbst empfundenen Geschlechtsidentität, verlaufen diese Verfahren in der Regel zulasten der Meinungsfreiheit der verklagten Frauen.

Meinungsfreiheit, sondern auch in das Recht der Eltern auf freie Erziehung⁹⁹ und gegebenenfalls in die Religionsfreiheit dar. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass den Eltern auch die Freiheit der Entscheidung über religiöse und weltanschauliche Erziehung zukommt.¹⁰⁰

Es ist daher bedenklich – soweit der Geschlechtseintrag von der Selbstidentifikation abhängig gemacht wird –, die Wahlmöglichkeit auf vier Kategorien zu begrenzen¹⁰¹ und zudem diejenigen, die sich am biologischen Geschlechtsbegriff orientieren, in ihrer Äußerungsfreiheit zu beschneiden. Die Bußgeldvorschrift stellt hier mit einer Zahlungsandrohung von 10.000,00 € ein scharfes Schwert dar.

X. Fazit

Der vorliegende Regierungsentwurf weist aus verfassungsrechtlicher Perspektive Schwachstellen auf.

Insgesamt ist der Entwurf an einem subjektiven Geschlechtsbegriff, der sich allein an der individuellen Entscheidung eines jeden Menschen orientiert, ausgerichtet. Dieser stützt sich auf das Konzept der Gender Identity aus den nicht rechtsverbindlichen Yogyakarta Principles. Dieser Geschlechtsbegriff soll in die gesamte Rechtsordnung eingeführt werden.

Auf das Engagement einzelner Verbände eingehend, macht der Entwurf zugleich Rückausnahmen, bei welchen die Entscheidung über die Folgen des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags an Dritte ausgelagert wird. Dabei soll vereinzelt, z.B. bei den geschlechtsbasierten Schutzräumen für Frauen und Mädchen, an den biologischen Geschlechtsbegriff angeknüpft werden können. Der Staat entzöge sich auch seiner gesetzlichen Verantwortung, den Schutz von Frauen und Mädchen zu gewährleisten, die er laut UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) und Istanbul-Konvention hat.¹⁰²

Infolge der Kritik durch das Bundeskriminalamt werden die jeweiligen Namens- und Geschlechtsänderungen weiterhin in den Urkunden vermerkt und die Änderungen an

⁹⁹ Über das Ziel sowie den Inhalt und die Methoden der Erziehung können die Eltern grundsätzlich frei entscheiden, da weder die elterlichen Erziehungsziele noch die Erziehungsmittel und -methoden von der Verfassung vorgegeben werden (Böckenförde EssGspr 14 (1980), 57 (65); Stern StaatsR IV/1 516 f.; MKS/Robbers Rn. 152; vgl. auch Stern/Becker/Kotzur/Vasel Rn. 51).

¹⁰⁰ BVerfGE 41, 29 (47) = NJW 1976, 947; BVerfGE 93, 1 (17) = NJW 1995, 2477; BVerfGE 108, 282 (301) = NJW 2003, 2151; BVerfGE 138, 296 (337) = NJW 2015, 1359; vgl. auch BVerfGK 10, 423 (428 f.) = NVwZ 2008, 72; BVerfG (K) NJW 2009, 3151 (3152).

¹⁰¹ So auch Schinkels, Ad Legendum 3/2023 181, Zum Geschlechtsbegriff nach dem Referentenentwurf für ein Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG-E).

¹⁰² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW), abrufbar unter <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm>; Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, abrufbar unter <https://rm.coe.int/168008482e>.

relevante Strafbehörden weitergeleitet. Der Gesetzesentwurf überzeugt insgesamt weder aus verfassungsrechtlicher Perspektive noch hinsichtlich des Gebots einer verständlichen und stimmigen Gesetzesregelung.

Neben den aufgezeigten Unstimmigkeiten, die sich unter anderem auch aus der fehlenden Differenzierung zwischen intergeschlechtlichen, transsexuellen, Transgender und sog. nonbinären Menschen zeigt, dürften explizit die Grundrechte zu Gunsten von biologischen Frauen, zu Gunsten von Kindern, zu Gunsten der elterlichen Erziehungsfreiheit und zu Gunsten der freien Meinung verletzt sein. Eine Beschneidung der genannten Grundrechte allein mit der Begründung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 1 Abs. 1 GG (Allgemeines Persönlichkeitsrecht) gebiete die voraussetzungslose Selbstbestimmung hinsichtlich des Geschlechts, kann nicht überzeugen. Diesbezüglich dürfte auch die gebotene Prüfung der Verhältnismäßigkeit zulasten der im Regierungsentwurf vorgesehenen Regelung ausfallen.

XI. Register

Abstammungsrecht 36
Befruchtung, künstliche 30f.
Bußgeldbewehrung 40ff.
Eltern 9, 20, 22 ff., 35 f., 38
Exhibitionismus 31
Frauenrechte 10f., 15
Gebärfähigkeit 30f.
Gender 5
Gender Identity / Genderidentität 5, 9, 13f., 17, 19, 42
Geschlechtsentwicklung, Varianten der 3f., 8
Geschlechtsidentität 5, 9, 17ff., 41
Hausrecht 27f.
Intersexualität 4, 7f., 14, 19, 26
Istanbul-Konvention 42
Kindeswohl 21ff., 36
Meinungsfreiheit 40ff.
Minderjährige 21 ff.
Mutter 5, 9, 29ff., 36
Nichtbinär / nonbinär 19, 43
Offenbarungsverbot 34, 38 ff.
Quotenregelung 29f.
Register (amtliche) 3, 9, 19ff., 27, 29f., 33ff., 38f.
Schutzräume (für Frauen und Mädchen) 26, 42
Schwangerschaft 30f.
Sport 27ff.
Transgender 43
Transsexualität 6, 18
UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) 42
Vater 5, 9, 30f., 36
Verteidigungsfall 27, 31ff.
Wahrheitspflicht 40
Yogyakarta Principles 5, 42