REZENSIONEN

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5784-8>

Das dritte Geschlecht. Rechtsfragen und Rechtsentwicklungen.

Von Julia Rädler. Duncker & Humblot, Berlin 2019, Schriften zum Öffentlichen Recht (SÖR), Band 1415, 299 S., kart., €89,90

Seit 2019 kennt das deutsche Recht gem. § 22 Abs. 3 PStG neben den Geschlechtern „männlich“ und „weiblich“ das nicht-binäre Geschlecht „divers“. Die damit verbundene Thematik des „dritten Geschlechts“ ist seit 2013 in ständigem Wandel und noch lange nicht abgeschlossen. Eine Dissertation in diesem Gebiet in den Jahren um 2019 zu schreiben, muss daher eine besondere Herausforderung gewesen sein: Die Autorin hatte Glück und Pech, am „Puls der Zeit“ zu arbeiten, aber auch teilweise von der Rechtsstatsächlichkeit einge- und überholt zu werden.

Hier einige zentrale Eckpunkte, um sich die Umstürze während der Bearbeitungszeit von Rädlers Dissertation vorzustellen:

- 2013 trat § 22 Abs. 3 PStG (inzwischen a.F.) nach einer Stellungnahme des Ethikrats des Vorjahres (BT-Dr. 17/9088) in Kraft (BGBl. I S. 1122). Diese Norm erlaubte es erstmalig, die personenstandsrechtliche Geschlechtseintragung eines intersexuellen Kindes bei Geburt offenzulassen und damit auch materiellrechtlich keine Festlegung auf „männlich“ oder „weiblich“ vorzunehmen.
- 2014 begann ein Gerichtsverfahren, das 2017 beim BVerfG endete. Das ursprünglich als „weiblich“ erfasste Geschlecht der*s Antragstellers*in sollte personenstandsrechtlich in „inter“ oder „divers“ o.ä. abgeändert werden. Das BVerfG (BVerfG, Beschl. v. 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 –, Ls. 1) entschied – anders als die ordentlichen Gerichte (OLG Celle, Beschl. v. 21.1.2015 – 17 W 28/14 –, dazu Gössl, StAZ 2015, 171; BGH, Beschl. v. 22.6.2016 – XII ZB 52/15 –, dazu Gössl, NZFam 2016, 1122) –, dass die geltende Rechtslage mit der Verfassung unvereinbar sei. Intersexuelle Personen müssten die Möglichkeit haben, positiv personenstandsrechtlich erfasst zu werden, wenn insgesamt eine solche Eintragung verpflichtend sei.
- Zum 1.1.2019 wurde das PStG erneut geändert. § 22 Abs. 3 PStG erlaubt nur die personenstandsrechtliche Erfassung als „männlich“, „weiblich“, „divers“ und offene Eintragung bei Geburt, § 45b PStG eine spätere Änderung.
- Die Debatte konzentrierte sich nun auf den Begriff „Geschlecht“. 2020 entschied der BGH zweimal (BGH, Beschl. v. 22.4.2020 – XII ZB 383/19 –, BGH, Beschl. v. 10.6.2020 – XII ZB 451/19), dass die neuen Normen nur physische und nicht auch psychische Geschlechtsmerkmale erfassen. Das BVerfG wird sich auch dieser Frage noch annehmen müssen.

Rädlers Bearbeitung begann laut Vorwort deutlich vor der Entscheidung des BVerfG 2017 und endete kurz nach der Gesetzesreform zum 1.1.2019, d.h. sie vollzog wahrscheinlich den Großteil der genannten Änderungen mit oder auch nach.

Die Arbeit widmet sich der Thematik aus einer Reihe von Perspektiven. Sie ist nicht nur auf die personenstands-, bürgerlich- und verfassungsrechtliche beschränkt, sondern zeigt auch medizinische Hintergründe und Behandlungsansätze auf, um die Problematik zu durchdringen. Alleine daher lohnt sich die Lektüre. Mit diesen umfassenden Ambitionen geht leider einher, dass den einzelnen Teilaspekten und einigen Literatur- und Primärquellen an einigen Stellen weniger Aufmerksamkeit geschenkt wurde, als möglich gewesen wäre. Die EGMR-Perspektive fehlt, doch auch dies ist wohl dem Umfang der Arbeit geschuldet und muss anderen Bearbeitungen überlassen bleiben.

Die Dissertation beginnt mit dem verfassungsrechtlichen Blick und analysiert eingehend und sorgfältig die Rechtsprechung des BVerfG

zur geschlechtlichen Identität als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Verbots von Geschlechtsdiskriminierungen, die sich seit den 1980er Jahren zunächst im Bereich der Transsexualität und transgener Personen entwickelt hat (S. 25 ff.). Sie vollzieht damit sehr ausführlich die Argumentation nach, die das BVerfG schließlich auch in der oben genannten Entscheidung zur Intersexualität aus dem binären Korsett befreit und nicht-binär fortentwickelt hat. Das deutsche Recht ging ursprünglich davon aus, dass es nur Männer und Frauen gibt und diese anhand primär physisch-biologischer Geschlechtsmerkmale bestimmt werden. Intersexuelle Personen, d.h. Personen, die physisch nicht eindeutig männlich oder weiblich sind, und transgener Personen, d.h. Personen, bei denen physisches und psychisches Geschlecht divergieren, passten nicht in diese Rechtsordnung. Die Rechtsprechung des BVerfG zur geschlechtlichen Identität arbeitete dann zunächst heraus, dass neben physischen auch psychische Merkmale rechtlich relevant sein können.

Im zweiten Teil der Arbeit beschreibt Rädler die Besonderheiten bei intersexuellen Menschen (S. 89 ff.), die ein „drittes Geschlecht“ ausmachen. Hierbei geht sie insbesondere detailliert auf die verschiedenen medizinisch definierten Formen ein (S. 95–106). Dabei beschränkt sie sich auf rein physisch-biologische Merkmale, d.h. sie geht nicht weiter auf die Debatte ein, inwieweit auch bei medizinischen Begutachtungen das Geschlechtsempfinden einer Person relevant werden kann oder muss. Damit nimmt sie implizit den Wertungen der beiden BGH-Entscheidungen von 2020 (s.o.) vorweg, die ebenfalls ein solches Verständnis der neu geschaffenen Normen aufweisen. Schade ist diese Begrenzung, da das BVerfG eine solche Beschränkung des Geschlechtsbegriffs gerade nicht anerkennt. Auch die medizinische Forschung scheint nicht völlig eins zu sein, wo die Grenze zu ziehen ist (dazu etwa *Diamond/Richter-Appelt*, Z. Sex-Forsch 2008, 369; *Haupt*, Variante der Geschlechtsentwicklung, 17.4.2019).

Im Anschluss an die medizinischen Hintergründe widmet sich Rädler nun den einfachrechtlichen, personenstandsrechtlichen Fragen (S. 107 ff.), wobei sie zunächst die Entwicklung des Personenstandsrechts bis Einführung des PStG und des BGB darlegt. Es wurde bewusst kein nicht-binäres Geschlechtssystem eingeführt. In einigen landesrechtlichen Regelungen war aber vor Inkrafttreten des BGB ein solches bekannt, berühmtestes Beispiel im Preußischen Allgemeinen Landrecht (§§ 19–23 I 1 ALR). Weiterhin geht sie auf die wissenschaftliche Diskussion zur Auslegung des § 22 Abs. 3 PStG a.F. ein (S. 137 ff.). Sie nimmt auch hier die BVerfG-Entscheidung vorweg bzw. folgt ihr. Die Folgefragen, denen sie sich nun widmet, etwa wie die Elternschaft einer Person zu behandeln ist, die nicht männlich oder weiblich i. S. d. BGB ist (S. 170 ff.), bleiben weiterhin höchst akut, denn die Änderung durch den Gesetzgeber hatte deutlich weniger umfassende Ambitionen als Rädlers Dissertation. Schließlich kehrt die Arbeit zur verfassungsrechtlichen Perspektive zurück und zeichnet die BVerfG-Entscheidung von 2017 nach (S. 177–216). Schließlich wendet die Arbeit sich Reformüberlegungen zu (S. 219 ff.). Rädler schlägt vor, dass bei Geburt die Geburtseintragung eines intersexuellen Kindes leer bleiben, hinterher aber eine dritte, nicht-binäre Eintragungsmöglichkeit, „divers“ vorgesehen werden soll. Gänzlich auf eine Geschlechtseintragung bei allen Kindern zu verzichten sieht sie aus praktischen Problemen als nicht überzeugend an. Zu diesen praktischen Problemen wären weitere Ausführungen erfreulich gewesen, da das BVerfG ausdrücklich die Abschaffung der Geschlechtseintrags als eine gesetzgeberische Möglichkeit ansah. Hier macht sich auch bemerkbar, dass Rädler nicht die Rechtsprechung des EGMR (Urt. v. 11.7.2002 – Nr. 28957/95 –, *Christine Goodwin v. UK*) einfließen lässt. Nach dieser ist eine bloße „Unbequemlichkeit“ (*inconvenience*) nicht ausreichend, um die Geschlechtsidentität einer Person einzuschränken. Es müssten hiernach praktische Schwierigkeiten von gewissem Gewicht vorgebracht werden.

Fazit: Die Arbeit liest sich angenehm. Sie bietet einen guten und vieldimensionalen Einstieg in die Problematik des „dritten Geschlechts“. Damit empfiehlt sie sich jedem, der die aktuelle Rechtslage und Diskussion nachvollziehen oder sich neue Perspektiven auf dieselbe erschließen möchte.