# Die Dritte Option: Für wen?

**Chris Ambrosi**

29.11.2017 doi: 10.17176/20171130-120244

Sollte der Gesetzgeber eine Dritte Option im Personenstandsrecht einführen, so wird er sich damit auseinandersetzen müssen, wer Zugang zu dieser Dritten Option erhalten soll. Dieser Beitrag geht der Frage nach, was sich aus der Entscheidung vom 10. Oktober 2017 dazu entnehmen lässt: Muss die dritte Option neben inter*geschlechtlichen Menschen auch allen anderen offen stehen, die sich weder als Mann noch als Frau verstehen?

## Nicht Mann. Nicht Frau. Was dann?

Geschlecht ist vielfältig. In seiner epochalen Entscheidung stellt nun auch das Bundesverfassungsgericht fest: Es gibt nicht nur Mann oder Frau. Anlass war das Verfahren einer inter*geschlechtlichen Person, die sich selbst weder als Mann noch als Frau verstand, dies aber nicht positiv im Personenstandsregister eintragen lassen konnte. Der Gesetzgeber kann sich nun entscheiden, ob er eine Dritte Option einführt oder den Geschlechtseintrag aus dem Personenstandsrecht komplett streicht (Rn.65). Wie Sarah Elsuni und Grietje Baars in ihren Beiträgen zeigen, wäre die komplette Streichung des Geschlechtseintrages die vorzugswürdigere Variante. Sie ist zugleich die unwahrscheinlichere Variante, weil sie größeren legislativen Aufwand erfordert. Wenn nun aber die Dritte Option eingeführt wird, wer darf sie beanspruchen? Alle Menschen, die sich weder als Mann noch als Frau verstehen? Oder dürfte eine Neuregelung auf inter*geschlechtliche Personen beschränkt werden?

## Sprachlich schwer greifbar

Geschlecht ist nicht nur vielfältig, sondern auch sprachlich kompliziert: Es gibt Menschen, die sich weder als Frau noch als Mann identifizieren und sich deswegen als nicht-binär bezeichnen. Manche dieser nicht-binären Menschen haben einen Körper, der nach medizinischen Kriterien eindeutig einem Geschlecht zugeordnet werden kann. Ihre nicht-binäre Geschlechtsidentität weicht von ihrem medizinisch eindeutig binär einzuordnenden Körper ab. Sie verorten sich deswegen zumeist unter dem Oberbegriff transgender, weil sie sich nicht mit dem Geschlecht identifizieren, dem sie bei Geburt zugeordnet worden sind. Andere nicht-binäre Menschen hingegen werden mit einem Körper geboren, der schon medizinisch nicht in das Schema Frau oder Mann passt. Sie sind inter*geschlechtlich: Seit Geburt sind genetische und/oder anatomische und/oder hormonelle Geschlechtsmerkmale vorhanden, die nicht den medizinischen Geschlechternormen von Mann und Frau entsprechen. Vorsicht ist dennoch geboten: Nur manche inter*geschlechtlichen Menschen bezeichnen sich auch als nicht-binär. Der Körper sagt also noch nichts über die Geschlechtsidentität aus. Es gibt dementsprechend durchaus intergeschlechtliche Menschen, die sich eindeutig als Mann oder als Frau identifizieren und auch die Eintragung als Mann oder als Frau wünschen.

## Darf der Körper für die Dritte Option eine Rolle spielen?

Entscheidende Frage wird nun sein, ob der Gesetzgeber neben der nicht-binären Geschlechtsidentität auch einen nicht-binären Körper zur weiteren Zugangsvoraussetzung für die Dritte Option machen darf. Dann hätten nur inter*geschlechtliche Menschen Zugang zur Dritten Option. Alle anderen nicht-binären Menschen blieben auf die binäre Zuordnung verwiesen. Das wäre eine Fortsetzung der legislativen Geschichte von Minimallösungen bei Geschlechterfragen. Wäre eine solche Minimallösung aber auch verfassungsgemäß?

Auf den ersten Blick äußert sich Karlsruhe nicht zu dieser Frage. Das Bundesverfassungsgericht überlasst es dem Gesetzgeber, wie er die Dritte Option

ausgestaltet und welchen Namen er ihr gibt (Rn. 65). Die gerichtlichen Feststellungen zur Verfassungswidrigkeit beziehen sich nur auf inter*geschlechtliche Menschen, die sich weder als Mann noch als Frau verstehen. Nur für sie fordert der Erste Senat eine Neuregelung des Geschlechtseintrages im Personenstandsrecht, denn die Verfassungsbeschwerde wurde von einer inter*geschlechtlichen Person eingelegt. Der Erste Senat musste sich folglich nur mit ihrer Situation befassen und hatte keinen Anlass, die verfassungsrechtliche Situation aller übrigen nicht-binären Menschen zu erörtern. Auf den zweiten Blick könnte Karlsruhe gleichwohl behilflich sein bei Beantwortung der Frage, wem die Dritte Option verfassungsrechtlich offenstehen muss. Denn der Senat entfaltet in der Entscheidung Begriff und Verständnis von Geschlecht im Grundgesetz.

## Erste Aussage: Es gibt ein nicht-binäres Geschlecht

Das Bundesverfassungsgericht löst sich von einem binären Geschlechtsverständnis. Das Grundgesetz schreibe keine Binarität der Geschlechter vor, und „Geschlecht“ im Sinne des Grundgesetzes sei nicht allein auf „Männer“ und „Frauen“ festgelegt (Rn. 50). Das Bundesverfassungsgericht geht sogar noch einen Schritt weiter und erkennt an, dass es ein verfassungsrechtlich zu schützendes „weder allein männliche[s] noch allein weibliche[s]“ Geschlecht gibt (Rn. 58). Das ist ein wahrer Fortschritt – sagt aber noch nichts darüber aus, wer ein „weder allein männliches noch allein weibliches“ Geschlecht beanspruchen darf und folglich einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf eine Dritte Option hat.

## Zweite Aussage: Die geschlechtliche Identität ist entscheidend

Aufschluss darüber gibt eine zweite Feststellung des Senates: Allein die geschlechtliche Identität ist entscheidend für das verfassungsrechtliche Geschlecht. Das lässt sich wiederum der bereits genannten Passage entnehmen:

> *„Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt […] auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierung wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts.“ (Rn. 58)*

Der Erste Senat versteht die Dritte Option nicht als eine Zwangsoption für alle inter*geschlechtlichen Menschen, sondern als eine Zusatzoption für diejenigen unter ihnen, die sich weder als Mann noch als Frau verstehen. Denjenigen inter*geschlechtlichen Menschen, die sich selbst eindeutig nur als „Mann“ oder nur als „Frau“ verstehen, ist die Eintragung als „Mann“ oder als „Frau“ unbenommen, weil das ihre jeweilige geschlechtliche Identität ist. Für den Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts kommt es also nicht auf den Körper an, sondern nur auf die geschlechtliche Identität.

## Conclusio: Gleicher Schutz ungeachtet des Körpers

Anerkennt das Grundgesetz ein nicht-binäres Geschlecht (Aussage eins) und ist für das Geschlecht die Geschlechtsidentität entscheidend (Aussage zwei), dann folgt daraus: Alle Menschen, die sich weder als Mann noch als Frau verstehen, sind von Verfassungs wegen gleichermaßen in ihrem „empfundenen Geschlecht“ geschützt – ungeachtet ihrer körperlichen Merkmale. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt die geschlechtliche Identität (Rn. 58), und auch Art. 2 Abs. 1 i.V.m Art. 1 Abs. 1 GG schützt die geschlechtliche Identität (Rn. 39). Haben nun nach dem Entscheidungsgegenstand inter*geschlechtliche Menschen, die sich weder als Mann noch als Frau verstehen, ein Recht auf die Dritte Option, so muss das gleichermaßen für jene Menschen gelten, die sich trotz vermeintlicher „körperlicher Eindeutigkeit“ weder als Männer noch als Frauen verstehen.

## Alles nicht so gemeint?

Die oben zitierte Passage aus Randnummer 58 ist durchaus kein „Ausrutscher“ des Senates. Wie dem Zitat zu entnehmen ist, verwendet der erste Senat den allgemeinen Begriff „Menschen“ und beschränkt die Aussage gerade nicht auf inter*geschlechtliche Menschen. Außerdem schließt der Senat an seine bisherige Rechtsprechung zum Transsexuellengesetz an. Das Bundesverfassungsgericht hat die zentrale

Bedeutung der Geschlechtsidentität bereits in seiner fünften Transsexuellen-Entscheidung angedeutet, sie in der siebten Entscheidung weiterentwickelt und in der achten Entscheidung zu Transsexualität endgültig entschieden: Für das rechtliche Geschlecht kommt es nicht auf die „äußeren Geschlechtsmerkmale“ an, sondern auf das „empfundene Geschlecht“. Das Bundesverfassungsgericht erklärte in der achten Entscheidung das Operationserfordernis für verfassungswidrig, weil der Wechsel des Geschlechtseintrages nicht vom Aussehen der äußeren Geschlechtsmerkmale abhängig gemacht werden dürfe (Rn. 59 und 70 ff).

In der etwas kryptisch anmutenden Randnummer 55 der Entscheidung zur Dritten Option heißt es allerdings:

> *„Auch die Dauerhaftigkeit des Personenstandes wird durch die Option eines weiteren Geschlechtseintrages nicht beeinträchtigt, weil mit der bloßen Schaffung einer weiteren Eintragungsmöglichkeit zum Geschlecht keine Aussage zu den Voraussetzungen des Wechsels des Personenstands getroffen ist.“*

Sollte das bedeuten, dass nur inter*geschlechtliche Menschen ein Anrecht auf die Dritte Option haben? Das wäre widersinnig. Zum einen müssten auch inter*geschlechtliche Menschen, die vor dem Jahre 2013 geboren worden sind, einen Personenstandswechsel vollziehen, wenn sie einen Eintrag nach der Dritten Option begehrten. Vor Einführung des § 22 Abs. 3 PStG im Jahre 2013 wurden sie nämlich entweder als männlich oder als weiblich eingetragen. Zum anderen ist die Dauerhaftigkeit des Personenstandes bei inter*geschlechtlichen Menschen nicht anders zu beurteilen als bei trans*geschlechtlichen Menschen. Körperliche Gegebenheiten bewirken keinen wesentlichen Unterschied. Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner achten Transsexuellen-Entscheidung aus dem Jahre 2011 entschieden, dass die körperlichen Gegebenheiten nicht die Dauerhaftigkeit der Geschlechtsidentität determinieren, und festgehalten: „Die Dauerhaftigkeit und Irreversibilität des empfundenen Geschlechts eines Transsexuellen lässt sich nicht am Grad der Anpassung seiner äußeren Geschlechtsmerkmale an das empfundene Geschlecht mittels operativer Eingriffe messen“.

Auch die kürzlich ergangene neunte Transsexuellen-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes führt zu keiner anderen Deutung. Die Kammer entschied, dass das Erfordernis zweier Gutachten zur Änderung des Vornamens und des Geschlechtseintrages nach § 4 Abs. 3 TSG nicht verfassungswidrig sei. Für den Nachweis der Geschlechtsidentität ist demnach nicht die selbstbestimmte Entscheidung der betroffenen Person ausschlaggebend, sondern die Gutachten von Sachverständigen. Zwar überzeugt die Entscheidung wenig, weil sie die Selbstbestimmung der Betroffenen missachtet; dennoch bleibt auch nach dieser Entscheidung die Geschlechtsidentität entscheidend und nicht körperliche Merkmale.

## Verfassungswidrigkeit einer Dritten Option nur für inter*geschlechtliche Menschen?

Sollte der Gesetzgeber sich für eine Dritte Option nur für inter*geschlechtliche Menschen entscheiden, bedarf es nach alledem keiner Kristallkugel, um vorherzusagen, dass eine solche Lösung in Karlsruhe abgestraft würde. Alle Menschen, die sich weder als Frau noch als Mann verstehen, fallen nach den oben zitierten Ausführungen des Senates in den Schutzbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und des Diskriminierungsverbotes aufgrund des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG). Die Versagung einer dritten Option wäre ungeachtet der körperlichen Merkmale auch für alle nicht-binären Menschen ein nicht zu rechtfertigender Eingriff. Denn sie würden nicht in ihrer geschlechtlichen Identität anerkannt. Interessen Dritter (Rn. 51) oder des Staates (Rn. 52-54) vermöchten einen solchen Eingriff nicht zu rechtfertigen. Der Aufwand wäre zudem nicht signifikant höher und die Ordnungsinteressen nicht in größerer Gefahr, wenn auch andere als inter*geschlechtliche Menschen Zugang zur Dritten Option hätten.

Der Gesetzgeber wird sich bei der Ausgestaltung der Dritten Option mit vielen Fragen auseinandersetzen müssen. Nicht zuletzt wird zu klären sein, welche

Anforderungen an den Nachweis für die geschlechtliche Identität gestellt werden und welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, um die Dauerhaftigkeit der geschlechtlichen Identität nachzuweisen. Es steht zu hoffen, dass der Irrweg einer Zwangsbegutachtung nicht eingeschlagen wird. Der Gesetzgeber ist jedenfalls gut beraten, den Betroffenen Gehör zu schenken. Denn:

> *„Die Vulnerabilität von Menschen, deren geschlechtliche Identität weder Mann noch Frau ist, ist […] besonders hoch“ (Rn. 59).*

AUTOR*IN
**Chris Ambrosi**
Chris Ambrosi, LL.M. (Columbia University) promoviert an der Universität Frankfurt und arbeitet in Berlin zum Antidiskriminierungsrecht.

EMPFOHLENE ZITATION
Ambrosi, Chris: Die Dritte Option: Für wen? , Verfassungsblog, 29.11.2017, doi: 10.17176/20171130-120244.

Lizensiert unter CC BY-SA 4.0.

Langzeitarchiviert bei IntRechtDok unter: doi.org/10.17176/20171130-120244.