

§ 1 Einleitung

I Binäre soziale Geschlechterordnung

Im Alltagsleben wird die Zuordnung eines jeden Menschen zum weiblichen oder männlichen Geschlecht unreflektiert als naturgegebene Selbstverständlichkeit angesehen. Erhalten wir von Verwandten oder Freunden die Nachricht, dass sie Nachwuchs erwarten, ist eine der ersten Fragen: „Junge oder Mädchen?“ Begegnen wir einem Menschen das erste Mal, ordnen wir ihn automatisch in eine der beiden Geschlechterkategorien ein, noch bevor wir seinen Namen kennengelernt oder das erste Mal mit ihm gesprochen haben. Gelingt uns diese Geschlechtszuordnung nicht auf Anhieb, löst dies bei uns Irritationen aus, die uns im wahrsten Sinne des Wortes sprachlos machen. Denn eine persönliche Anrede ohne Verwendung der Wörter Frau oder Herr kennt die deutsche Sprache nicht. Ein Leben ohne Geschlechtszuordnung können wir uns im Grunde nicht vorstellen.

Das binäre Geschlechtersystem ist in der Kultur- und Menschheitsgeschichte tief verwurzelt. So heißt es bekanntlich in der Schöpfungsgeschichte im 1. Kapitel des 1. Buchs Mose, Vers 27:

Gott schuf den Menschen nach seinem Bilde, [...] er schuf ihn als Mann und Frau.

Die Anziehungskraft zwischen den Geschlechtern ist die evolutionsbiologische Grundlage für die Erhaltung der menschlichen Spezies. Sie prägt unser Paarungs- und Sozialverhalten und bis zu einem gewissen Grad auch nach wie vor gesellschaftliche Organisations- und Machtstrukturen. Gleichwohl hat kulturgeschichtlich stets auch ein gewisses Bewusstsein dafür existiert, dass es Menschen gibt, die sich nicht in die üblichen Geschlechterkategorien einordnen lassen. Paradigmatischer Ausdruck dafür ist etwa die Figur des Hermaphroditen, die nach dem griechischen Mythos durch die Verschmelzung der Quellennymphe Salmakis mit dem Sohn des Hermes und der Aphrodite entstand.¹

¹ Vgl. dazu ausführlich Wacke, FS Rebmann, 1989, S. 874 f.

II Intersexualität aus medizinischer Sicht

Im heutigen medizinischen und juristischen Sprachgebrauch ist freilich nicht mehr von Hermaphroditen, sondern von Intersexuellen die Rede. Dabei liegt Intersexualität aus medizinischer Sicht dann vor, wenn die Zuordnung einer Person zum männlichen oder weiblichen Geschlecht zweifelhaft ist, weil geschlechtsbestimmende körperliche Merkmale vorhanden sind, die sowohl typisch weibliche als auch typisch männliche Ausprägungen aufweisen.² Solche geschlechtsbestimmenden körperlichen Merkmale sind vor allem die Chromosomen (zwei X-Chromosomen für das weibliche Geschlecht und die Kombination von X- und Y-Chromosom für das männliche Geschlecht), dann die Keimdrüsen (also Eierstock oder Hoden), die Hormone (allgemein bekannt sind vor allem Testosteron als männliches und Östrogene als weibliche Sexualhormone) sowie die äußeren Geschlechtsorgane. Unter der Fülle an unterschiedlichen Erscheinungsformen von Intersexualität sei kurz auf drei häufiger vorkommende Varianten hingewiesen:

- (1) Bei den sog. XY-Frauen liegt ein regulärer männlicher Chromosomensatz vor, doch kann dieser aufgrund eines genetischen Defekts seine üblichen Wirkungen nicht entfalten, so dass sich kein Hoden, sondern eher weibliche innere und äußere Geschlechtsorgane entwickeln. Dem äußeren Erscheinungsbild nach werden XY-Frauen bei der Geburt typischerweise dem weiblichen Geschlecht zugeordnet, doch stellt sich in der Pubertät dann regelmäßig heraus, dass ihre Keimdrüsen nicht funktionsfähig sind.³
- (2) Im Falle einer sog. Androgeninsensitivität können aufgrund einer Mutation die männlichen Sexualhormone (Androgene) ihre Wirkung nicht entfalten. Dann kommt das Kind, das einen männlichen Chromosomensatz besitzt, mit weiblichen Genitalien auf die Welt. In der Pubertät stellt sich dann heraus, dass das Kind keinen Uterus besitzt, dafür aber Hoden, die meist im Bauchraum liegen.⁴
- (3) Besonders häufig ist das sog. adrenogenitale Syndrom (AGS). Hier liegt ein weiblicher Chromosomensatz vor, doch aufgrund einer Mutation kommt es zu einer Überproduktion männlicher Sexualhormone. Bereits während der Schwangerschaft tritt eine Vermännlichung der äußeren Geschlechtsorgane des Embryos ein, so dass sich etwa die Klitoris in penisähnlicher Form ver-

² Vgl. etwa Böcker/Denk/Heitz/Höfler/Kreipe/Moch (Hrsg.) Pathologie, 5. Aufl. 2012, S. 730; Pschyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2015, Stichwort „Intersexualität“.

³ BT-Drucks. 17/9088, S. 14 (Häufigkeit 1:30.000).

⁴ BT-Drucks. 17/9088, S. 14 (Häufigkeit 1:20.000).

größert. In der Regel besitzen die Betroffenen aber alle weiblichen Geschlechtsorgane und sind bei hormoneller Behandlung fortpflanzungsfähig.⁵

Die hier beispielhaft beschriebenen atypischen Ausprägungen des biologischen Geschlechts sind in aller Regel nicht lebensbedrohlich, doch kann in manchen Fällen ein signifikant erhöhtes Tumorrisiko bestehen.⁶

Von Intersexualität zu unterscheiden ist Transsexualität: Transsexualität liegt dann vor, wenn die körperlichen Merkmale eine eindeutige Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht erlauben, aber nicht mit dem psychischen Zugehörigkeitsgefühl übereinstimmen.⁷

Schätzungen zufolge gibt es in Deutschland 8.000 bis 10.000 intersexuelle Menschen und werden jährlich zwischen 150 bis 340 intersexuelle Kinder geboren,⁸ das wäre jedes 4000. bis 2000. Kind, wobei teilweise auch deutlich höhere Zahlen genannt werden.⁹

Ein zentrales Problem besteht darin, dass die Herangehensweise der Medizin an das Phänomen der Intersexualität in der Vergangenheit teilweise durch gravierende Fehleinschätzungen geprägt wurde. Erheblichen Einfluss besaßen die Werke des medizinischen Psychologen und Sexualforschers *John Money*, der in den 1950er Jahren die These vertrat, dass die Geschlechtsidentität eines Menschen vor allem sozial geprägt sei. Um intersexuellen Kindern die Entwicklung einer stabilen Geschlechtsidentität zu ermöglichen, sprach er sich daher für möglichst frühzeitige geschlechtsanpassende Operationen aus. Um die Selbstwahrnehmung der Betroffenen nicht ins Wanken zu bringen, hielt man es sogar für gerechtfertigt, sie über die vorgenommenen Eingriffe auch später nicht aufzuklären. Dabei wurden teilweise nicht einmal die Eltern über die genaue Diagnose sowie Art und

⁵ BT-Drucks. 17/9088, S. 15 f. (Häufigkeit 1:10.000).

⁶ BT-Drucks. 17/9088, S. 12 ff.

⁷ BVerfGE 49, 268, 269; BVerfG StAZ 2011, 141, 142; *Spickhoff*, Medizinrecht 2011, § 1 TSG Rn. 4; *Will*, GS Constantinesco, 1983, S. 912.

⁸ MdB *Tauber*, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/143 vom 24.11.2011, S. 17176 (A) und Plenarprotokoll 17/219 vom 31.1.2013, S. 27222 (B).

⁹ *Pschyrembel*, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl. 2015, Stichwort „Intersexualität“ gibt eine Häufigkeit von 1:500 an; *Böcker/Denk/Heitz/Höfler/Kreipe/Moch* (Hrsg.) *Pathologie*, 5. Aufl. 2012, S. 730 – unter Einbeziehung auch der sog. Gonadendysgenie – sogar 1%. Die Schwierigkeiten rühren nicht zuletzt daher, dass keine medizinisch trennscharfe Definition von Intersexualität besteht (*Kolbe*, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, S. 29; vgl. auch <http://www.sexualforschung-hamburg.de/27.html>: Stichwort „Intersexualität“ – zuletzt besucht am 23. 3. 2015).

Umfang der Eingriffe informiert.¹⁰ Diese Vorgehensweise hat sich – unabhängig von ihrer rechtlichen Fragwürdigkeit – auch medizinisch als dramatische Fehleinschätzung erwiesen, die zu großem Leid geführt hat. Insbesondere kann durch geschlechtsanpassende Operationen die sexuelle Empfindsamkeit zerstört und eine lebenslange Hormonersatztherapie mit gravierenden Nebenwirkungen erforderlich werden.¹¹ Viele Betroffene leiden unter dem Gefühl, gegen ihren Willen körperlich verstümmelt worden zu sein.¹² Heutzutage werden geschlechtsanpassende Operationen sehr viel zurückhaltender bewertet,¹³ wobei manche medizinische Experten so weit gehen würden, sie während der Minderjährigkeit von Intersexuellen – mit Ausnahme von Notfällen – komplett auszuschließen. Problematisch ist allerdings, dass sich allgemein akzeptierte Behandlungsstandards noch nicht etablieren konnten.¹⁴

III Haltung des Rechts

Angesichts der binären Geschlechterordnung der sozialen Lebenswirklichkeit fällt die rechtliche Bewältigung von Intersexualität naturgemäß schwer. Doch haben sich historisch gesehen Juristen und Gesetzgeber mit dem Personenstand sog. Zwitter durchaus beschäftigt. Dabei darf nicht vergessen werden, dass in früheren Zeiten die Zuordnung zum weiblichen oder männlichen Geschlecht viel weiter reichende Auswirkungen auf den rechtlichen Status hatte, als das heute der Fall ist.¹⁵

Auch die Verfasser des Bürgerlichen Gesetzbuches haben die rechtliche Einordnung von Intersexuellen in die Geschlechterkategorien erörtert.¹⁶ Auf eine eigenständige Regelung wurde allerdings bewusst verzichtet. Dabei ging man von der medizinisch unzutreffenden Prämisse aus, dass jeder Intersexuelle entweder „ein geschlechtlich mißbildeter Mann oder ein geschlechtlich mißbildetes Weib“¹⁷ sei und daher objektiv eigentlich seinem „überwiegenden“ Geschlecht zugeordnet werden könne. Bewusst war man sich allerdings, dass die Aufdeckung des

10 BT-Drucks. 17/9088, S. 16 f. vgl. etwa auch *Coester-Waltjen*, JZ 2010, 852, 855.

11 Zu den Wirkungen medizinischer Therapien BT-Drucks. 17/9088, S. 19 f.

12 BT-Drucks. 17/9088, S. 21 ff.; vgl. auch *Sinnecker*, Kinder- und Jugendarzt 2014, 24, 36.

13 *Sinnecker*, Kinder- und Jugendarzt 2014, 24, 35 f. „meist keinen medizinischen Grund“.

14 BT-Drucks. 17/9088, S. 19 f.; vgl. auch Leitlinien der Gesellschaft für Kinderheilkunde und Jugendmedizin, Störungen der Geschlechtsentwicklung, 027/022 vom 12. Mai 2011, Unterpunkt „Chirurgische Therapie“.

15 Ausführlich *Wacke*, FS Rebmann, 1989, S. 861 ff.

16 Vgl. dazu *Wacke*, FS Rebmann, 1989, S. 870 f.

17 Mot. I, S. 26, bei *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 1899, S. 370.

„wahren Geschlechts“ nach dem damaligen Stand der Medizin zu Lebzeiten des Betroffenen nicht immer möglich sein würde. Regelungsbedarf sah man insofern allerdings keinen. Es sei ratsam, „von solchen entfernten Möglichkeiten, mit welchen auch das bisherige Recht nicht rechnet, abzusehen“.¹⁸

Demgegenüber hatte beispielsweise noch das – allerdings auch deutlich detailverliebtere – Preußische Allgemeine Landrecht¹⁹ in Teil I Tit. 1 § 19 festgelegt, dass in erster Linie die Eltern bestimmen, in welchem Geschlecht ein Zwitter erzogen werden soll. Nach Vollendung des 18. Lebensjahres wurde den Betroffenen aber das Recht zugestanden, selbst wählen zu können, nach welchem Geschlecht ihre Rechtsstellung in Zukunft beurteilt werden sollte (§ 20), wobei diese Entscheidung als unabänderlich angesehen wurde.²⁰ Die Rechtsstellung Dritter sollte durch die Wahl der Eltern oder des Betroffenen nicht berührt werden, vielmehr hatten Dritte das Recht, auf einer Entscheidung durch einen Sachverständigen zu bestehen (§§ 22, 23).

Auch in ausländischen Rechtsordnungen finden sich nur vereinzelt Regeln, die spezifisch auf Intersexuelle zugeschnitten sind. So kann nunmehr beispielsweise in australischen Pässen²¹ anstatt „weiblich“ oder „männlich“ das Geschlecht auch mit einem „X“ angegeben werden, dabei steht „X“ für „indeterminate/unspecified/intersex“. Voraussetzung dafür ist keine vorherige Änderung der Geburtsurkunde, sondern lediglich die Vorlage eines von einem Mediziner oder Psychologen ausgefüllten Formblatts, das die Intersexualität bescheinigt.²² Noch weiter geht das neuseeländische Recht, das eine entsprechende Geschlechtsangabe in Pässen bereits aufgrund einer Selbstauskunft einträgt.²³ Dabei entspricht die Angabe des Geschlechts durch den Buchstaben „X“ den Standards der International Civil Aviation Organisation (ICAO). Diese sehen im Übrigen auch vor, dass das Geschlecht eines von vier zwingenden persönlichen Identifizierungsmerkmalen ist, die in einem Reisepass enthalten sein müssen.²⁴

18 Mot. I, S. 26, bei Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 1899, S. 370.

19 Vgl. dazu Wacke, FS Rebmann, 1989, S. 887 f.

20 Wacke, FS Rebmann, 1989, S. 888.

21 Rechtsvergleichende Hinweise zur Anerkennung eines dritten Geschlechts vor allem für Eintragungen in Personalausweisen und Reisepässen in Nepal, Indien, Pakistan und Australien bei Bochenek/Knight, Emory International Law Review 26 (2012) 11.

22 Vgl. <https://www.passports.gov.au/web/sexgenderapplicants.aspx> (zuletzt besucht am 23. 3. 2015).

23 Dort ist nur für Minderjährige die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung erforderlich, im Übrigen reicht die Angabe, seit wann man in seinem gegenwärtigen Geschlecht („gender identity“) gelebt hat, <http://www.passports.govt.nz/Transgender-applicants> (zuletzt besucht am 23. 3. 2015).

24 Vgl. etwa Sieberichs, FamRZ 2013, 1180, 1183.

Die besonders unkomplizierten Regeln für die Änderung der Geschlechtsangabe in australischen und neuseeländischen Passdokumenten scheinen aber auf die personenstandsrechtliche Geschlechtszugehörigkeit keine Auswirkungen zu haben.²⁵ Auf jeden Fall hat jüngst der australische High Court nur unter den strengen Voraussetzungen, die eigentlich für eine Änderung der Geschlechtszugehörigkeit bei Transsexuellen gelten,²⁶ auch Intersexuellen gestattet, in ihre Geburtsurkunde die Geschlechtsangabe „non-specific“ (unbestimmt) eintragen zu lassen. Wenig Sympathien zeigte der High Court in diesem Zusammenhang gegenüber einem obiter dictum der Vorinstanz, die wahlweise auch die Eintragung von „intersex“, „transgender“ oder „androgynous“ erlauben wollte.²⁷ In Europa sind mir lediglich Regelungen aus Belgien und den Niederlanden bekannt, die in eine ähnliche Richtung gehen wie das neue deutsche Recht und bei Geburt eines intersexuellen Kindes die Möglichkeit eröffnen, die Angabe des Geschlechts vorübergehend oder dauerhaft offenzulassen.²⁸

In der deutschen familienrechtlichen Diskussion wurde Intersexualität bislang kaum Beachtung geschenkt. Stärker in den Fokus des öffentlichen Interesses ist die Problematik erst gerückt, seitdem der Deutsche Ethikrat am 14. Februar 2012 eine Stellungnahme zu diesem Thema abgegeben hat und dabei weitreichende Reformen des deutschen Personenstands- und Familienrechts vorgeschlagen hat.²⁹ Nach einer öffentlichen Anhörung im Bundestag am 25. Juni 2012 durch den

25 Für Neuseeland vgl. den Abschnitt „The gender details recorded on your New Zealand birth record“ auf der Homepage des Innenministeriums (<http://www.passports.govt.nz/Transgender-applicants>) sowie die Informationen zur Änderung des Geschlechtseintrags in Geburtsurkunden im Abschnitt „Recording sex as indeterminate“ unter [http://www.dia.govt.nz/diawebsite.nsf/Files/GeninfoDeclarationsofFamilyCourt/\\$file/GeninfoDeclarationsofFamilyCourt.pdf](http://www.dia.govt.nz/diawebsite.nsf/Files/GeninfoDeclarationsofFamilyCourt/$file/GeninfoDeclarationsofFamilyCourt.pdf) (zuletzt besucht am 23. 3. 2015).

26 Einer operativen Geschlechtsumwandlung wurden geschlechtsanpassende Maßnahmen gleichgestellt, die nach Angaben des Betroffenen und zweier Ärzte zu keiner eindeutigen Geschlechtszugehörigkeit geführt hatten.

27 NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie [2014] HCA 11 vom 2. April 2014 – S 273/2013, Rn. 26, 31 und 34 (im Internet abrufbar).

28 In Belgien kann nach Art. 57 Nr. 1 Code civil bei Geburt eines intersexuellen Kindes die Bestimmung des Geschlechts – allerdings nur innerhalb der ersten drei Monate – unter Vorlage eines ärztlichen Attests nachgeholt werden (abgedruckt bei *Pintens* in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Belgien, Stand: 2011, S. 82). Noch weiter geht in den Niederlanden Art. 19d Abs. 3 B.W., der die Möglichkeit eröffnet, für ein Kind, dessen Geschlecht nicht innerhalb von drei Monaten nach der Geburt angegeben worden ist, eine Geburtsurkunde ohne Angabe des Geschlechts auszustellen (abgedruckt bei *Weber* in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Niederlande, Stand: 2008, S. 84).

29 Stellungnahme des Deutschen Ethikrates zum Thema Intersexualität, BT-Drucks. 17/9088.

Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend³⁰ hat der Gesetzgeber das bereits kurz vor seinem Abschluss stehende Gesetzgebungsverfahren zum Erlass des Personenstandsrechts-Änderungsgesetzes genutzt und einen neuen § 22 Abs. 3 in das Personenstandsgesetz (PStG) eingefügt, der am 1. November 2013 in Kraft getreten ist.³¹ § 22 Abs. 3 PStG lautet:

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

Im Reisepass ist dann das Geschlecht – wie in Australien oder Neuseeland – mit „X“ anzugeben,³² demgegenüber enthalten deutsche Personalausweise keine Geschlechtsangabe. Anlässlich der Debatte im Bundestag wurde die Reform des PStG nicht als abschließende Lösung, sondern als erster Schritt zur rechtlichen Bewältigung der durch Intersexualität aufgeworfenen Fragen charakterisiert.³³ Daher heißt es nunmehr auch im Koalitionsvertrag:

Die durch die Änderung des Personenstandsrechts für intersexuelle Menschen erzielten Verbesserungen werden wir evaluieren und gegebenenfalls ausbauen und die besondere Situation von trans- und intersexuellen Menschen in den Fokus nehmen.³⁴

30 http://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2012/39209706_kw26_pa_familie/208696 (zuletzt besucht am 23. 3. 2015).

31 Art. 10 Abs. 2 Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften vom 7.5.2013 (BGBl. I, S. 1122) (Nachweise zum Gesetzgebungsverfahren unter <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/451/45180.html> – zuletzt besucht am 23. 3. 2015).

32 Allerdings gibt es im Passgesetz für diese Eintragung bisher keine Grundlage. Aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts ergibt sich die Zulässigkeit des Merkmaleintrages „X“ unmittelbar aus der Verordnung (EG) Nr. 2252/2004 des Rates vom 13. Dezember 2004 iVm dem Dokument 9303 der ICAO (Internationale Zivilluftfahrtorganisation). Entsprechend Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EG) 2252/2004 iVm Punkt 2 des Anhangs „Mindestsicherheitsnormen für von den Mitgliedstaaten ausgestellte Pässe und Reisedokumente“ ist das Dokument 9303 der ICAO für die Gestaltung und Inhalte der Personaldatenseite verbindlich. Nach Kapitel IV-11 lfd. Nr. 11/II ist bei nicht festgelegtem Geschlecht ein „X“ einzutragen. Dies ist nach Kapitel IV-16 Ziffer 9.7 lfd. Nr. 21 in der maschinenlesbaren Zone (MRZ) bei nicht definiertem Geschlecht in ein „<“ umzuwandeln (vgl. auch Appendix 6 zu Kapitel IV; IV-42). Aufgrund des Anwendungsvorrangs der EU-Verordnung muss das deutsche Passgesetz nicht zwingend angepasst werden. Es ist aber geplant, diesen Aspekt bei der nächsten Änderung des Passgesetzes zu berücksichtigen. Ich danke Frau Dr. Berkl für diesen Hinweis.

33 MdB *Tauber*, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/219 vom 31.1.2013, S. 27222 (D).

34 Koalitionsvertrag der 18. Legislaturperiode, S. 105 (<http://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatistischeSeiten/Breg/koalitionsvertrag-inhaltsverzeichnis.html> – zuletzt besucht am 23. 3. 2015).

Von *Prantl* wurde der neue § 22 Abs. 3 PStG in der Süddeutschen Zeitung als „juristische Revolution“ gefeiert.³⁵ Besonders erwähnenswert ist vielleicht auch, dass die Reform im April 2014 vom Supreme Court of India in seinem Urteil zur Rechtsstellung der Gemeinschaft der sog. Hijra als Beleg für die weltweiten Bemühungen zum Abbau von Diskriminierungen der Transgender Community gewürdigt wurde.³⁶ Demgegenüber hatte eine Glosse in der Juristenzeitung nur Spott und Hämie für die Reform übrig.³⁷

Um die neue Regelung sachgerecht auslegen und ihre Tragweite einordnen zu können, sollte man sich zunächst kurz vergegenwärtigen, wie die bisherige personenstandsrechtliche Praxis mit dem Phänomen der Intersexualität umgegangen ist.

³⁵ SZ vom 16. August 2013 (<http://www.sueddeutsche.de/leben/geschlechter-im-deutschen-recht-maennlich-weiblich-unbestimmt-1.1747380> – zuletzt besucht am 23. 3. 2015).

³⁶ Supreme Court of India, Writ Petition (Civil) No. 400 of 2012 vom 15. April 2014, Rn. 41 f. (im Internet abrufbar).

³⁷ *Kohler*, JZ 2014, 459 ff.