

Die Anwendung des § 22 Abs. 3 PStG auf intersexuelle Personen – Rechtsvergleichender Hintergrund, Auslegung und Reformperspektiven

Von Dr. *Susanne L. Gössl* (Tulane), Bonn*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
 1. Rechtliche Relevanz
 2. Geschlechtsbestimmung
 3. § 22 Abs. 3 PStG
- II. Rechtsvergleichende Umschau
 1. Positive Anerkennung eines »dritten Geschlechts«
 2. Aktuelle Gerichtsverfahren
 3. Aktuelle Reformdiskussionen
 4. Liberalisierungstendenzen im Transsexuellenrecht
- III. Konkrete Fragen zu § 22 Abs. 3 PStG
 1. Ist die nachträgliche Streichung einer Eintragung möglich?
 2. Wie kann ein Mensch weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden?
 3. Kann eine »dritte Option« neben »männlich« und »weiblich« positiv eingetragen werden?
 - a) Überblick Entscheidungen des BGH und BVerfG
 - b) Verfassungsrechtliche Anforderungen
 - c) Kritik am BVerfG: Verfassungskonforme Auslegung wäre möglich gewesen
- IV. Überlegungen zur notwendigen Gesetzesreform 2018
 1. Option 1: Abschaffung einer Geschlechtseintragung
 2. Option 2: Dritte Eintragungsmöglichkeit
 - a) Ergänzung von § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG
 - b) Änderung von § 22 Abs. 3 PStG
 - c) Folgeänderungen: Abstammung und Eherecht

I. Einleitung

Beschäftigen wir uns mit dem Thema »Intersexualität«, ist Ausgangspunkt, dass wir intuitiv alle Menschen in »Männer« und »Frauen« einteilen. Zugleich ist aber aus verschiedenen Mythen und Legenden wie der des Hermaphrodites¹ und aus anderen Kulturen² belegt, dass es stets Personen gab, die Merkmale von Männern und Frauen in sich vereinen und nicht eindeutig einer dieser beiden Kategorien zugeteilt werden können.

Ähnlich wie auch im Bereich der Transsexualität lässt sich im Einzelnen über die Verwendung von Begrifflichkeiten streiten³. Der Einfachheit halber beschränke ich mich auf die Begriffe Intersexualität und Transsexualität, auch wenn dies in Grenzbereichen unscharf ist. In meinem Vortrag verstehe ich als »intersexuelle Menschen« alle Personen, welche anhand geschlechtsbestimmender und geschlechtsdifferenzierender Merkmale nicht eindeutig einem Geschlecht zugeordnet werden können, sondern Merkmale beider Geschlechter aufweisen⁴. Als transsexuelle Personen verstehe ich demgegenüber solche Menschen, die sich psychisch einem Geschlecht zuordnen, physisch hingegen dem anderen⁵. Die Abgrenzung verschwimmt, je stärker bei der Geschlechtsbestimmung auch die Selbstbestimmung und -wahrnehmung der betroffenen Person eine Rolle spielt (dazu gleich). Die beiden Bereiche können sich überlappen und ein Rechtssystem vor ähnliche Herausforderungen stellen. Mein Fokus liegt auf der Intersexualität.

1. Rechtliche Relevanz

Das Geschlecht einer Person ist nicht nur im sozialen Zusammenleben wichtig. Rechtlich relevant wird es zunächst im Personenstandsrecht: Nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG ist bei Geburt eines Kindes im Geburtenregister neben anderen personenstandsrechtlich relevanten Merkmalen auch das Geschlecht zu beurkunden. Weiterhin baut unter anderem das Zivilrecht bei bestimmten Tatbeständen auf dem Geschlecht der beteiligten Personen auf. Seit der Öffnung der Ehe 2017⁶ ist das Geschlecht primär relevant bei der Bestimmung der Elternschaft: § 1591 BGB und §§ 1592 ff. BGB ordnen Vater- und Mutterschaft (auch) abhängig davon zu, ob die betroffenen Personen Mann oder Frau sind.

2. Geschlechtsbestimmung

Um festzustellen, welchem Geschlecht eine Person zugehört, wird auf eine Reihe von geschlechtsbestimmenden und geschlechtsdifferenzierenden Merkmalen abgestellt. Diese lassen sich einteilen in physische und psychische bzw. soziale Merkmale. Zu den physischen Merkmalen zählen der Phänotyp (Schultern/Brüste/Hüften, äußere Genitalien, Behaarung an Körper, Kopf und im Gesicht), innere Genitalien, der Chromosomensatz (XX oder XY) und die Konzentration bestimmter Hormone. Daneben kann darauf abgestellt werden, welchem Geschlecht eine Person sich zugehörig fühlt bzw. wie sie sozial wahrgenommen wird. Auch hierbei kommt es zu Überschneidungen der einzelnen Merkmale, und die physischen Merkmale können die psychisch-sozialen wiederum beeinflussen⁷.

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den die Verfasserin auf dem 4. Deutschen Landesbeamtentag am 10./11.11.2017 in Warnemünde gehalten hat. Der Vortragsstil wurde in weiten Teilen beibehalten und der leicht aktualisierte Text um Fußnoten ergänzt.

1 Zum Beispiel *Ovidius Naso*, *Metamorphoseon libri* (ca. 1–8 n. Chr.) IV:346–388.

2 Zum Beispiel *Lang/Kuhnle*, *Intersexuality and Alternative Gender Categories in Non-Western Cultures*, *Hormone research* 69 (2008), 240.

3 Vgl. *TransInterQueer e.V.* (Hrsg.), *Trans* in den Medien* (2014); *Agius/Tobler*, *Trans and intersex people. Discrimination on the grounds of sex, gender identity and gender expression*, hrsg. von der Europäischen Kommission, Directorate General of Justice (Luxemburg 2012) S. 12.

4 Ähnlich *Deutscher Ethikrat*, *Intersexualität*, BT-Drucks. 17/9088, S. 4.

5 Zum Beispiel *Agius/Tobler* (Fn. 3) S. 12.

6 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20.7.2017, BGBl. 2017 I, S. 2787.

7 Zum gesamten Absatz *Agius/Tobler* (Fn. 3) S. 12; vgl. auch *Agius*, *Human rights and intersex people. Issue paper published by the Council of Europe Commissioner for Human Rights* (2015) S. 37 f.; *Ghattas*, *Human rights between the sexes* (2013) S. 24; *Ulsenheimer* in: *Laufs/Kern* u. a. (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts* (4. Aufl. 2010) § 128 Rdnrn. 1-4; *Schneider*, *Zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem Transsexuellengesetz*, NJW 1992, 2940, 2941.

Wird ein Kind geboren, beurteilt typischerweise eine die Geburt medizinisch oder sonstig geburtshelfend begleitende Person anhand der sichtbaren Merkmale (insbesondere der äußeren Genitalien) das Geschlecht eines Kindes. War hiernach keine eindeutige Einordnung in die Kategorien »männlich« und »weiblich« möglich, wurde vor 2013 in Deutschland und wird in einem Großteil der übrigen Staaten das »überwiegende« Geschlecht bestimmt, abhängig von der Rechtsordnung unter Umständen begleitet von einer geschlechtsanpassenden Operation⁸.

3. § 22 Abs. 3 PStG

Deutschland stellt in dieser Hinsicht eine Ausnahme dar: Im Jahr 2013 erließ der Gesetzgeber § 22 Abs. 3 PStG⁹. Diese Norm erlaubt es nun, die personenstandsrechtliche Geschlechtsangabe eines intersexuellen Kindes bei Geburt offenzulassen und auch materiellrechtlich keine Festlegung auf »männlich« oder »weiblich« vorzunehmen. Vorausgegangen war eine umfassende Stellungnahme des Deutschen Ethikrats zu Fragen der Intersexualität¹⁰. Er rügte u. a. das damalige Familien- und Personenstandsrecht als unzureichend, um intersexuelle Personen angemessen zu erfassen, worauf recht kurzfristig § 22 PStG um den genannten dritten Absatz ergänzt wurde¹¹. Weiterhin sah der Koalitionsvertrag der CDU, CSU und SPD von 2013 vor, die neue Situation zu »evaluieren und gegebenenfalls aus[zu]bauen und die besondere Situation von trans- und intersexuellen Menschen in den Fokus [zu] nehmen«¹². Die Evaluation fand im Auftrag des Familienministeriums statt, das Ergebnis wurde im Februar 2017 vorgestellt¹³. Das Gutachten »Geschlechtervielfalt im Recht« des Deutschen Instituts für Menschenrechte untersuchte die Situation von intersexuellen Personen nach Inkrafttreten des § 22 Abs. 3 PStG und kam ähnlich wie bereits der Deutsche Ethikrat zum Ergebnis, dass die aktuelle Rechtslage den verfassungsrechtlichen Anforderungen bezogen auf die Rechte von intersexuellen Personen nicht vollumfänglich genügt. Am 8.11.2017 veröffentlichte das BVerfG seine Entscheidung vom 10.10.2017¹⁴ und schloss sich dem Deutschen Ethikrat und dem erwähnten Gutachten insofern an, als die geltende Rechtslage mit der Verfassung unvereinbar sei.

II. Rechtsvergleichende Umschau

Dennoch ist die deutsche Rechtsordnung insofern, als überhaupt eine personenstandsrechtliche Erfassung in anderer Weise als durch die Geschlechtsbezeichnung »männlich« oder »weiblich« (nämlich gar keine) möglich ist, weltweit eine der progressiveren Rechtsordnungen¹⁵. Schaut man sich rechtsvergleichend um, lässt sich feststellen, dass es in vielen Ländern und vor allem in Europa bezogen auf die Erfassung von intersexuellen Menschen »brodelt«.

1. Positive Anerkennung eines »dritten Geschlechts«

In Europa sieht Malta seit 2015 die Option vor, ein im Ausland erworbenes »drittes Geschlecht« im Inland rechtlich als solches anzuerkennen¹⁶. Seit September 2017 ist darüber hinaus auch im Inland eine Registrierung als »X« möglich¹⁷. Australien und Neuseeland sehen bereits seit einigen Jahren in einigen Staaten/Territorien positiv vor, dass eine Person mit einem »dritten Geschlecht« registriert und im Pass ausgewiesen werden kann¹⁸. Ähnliches gilt für Kanada¹⁹ und einige US-Staaten²⁰. In Indien, Nepal, Pakistan und Bangladesch gibt es ebenfalls Tendenzen, ein Geschlecht anders als »männlich« oder »weiblich« rechtlich wahr-

⁸ Zum Beispiel *Ormrod*, *The Medico-Legal Aspects of Sex Determination*, *Medico-Legal Journal* 40 (1972), 78–88; *Helms*, *Brauchen wir ein drittes Geschlecht?* (2015) S. 4 f.; vgl. auch *Greenberg*, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision Between Law and Biology*, *Arizona Law Review* 41 (1999), 265, 270 f.; *Cruz*, *Getting Sex Right: Heteronormativity and Biologism in Trans and Intersex Marriage Litigation and Scholarship Essay*, *Duke Journal of Gender Law & Policy* 18 (2010), 203.

⁹ Eingeführt durch das Gesetz zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften (PStRÄndG), angenommen am 1.3.2013, vgl. BR-Drucks. 76/13(B).

¹⁰ Stellungnahme vom 23.2.2012, Deutscher Ethikrat, BT-Drucks. 17/9088; ausführliches Dokument: <http://www.ethikrat.org/dateien/pdf/stellungnahme-intersexualitaet.pdf>.

¹¹ Ausführlich: *Bockstette*, *Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz*, StAZ 2013, 169, 171 f.; ähnlich BGH 22.6.2016, StAZ 2016, 269 = FamRZ 2016, 1580 Rdnr. 18.

¹² Deutschlands Zukunft gestalten. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 105, abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2013/2013-12-17-koalitionsvertrag.pdf.

¹³ *Althoff/Schabram/Follmar-Otto*, *Gutachten Geschlechtervielfalt im Recht*, Begleitmaterial zur Interministeriellen Arbeitsgruppe Inter- und Transsexualität, Bd. 8 (2017); daneben wurde die Situation der Transsexualität speziell untersucht in *Adamietz/Bager*, *Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen* (2016).

¹⁴ BVerfG 10.10.2017, StAZ 2018, 15 = NJW 2017, 3643 Leitsatz 1.

¹⁵ *Helms*, Anmerkung zu BVerfG 10.10.2017 (Fn. 14) FamRZ 2017, 2054, 2056.

¹⁶ Art. 9 Abs. 2 Maltese Gender Identity Gender Expression and Sex Characteristics Act of 2015 (Act XI of 2015).

¹⁷ Pressemitteilung des maltesischen Ministry for European Affairs and Equality and the Parliamentary Secretariat for Reforms, Citizenship and Simplification of Administrative Processes vom 5.9.2017, Reference Number: PRI71985en, abrufbar unter <http://www.gov.mt/en/Government/Press%20Releases/Pages/2017/September/05/PRI71985en.aspx>.

¹⁸ Ausführlich *Althoff/Schabram/Follmar-Otto* (Fn. 13) Annex II; *Keyes* in: *van den Brink/Tigchelaar* (Hrsg.), *M/V en verder* (Den Haag 2014) S. 126, 133, abrufbar unter https://www.wodc.nl/binaries/2393-volledige-tekst_tcm28-73312.pdf; siehe auch [http://www.dia.govt.nz/diawebsite.nsf/Files/Geninfo-DeclarationsofFamilyCourt/\\$file/GeninfoDeclarationsofFamilyCourt.pdf](http://www.dia.govt.nz/diawebsite.nsf/Files/Geninfo-DeclarationsofFamilyCourt/$file/GeninfoDeclarationsofFamilyCourt.pdf) S. 4; <https://oii.org.au/25214/media-release-intersex-community-on-edge-high-court-contemplates-transgender-case/>; [https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.pdf](https://www.ag.gov.au/Publications/Documents/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender/AustralianGovernmentGuidelinesontheRecognitionofSexandGender.pdf); dazu auch *Gössl*, *Intersexuelle Menschen im internationalen Privatrecht*, StAZ 2013, 301, 302.

¹⁹ Siehe Pressemitteilung »Minister Hussien announces major step forward in gender equality by making changes to passports and immigration documents«, https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/news/2017/08/minister_hussien_announcesmajorstepforwardingenderequalitybymakin.html.

²⁰ Zum Beispiel Sec. 11 Gender Recognition Act (California) = Sec. 103426 of the Health and Safety Code, Senate Bill No. 179, Ch. 853, Statutes of 2017, 15.10.2017; »In the Matter of the Sex Change of Jamie Shupe«, Circuit Court of the State of Oregon for the County of Multnomah, Case No. 16CV13991, 6.10.2016.

zunehmen²¹. Wie aber auch bei den anderen genannten Common-Law-Rechtsordnungen ist hier Vorsicht angebracht, da häufig kein Personenstandsrechtssystem existiert, wie wir es in Deutschland kennen, und die Anerkennung des Geschlechts nicht zwangsläufig dieselben umfassenden zivilrechtlichen Konsequenzen haben muss²².

2. Aktuelle Gerichtsverfahren

Es »brodelt« aber auch in anderen Ländern: In Frankreich entschied im Mai 2017 die Cour de Cassation, dass eine Gerichtsentscheidung, die erstinstanzlich eine Eintragung als »neutre«, also »neutral«, zugelassen hatte, aufzuheben sei²³. Aktuell ist gegen diese Entscheidung ein Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte anhängig. Ein ähnliches Verfahren ist in Österreich beim Verfassungsgerichtshof anhängig²⁴. Sowohl die österreichischen als auch die französischen Gerichte sahen die Eintragung eines »dritten Geschlechts« als unvereinbar mit ihrem strikt binär konzipierten Personenstandsrecht an.

3. Aktuelle Reformdiskussionen

In Portugal²⁵ und Luxemburg²⁶ haben sich die jeweiligen nationalen Ethikräte oder vergleichbaren Gremien mit der Thematik befasst. Auch die österreichische Bioethikkommission hat empfohlen, eine dritte Option in den Personenstandsregistern zuzulassen²⁷. In Schottland ist eine Öffnung des binären Systems angedacht, zurzeit findet eine »consultation« zur Reform des Gender Recognition Act 2004 statt²⁸. Im Vereinigten Königreich wurde angeregt, eine Neuregelung zu treffen und das binäre System aufzugeben, doch wurde der Vorschlag bisher noch nicht umgesetzt²⁹. Auch in einigen US-Staaten, die noch nicht tätig geworden sind, existieren Reformüberlegungen³⁰.

4. Liberalisierungstendenzen im Transsexuellenrecht

Parallel hierzu kann man deutliche Liberalisierungstendenzen im Transsexuellenrecht beobachten. Belgien³¹, Dänemark³², Irland³³, Malta³⁴ und Norwegen³⁵ haben diese Materie in den letzten Jahren reformiert. Während früher ein Geschlechtswechsel meist von einer geschlechtskorrigierenden Operation oder zumindest medizinischen oder psychologischen Gutachten abhing, also ein starker Fokus auch auf den physischen und medizinischen Aspekten der Geschlechtsumwandlung lag, ist der Geschlechtswechsel nach diesen neueren Regelungen leichter möglich und primär von – gegebenenfalls formgebundenen – Erklärungen der betroffenen Personen abhängig.

III. Konkrete Fragen zu § 22 Abs. 3 PStG

Nach diesem Überblick gehe ich auf drei Fragen ein, die sich bei der Handhabung von § 22 Abs. 3 PStG stellen. Diese sind: 1. ob eine leere Eintragung, wie die Norm sie vorsieht, nur bei Geburt durch Offenlassen oder auch nachträglich durch

Streichung einer vorhandenen Eintragung herbeigeführt werden kann; 2. wie sich bestimmt, wann genau eine Person weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden kann, was also die konkreten Voraussetzungen der Norm sind; 3. (hiermit hat sich gerade das BVerfG befasst) stellt sich die Frage, ob neben der leeren Eintragung auch die Eintragung einer positiven »dritten Option«, etwa »inter«, »divers« oder »nicht-binär« möglich ist.

1. Ist die nachträgliche Streichung einer Eintragung möglich?

Schaut man sich den Wortlaut der Norm an, spricht dieser zunächst gegen die Möglichkeit, einen Geschlechtseintrag zu löschen und das Feld damit nachträglich offenzulassen. Es wurde daher bei Inkrafttreten der Norm mit guten Argu-

21 http://www.huffingtonpost.com/2012/05/25/nepal-lesbian-gay-bisexual-transgender-intersex-others_n_1546879.html; <http://www.thehindu.com/opinion/lead/article3474004.ece>; <https://www.passports.gov.au/web/sex-genderapplicants.aspx>; [http://www.dia.govt.nz/diawebsite.nsf/Files/Cit-pol15Transgencitapp/\\$file/Citpol15Transgencandintersexcitapp.pdf](http://www.dia.govt.nz/diawebsite.nsf/Files/Cit-pol15Transgencitapp/$file/Citpol15Transgencandintersexcitapp.pdf), S. 2; ausführliche Länderberichte bei *van den Brink/Tigchelaar* (Fn. 18); FRA European Union Agency for Fundamental Rights (Hrsg.), *The fundamental rights situation of intersex people* (Wien 2015) S. 5; *Bochenek/Knight*, *Establishing a Third Gender Category in Nepal*, *Emory International Law Review* 26 (2012), 11. Überblick auch bei *Goessl*, *From question of fact to question of law to question of private international law*, *Journal of Private International Law* (JPrivIntL) 12 (2016), 261, 263 f.

22 Ausführlich dazu bereits *Goessl*, *StAZ* 2013, 301, 301 f.

23 Cour de Cassation 1ère civile 4.5.2017 – Nr. 531, 16-17.189, ECLI:FR:CCASS:2017:C100531.

24 Landesverwaltungsgericht Oberösterreich 5.10.2016 – LVwG-750369/5/MZ/MR, abrufbar unter <https://www.lvwg-ooe.gv.at/15008.htm>.

25 Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Nr. 94/CNECV/2017, Relatório e parecer sobre o projeto de proposta de lei que estabelece o direito à autodeterminação da identidade de género e expressão de género e o direito à proteção das características sexuais de cada pessoa (2017).

26 Commission Nationale d'Éthique, *Avis relatif à la diversité des genres* (2017).

27 Stellungnahme der Bioethikkommission vom 30.10.2017, laut Pressemitteilung vom 9.11.2017, abrufbar unter <https://www.bundeskanzleramt.gv.at/-/bioethikkommission-zu-intersexualitaet-und-transidentitaet>.

28 Ausführliche Dokumentation unter <http://www.gov.scot/Publications/2017/11/5459> und <https://consult.gov.scot/family-law/review-of-the-gender-recognition-act-2004/>. Die Autorin dankt dem Europäischen Verband der Standesbeamtinnen und Standesbeamten e. V. (EVS) für den Hinweis.

29 Siehe Early Day Motion 660 (EDM660), *Legal Recognition for people who do not associate with a particular gender*, session 2015–16, 5.11.2015, abrufbar unter <https://www.parliament.uk/edm/2015-16/660>.

30 Zum Beispiel Washington D. C., *Nonbinary Identification Cards Amendment Act of 2017*, Council Bill 22-0331 vom 20. 6. 2017.

31 Loi belge du 25 juin 2017 réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets, BS 10.7.2017, Numac 2017012964; dazu etwa *Pintens*, *Entwicklungen im belgischen Personen-, Familien- und Erbrecht 2016–17*, *FamRZ* 2017, 1449, 1450 f.

32 L. 182 Forslag til lov om ændring af lov om Det Centrale Personregister, 11. 6. 2014.

33 Irish Gender Recognition Act of 2015, dazu etwa *Sloan*, *Major Reforms to Irish Family Law*, *FamRZ* 2016, 1533, 1534 f.

34 Act XI of 2015, Act for the recognition and registration of the gender of a person and to regulate the effects of such a change, as well as the recognition and protection of the sex characteristics of a person (Gender Identity, Gender Expression and Sex Characteristics Act).

35 Lov om endring av juridisk kjønn 17. 6. 2016 Nr. 46, dazu *Eeg*, *Recent Development in Law of Persons, Family and Inheritance in Norway*, *FamRZ* 2017, 1466, 1467.

menten vertreten, dass eine nachträgliche Streichung nicht möglich sei³⁶. § 22 Abs. 3 PStG verwendet die Bezeichnung »das Kind« und behandelt die Eintragung bei Geburt. § 27 Abs. 3 Nr. 4 PStG sieht vor, dass eine »nachträgliche Angabe« möglich ist, nicht aber eine nachträgliche Streichung. Nichtsdestotrotz bestimmte der BGH³⁷ in seiner Entscheidung vom 22.6.2016, die in anderen Aspekten vom Bundesverfassungsgericht aufgehoben wurde, dass die Geschlechtsangabe auch nachträglich gestrichen werden kann. Er schloss sich insofern der Vorinstanz, dem OLG Celle³⁸, an und die Entscheidung wurde in diesem Aspekt auch nicht vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen. Eine nachträgliche Streichung ist also möglich.

2. Wann kann ein Mensch weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden?

Als Zweites ist zu klären, welchen der bereits angesprochenen geschlechtsbestimmenden und geschlechtsdifferenzierenden Merkmale personenstandsrechtliche Relevanz zukommt. Es geht primär darum, ob neben den physischen Merkmalen auch die psychischen Beachtung finden können oder sogar müssen. Vor der Einführung des § 22 Abs. 3 PStG wurde das Geschlecht bei Geburt primär anhand der physischen Merkmale festgemacht³⁹. Dies spricht dafür – was auch bei Inkrafttreten der Norm überwiegend vertreten wurde –, dass die Feststellung, dass eine Person weder dem einen noch dem anderen Geschlecht zugeordnet werden kann, ebenfalls anhand von physischen Merkmalen zu bestimmen ist⁴⁰. Bei Geburt sind allerdings die Selbstbestimmung und Selbstwahrnehmung der betroffenen Menschen noch nicht besonders stark ausgeprägt oder jedenfalls schwierig feststellbar. Die Frage wird also erst relevant, seit anerkannt ist, dass sich der Geschlechtseintrag bei Intersexualität auch nachträglich streichen lässt⁴¹.

Inzwischen existiert auch hierzu Rechtsprechung. Im Mai 2017 entschied das OLG Celle, »dass auch eine auf subjektiven Empfindungen beruhende Geschlechts(nicht)zugehörigkeit ausreichen muss, um eine Streichung des Eintrags zu rechtfertigen«⁴². Diese Entscheidung berief sich maßgeblich auf die verfassungsrechtlichen Positionen der betroffenen Person, insbesondere ihr Recht auf sexuelle Selbstbestimmung (dazu sogleich unter 3.). Die Entscheidung überzeugt und würde vom BVerfG wohl ebenso entschieden werden. Für die Praxis bedeutet dies, dass zukünftig im Fall der Streichung eines Geschlechtseintrags nicht nur auf physische, sondern auch – und zwar maßgeblich – auf psychische Aspekte einzugehen ist.

3. Kann eine »dritte Option« neben »männlich« und »weiblich« positiv eingetragen werden?

Ich komme zu der Frage, mit der sich das BVerfG zuletzt beschäftigt hat: Ist auch die positive Eintragung einer »dritten Option« möglich?

a) Überblick Entscheidungen des BGH und BVerfG

Der BGH entschied im Juni 2016, dass eine andere Eintragung als »männlich« und »weiblich« nicht möglich sei, da das PStG eine solche Eintragung nicht zulasse⁴³. Das BVerfG bestimmte demgegenüber, dass § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG in Verb. mit § 22 Abs. 3 PStG insoweit mit den Grundrechten der Betroffenen unvereinbar sei, als die Normen eine Pflicht zur Angabe des Geschlechts begründeten, aber keinen »positiven Geschlechtseintrag ermöglichen, der nicht ›weiblich‹ oder ›männlich‹ lautet«⁴⁴. Bis Ende des folgenden Jahres, d. h. bis zum 31.12.2018, hat der Gesetzgeber eine Neuregelung zu treffen. Alle Verfahren inklusive des konkreten vor dem BVerfG entschiedenen Verfahrens sind bis zu dieser gesetzlichen Neuregelung auszusetzen. Der Gesetzgeber kann die Pflicht, das Geschlecht einzutragen, gänzlich abschaffen oder eine positive dritte Eintragungsmöglichkeit einführen.

b) Verfassungsrechtliche Anforderungen

Das Gericht stellte einen Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und das Recht auf Schutz der geschlechtlichen Identität fest, d. h. einen Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 1 Abs. 1 in Verb. mit Art. 2 Abs. 1 GG)⁴⁵. Dieses Recht umfasst das Recht eines jeden Menschen, »dem Geschlecht zugeordnet zu werden, dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört«⁴⁶. Ein binäres Eintragungssystem, welches keine dritte Eintragungsoption vorsieht, aber eine Eintragung vorschreibt, greift in dieses Recht ein⁴⁷. Eine offengelassene Eintragung nach § 22 Abs. 3 PStG bildet nicht ab, dass die betroffene Person sich nicht als geschlechtslos versteht. Ihrem Selbstverständnis entspricht es, positiv einem

³⁶ Bockstette, StAZ 2013, 169, 171, 172 f.; Helms in: Festschrift Brudermüller (2014) S. 301, 305; tendenziell auch Dethloff/Gössl in: van den Brink/Tighelelaar (Fn. 18) S. 137, 141.

³⁷ BGH 22.6.2016 (Fn. 11).

³⁸ OLG Celle 21.1.2015, StAZ 2015, 107, 108; dazu auch Gössl, Eintragung im Geburtenregister als »inter« oder »divers«, StAZ 2015, 171, 171 f.; Sieberich, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180, 1184; Theilen, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, 1, 4.

³⁹ Allgemein Gaaz in: Gaaz/Bornhofen, PStG (3. Aufl. 2014) § 21 PStG Rdnr. 30.

⁴⁰ Bockstette, StAZ 2013, 169, 172; Gaaz in: Gaaz/Bornhofen (Fn. 39) § 22 PStG Rdnr. 11; a. A. bereits Dethloff/Gössl (Fn. 18) S. 137, 141, abrufbar unter https://www.wodc.nl/binaries/2393-volledige-tekst_tcm28-73312.pdf.

⁴¹ Siehe oben III.1.

⁴² OLG Celle 11.5.2017 – 17 W 5/17 (nicht veröff.).

⁴³ BGH 22.6.2016 (Fn. 11).

⁴⁴ BVerfG 10.10.2017 (Fn. 14) Leitsatz. 1 mit Anm. Wiggerich, StAZ 2018, 21.

⁴⁵ BVerfG 10.10.2017 (Fn. 14) Rdnrn. 37 f.

⁴⁶ BVerfG 10.10.2017 (Fn. 14); 11.10.1978, StAZ 1979, 9 = NJW 1979, 595–596 Rdnr. 50; Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung vom 6.8.2006, BT-Drucks. 16/1780, S. 31; VG Hamburg 6.3.2012, StAZ 2012, 344, 344 f.

⁴⁷ Gössl, StAZ 2015, 171, 173; Theilen, StAZ 2014, 1, 3; ders., Intersexualität bleibt unsichtbar: Kritische Anmerkung zum Beschluss des Bundesgerichtshofs zu nicht-binären Eintragungen im Personenstandsrecht, StAZ 2016, 295, 300; kritisch zur Eingriffsintensität Helms, FamRZ 2017, 2054, 2055.

weder nur männlichen noch nur weiblichen Geschlecht zugeordnet zu werden⁴⁸.

Weiterhin liegt eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG vor. Ungleich behandelt werden Personen, die ausschließlich männlich oder ausschließlich weiblich sind, und Personen, die weder ausschließlich männlich noch ausschließlich weiblich sind. Erstere können ihr Geschlecht positiv, eben als männlich oder weiblich, personenstandsrechtlich erfassen lassen. Letztere haben nur die Option, ihr Geschlecht als positiv männlich oder weiblich erfassen zu lassen, also ein Geschlecht, dem sie ihrer psychischen Wahrnehmung und physischen Beschaffenheit nach gerade nicht ausschließlich angehören, oder die Eintragung offenzulassen⁴⁹.

Das BVerfG erteilte dem von BGH, Cour de Cassation und den österreichischen Gerichten angeführten Rechtfertigungsgrund, nämlich der Binarität des Personenstands bzw. des nationalen (jeweiligen) Zivilrechts⁵⁰ und der damit verbundenen Formalität und Ordnungsfunktion des Personenstandsrechts⁵¹, eine Absage. Ein fundamentaler Grundsatz der Binarität werde nicht vom Grundgesetz verlangt oder vorausgesetzt⁵². Da eine Abweichung von diesem Grundsatz auch keine Belange Dritter beeinträchtigt, sei nicht ersichtlich, warum ein solcher Grundsatz bestehen sollte⁵³. Der EGMR könnte ähnlich entscheiden wie das BVerfG. Das Ergebnis hängt von der konkreten Ausgestaltung des französischen Personenstandsrechts ab und davon, wie strikt und formal dieses eingeschätzt wird⁵⁴.

c) Kritik am BVerfG: Verfassungskonforme Auslegung wäre möglich gewesen

Meiner Ansicht nach hätte das BVerfG etwas milder entscheiden können. Zwar ist eine positive Eintragungsmöglichkeit geboten, diese hätte aber durch eine verfassungskonforme Auslegung erreicht werden können. Der Grundsatz der verfassungskonformen Auslegung verlangt, dass, sobald eine Auslegungsmöglichkeit besteht, die den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, dieser Auslegung zu folgen ist⁵⁵. Vorliegend wäre eine Auslegung möglich gewesen, dass § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG auch Eintragungen wie »inter« oder »divers« erfasst⁵⁶. Es gibt weder im Bürgerlichen Gesetzbuch noch sonst im Gesetz eine Definition des Begriffs »Geschlecht«. Dieser Begriff muss somit nicht zwingend auf »männlich« und »weiblich« beschränkt sein⁵⁷. In den Verwaltungsvorschriften zum Personenstandsgesetz wird zwar vorgeschrieben, dass die Geschlechtseintragung nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG nur »männlich« oder »weiblich« zu lauten hat⁵⁸, es handelt sich aber um Verwaltungsvorschriften, nicht um ein Gesetz⁵⁹.

Auch ist es kein Zufall, dass keine gesetzliche Definition existiert. Vor Inkrafttreten des BGB wurde diskutiert, eine Regelung zu Intersexualität einzuführen. Im Allgemeinen Preußischen Landrecht⁶⁰ existierten Regelungen zu intersexuellen Personen⁶¹. Die Problematik der Intersexualität war also bekannt. Auf eine Regelung im BGB wurde verzichtet, da laut den Motiven »nach dem heutigen Stand der medizinischen Wissenschaft« angenommen werden dürf-

te, dass es »weder geschlechtslose noch beide Geschlechter in sich vereinigende Menschen gibt«, sondern nur Männer und Frauen, die gegebenenfalls »mißbildet« waren⁶². Interessant ist, dass der Gesetzgeber in seiner Begründung auf den aktuellen Stand der Wissenschaft abstellt. Er ging also bereits damals davon aus, dass sich diese Frage nicht ohne Rückgriff auf den jeweiligen Stand der Wissenschaft beantworten lässt und sich die wissenschaftliche Ansicht wandeln kann. Dies lässt sich so deuten, dass der Gesetzgeber damit auch die Option offenhalten wollte, dass sich bei gewandeltem Stand der Wissenschaft auch die Behandlung von intersexuellen Personen ändern ließe. Dies ist spätestens durch die Beurteilung des Deutschen Ethikrates und des BVerfG⁶³ geschehen. Beide haben festgestellt, dass nach heutigem Stand der Wissenschaft nicht mehr davon ausgegangen werden kann, dass es nur Männer und Frauen gibt⁶⁴. In § 22 Abs. 3 PStG hat der Gesetzgeber schließlich ausdrücklich anerkannt, dass es Personen gibt, die nicht eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können. Somit hat der Gesetzgeber einen absoluten Grundsatz der Binarität bereits 2013 aufgegeben.

48 BVerfG 10.10.2017 (Fn. 14) Rdnr. 43; aus Art. 8 EMRK ergibt sich ein vergleichbarer Schutz, z. B. EGMR 11.7.2002 – Nr. 28957/95 »Christine Goodwin gegen Vereinigtes Königreich«, ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795, Rdnr. 90; 12.6.2003 – Nr. 35968/97 »Van Kück gegen Deutschland«, ECLI:CE:ECHR:2003:0612JUD003596897, Rdnr. 69. Die Rechtsprechung des EGMR zu Transsexualität lässt sich auf den Fall der Intersexualität übertragen, ausführlich: Gössl, JPrivatL 12 (2016), 261, 271; Gössl, Intersexuelle Menschen und ihre personenstandsrechtliche Erfassung, NZFam 2016, 1122, 1125.

49 Gössl, StAZ 2015, 171, 172; dies., NZFam 2016, 1122, 1123 f. Auch Art. 14 EMRK verbietet Ungleichbehandlungen, insbesondere aufgrund des Geschlechts, ebd. 1125.

50 BGH 22.6.2016 (Fn. 11) Rdnr. 15.

51 OLG Frankfurt am Main 26.1.2004, StAZ 2004, 132 = NJOZ 2004, 1714, 1715 f.; ausführlich: Gaaz in: Hepting/Gaaz, PStR Bd. 2 (25. Lfg. 1998) § 21 Rdnr. 298; Dutta/Helms, Geschlechtseintrag »inter/divers« im Geburtenregister?, StAZ 2017, 98, 100 f.

52 BVerfG 10.10.2017 (Fn. 14) Rdnrn. 49 f.

53 BVerfG 10.10.2017 (Fn. 14) Rdnr. 50; dazu auch Gössl, Binär war gestern, <http://www.abstammungsrecht.de/susanne-goessler-binaer-war-gestern-das-personenstandsrecht-muss-ein-drittes-oder-gar-kein-geschlecht-vorsehen/>.

54 Zu den Anforderungen der EMRK ausführlich Gössl, NZFam 2016, 1122, 1123.

55 St. Rspr. seit BVerfG 7.5.1953, NJW 1953, 1057.

56 Gössl, StAZ 2015, 171, 172.

57 Gössl, StAZ 2015, 171, 172.

58 Nr. 21.4.3 PStG-VwV.

59 Verwaltungsvorschriften binden die Verwaltung und sind Gegenstand und nicht Maßstab gerichtlicher Kontrolle, dazu BVerwG 28.10.1998, NVwZ 1999, 1114, 1115; zu den beiden hier nicht einschlägigen Ausnahmen Gössl, StAZ 2015, 171, 172.

60 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794 (PrALR). 61 PrALR I 1 §§ 19 ff.

62 Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches, Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 1 (1888) S. 26: »Nach dem heutigen Stande der medizinischen Wissenschaft darf angenommen werden, daß es weder geschlechtslose noch beide Geschlechter in sich vereinigende Menschen gibt, daß jeder sog. Zwitter entweder ein geschlechtlich mißbildeter Mann oder ein geschlechtlich mißbildetes Weib ist.«

63 Bereits BVerfG 11.10.1978 (Fn. 46) Rdnr. 50: Es ist wissenschaftlich erwiesen, dass es die verschiedensten Formen der somatischen Intersexualität gibt.

64 Vgl. auch Gössl, StAZ 2015, 171, 172; dies., StAZ 2013, 301, 303.

§ 22 Abs. 3 PStG lässt sich aus meiner Sicht daher so lesen, dass er eine Ausnahme von der Eintragungspflicht nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG anordnet, nicht aber eine Pflicht zur Eintragung begründet⁶⁵. Dass der Wortlaut im PStG (»ist ... einzutragen«) nicht stets zwingend eng zu lesen ist, lässt sich auch daran sehen, wie der BGH sich über den Wortlaut von § 22 Abs. 3, § 27 Abs. 3 Nr. 4 PStG hinwegsetzt, woraus sich nur eine nachträgliche Eintragung, nicht aber Streichung ergibt⁶⁶. Es wäre daher dem BVerfG möglich gewesen, die Entscheidung aufzuheben und zur Neuentscheidung zurückzuweisen. Die Entscheidung, die stattdessen auf die Gesetzeslage, nicht die Auslegung, abstellt, zeigt, dass das Gericht dringenden Reformbedarf sieht, den es nicht der Rechtsprechung überlassen will.

IV. Überlegungen zur notwendigen Gesetzesreform 2018

Das BVerfG hat entschieden, dass die aktuelle Rechtslage geändert werden muss. Es stellt sich die Frage, was der Gesetzgeber bis Ende 2018 tun wird.

1. Option 1: Abschaffung einer Geschlechtseintragung

Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, die Pflicht zur Eintragung des Geschlechts gänzlich abzuschaffen⁶⁷. Ich habe Zweifel, ob dies sinnvoll ist, jedenfalls, wenn eine Gesetzesänderung bis Ende 2018 erfolgen soll. Der Geschlechtseintrag zieht viele Folgen und praktische Umsetzungsfragen mit sich, seine Abschaffung verlangt viele Detailänderungen in Datenbanken und Registern⁶⁸. In einer ganzen Reihe von Regelungen wird das »Geschlecht« erfasst und teilweise für administrative Zwecke verwendet⁶⁹. Eine positive Eintragung wäre, was bestehende bürokratische Abläufe betrifft, leichter zu integrieren, da es eine Ergänzung, nicht aber eine Reform des gesamten Systems darstellte. Sie wäre darüber hinaus im internationalen Rechtsverkehr vorzugswürdig, da viele Länder eine Geschlechtseintragung stets zwingend vorsehen und gar kein Geschlecht im Zweifel zu zusätzlichen Komplikationen für alle Beteiligten führt⁷⁰. Auch ist etwa im Pass eine positive Eintragung als »M«, »F« oder »X« notwendig, da die Standards der International Civil Aviation Organisation (ICAO), auf die auch die Verordnung Nr. 2252/2004 des Rates vom 13.12.2004 über Normen für Sicherheitsmerkmale und biometrische Daten in von den Mitgliedstaaten ausgestellten Pässen und Reisedokumenten Bezug nimmt⁷¹, eine Geschlechtsangabe in einem Reisepass verlangen⁷². Spätestens hier müsste also eine positive Eintragung stattfinden. Es gibt auch andere Beispiele, wo formal an ein Geschlecht angeknüpft wird und eine Umstellung notwendig wäre. In dem Gutachten des Deutschen Instituts für Menschenrechte wird beispielhaft gezeigt, in wie vielen Normen jedenfalls formal noch nach dem Geschlecht differenziert wird, und das Gutachten ist ausdrücklich nicht abschließend⁷³. Eine Abschaffung der Geschlechtseintragung ist ein Großprojekt. Das Gutachten und auch die aktuell stattfindende Überarbeitung des geltenden Rechts zur Anpassung an die Öffnung der Ehe stel-

len eine gute Vorbereitung dar. Ich habe dennoch Zweifel, ob die komplette Abschaffung der Geschlechterfassung in der vom BVerfG gesetzten Frist umgesetzt werden kann.

2. Option 2: Dritte Eintragungsmöglichkeit

Andererseits kann der Gesetzgeber positiv eine dritte Eintragungsmöglichkeit schaffen. Dies stellt eine wohl für den Rechtsverkehr sinnvollere und auch innerhalb der Frist realistische Lösung dar⁷⁴. Durch minimale Änderungen des geltenden Rechts wäre die Möglichkeit einer dritten Option vorzusehen. Im Anschluss könnten, aufbauend auf den Gutachten⁷⁵ und anderen Vorarbeiten, nicht nur das Personenstandsrecht, sondern auch das Familienrecht und das Transsexuellengesetz überarbeitet werden.

a) Ergänzung von § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG

Meiner Ansicht nach wäre es als Minimallösung ausreichend, in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG klarstellend zu ergänzen, dass die Eintragung des Geschlechts nicht auf »männlich« und »weiblich« beschränkt ist. In einer Verwaltungsvorschrift – oder auch der Norm selbst – ließe sich dann konkretisieren, wie ein drittes Geschlecht positiv bezeichnet werden sollte. Etwa könnten die Optionen »nicht-binär« oder »inter« vorgesehen werden⁷⁶. Das Institut für Menschenrechte schlägt in seinem Gutachten vor, dass neben dem Eintrag »weitere Geschlechtsoptionen« auch ein in der Zeichenzahl begrenzter Begriff von den Betroffenen selbst gewählt werden kann⁷⁷. Dies könnte zu Verwirrung und Missbrauch führen und müsste konsequenterweise auch Männern und Frauen offenstehen. Es könnte klargestellt

⁶⁵ Vgl. MdB *Jelpke*, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/219 vom 31.1.2013, S. 27220 (C); MdB *Tauber*, Deutscher Bundestag, Plenarprotokoll 17/219 vom 31.1.2013, S. 27222 (C); Empfehlungen des Bundesrats, BR-Drucks. 29/1/14, 4.3.2014, S. 8; Gössl, StAZ 2015, 171, 172; *dies.*, NZFam 2016, 1122; ausführlich *Helms* (Fn. 36) S. 301, 304 f.

⁶⁶ Siehe oben III.1.

⁶⁷ Dafür etwa *Scherpe*, *The Present and Future of European Family Law* (Cheltenham u. a. 2016) S. 127 f.; krit. hierzu *Gössl*, *Review Jens Scherpe* (Ed.), *European Family Law*, CMLRev 54 (2017), 1597, 1600.

⁶⁸ So bereits *Bockstette*, StAZ 2013, 169, 173; z. B. neben § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG auch §§ 15 Abs. 1 Nr. 2, 31 Abs. 1 Nr. 2 PStG, § 15 Abs. 1 Nr. 6 WPfG, § 4 Abs. 1 Nr. 6 PassG, § 49 b Abs. 1 Nr. 1 lit. c AufenthG, §§ 4 Abs. 2 Nr. 5, 64 Abs. 1 Nr. 5, 69 Abs. 1 Nr. 1 lit. f AufenthV, § 34 Abs. 2 Nr. 2 BBiG, §§ 118 Abs. 1 Nr. 4 Satz 2, 122 Abs. 1 Nr. 1 lit. a SGB XII, §§ 49 Abs. 1 Nr. 1, 57 Abs. 1 Nr. 1, 59 Abs. 1 Nr. 1 FeV, § 2 Abs. 6 Nr. 1 StVG, § 3 Abs. 1 Nr. 4 AZRG, § 23 Abs. 1 Nr. 2 WoGG, § 139 b Abs. 3 Nr. 9 AO, § 23 Abs. 1 Nr. 1 ArbSchG, § 1 Abs. 1 Nr. 12 BKADV, § 3 Abs. 1 Nr. 1 lit. a ATDG, § 16 Abs. 1 Nr. 1 GüKG, § 65 Abs. 3 Nr. 1 LuftVG, dazu etwa *Gössl*, Anmerkung zu BVerfG 10.10.2017 (Fn. 14) NJW 2017, 3648.

⁶⁹ Vgl. § 2 Abs. 5 Satz 2 VKVV zur Generation der Rentenversicherungsnummer, dazu *Gössl*, NJW 2017, 3648.

⁷⁰ *Gössl*, NJW 2017, 3648; *Helms* (Fn. 36) S. 301, 308.

⁷¹ ABl. EU 29.12.2004, Nr. L 385, 1.

⁷² So australisches Department of Foreign Affairs and Trade: <https://www.passports.gov.au/web/sexgenderapplicants.aspx#quest2>; siehe auch *Gössl*, StAZ 2013, 301, 301; *Helms*, FamRZ 2017, 2054, 2054 f.

⁷³ *Althoff/Schabram/Follmar-Otto* (Fn. 13) S. 30 ff.

⁷⁴ Vgl. *Gössl*, NJW 2017, 3648.

⁷⁵ *Althoff/Schabram/Follmar-Otto* (Fn. 13) und *Adamietz/Bager* (Fn. 13).

⁷⁶ *Gössl*, NJW 2017, 3648.

⁷⁷ § 2 Abs. 2 Satz 2 des Gesetzesvorschlags eines Geschlechtervielfaltsgesetzes (GVielFG): »Der Eintrag »weitere Geschlechtsoptionen« kann um eine eigene Bezeichnung von maximal 30 Zeichen ergänzt werden«, Teil 2 des Gutachtens *Althoff/Schabram/Follmar-Otto* (Fn. 13).

werden, dass die Bezeichnung geschlechtsbezogen ist, um sachwidrige Ergänzungen auszuschließen⁷⁸. Auch wenn eine derartige die Selbstbestimmung der Personen achtende Vision für die Zukunft sicher verführerisch ist, scheint mir die Umsetzung einer solchen Reform bis Ende 2018 sehr ambitioniert. Die Frage, wie häufig oder unter welchen konkreten Bedingungen dann ein Wechsel möglich wäre, bedürfte auch der Diskussion. Hierbei ließe sich auf die oben unter III.2 genannte Rechtsprechung zurückgreifen.

b) Änderung von § 22 Abs. 3 PStG

Weiterhin ließe sich in § 22 Abs. 3 PStG das »ist« in ein »kann« abändern, mit der Folge, dass weiterhin die Option bestünde, die Geschlechtseintragung offenzulassen. Es gäbe dann vier Möglichkeiten: Die positive Eintragung als männlich, weiblich, nicht-binär (o. Ä.) gemäß § 21 Abs. 1 Nr. 3 und die Nichteintragung des Geschlechts gemäß § 22 Abs. 3 PStG.

c) Folgeänderungen: Abstammung und Eherecht

Im Familienrecht müssen primär die Regelungen zur Abstammung und zur Ehe angepasst werden, §§ 1591 ff. BGB. Hier gibt es Lücken bzw. Ungereimtheiten, die allerdings bereits als Folge der Öffnung der Ehe und der Einführung von § 22 Abs. 3 PStG in großen Teilen überarbeitet werden müssen und bereits überarbeitet werden⁷⁹. Eine Entscheidung des BGH vom 6. 9. 2017 deutet darauf hin, dass sich die Mutterschaft nicht primär aus dem Geschlecht, sondern

dem Geburtsvorgang ergibt, sodass hier etwa »Frau« durch »Person« ersetzt werden könnte⁸⁰. Ähnliches muss dann auch für die Vaterschaft gelten (§ 1592 BGB)⁸¹. Weiterhin ließe sich klarstellen, dass die Ehe wirklich für alle geöffnet wurde, d. h. nicht auf Mann und Frau und gleichgeschlechtliche Paare reduziert ist⁸². Das Gesetz unterscheidet in beiden familienrechtlichen Komplexen noch zwischen »Mann« und »Frau«. Allerdings wird bereits im Ehe-recht ein Großteil der Differenzierung entfallen, sobald eine umfängliche Anpassung der Formulierungen an die Öffnung der Ehe stattgefunden hat. Das Abstammungsrecht wäre daher meiner Ansicht nach der reformbedürftigste Teil, dies allerdings auch in anderen Fragen und aus anderen Gründen⁸³.

78 Für das plastische Beispiel der Geschlechtsbezeichnung als »Reichsbürger« danke ich Herrn Professor *Anatol Dutta*, München.

79 Im Einzelnen mit Beispielen *Dethloff*, Familienrecht (31. Aufl. 2015) § 3 Rdnrn. 13 f., § 7 Rdnr. 9, § 10 Rdnrn. 6 f.; *Gössl*, NZFam 2016, 1122, 1127; *Helms* (Fn. 8) S. 16 f.

80 BGH 6. 9. 2017, StAZ 2017, 369 = NJW 2017, 3379; dazu *Gössl*, LMK 2017, 398618.

81 *Gössl*, LMK 2017, 398618; jetzt auch BGH 29. 11. 2017 – XII ZB 459/16, BeckRS 2017, 137288 (Abdruck in einem der nächsten Hefte der StAZ).

82 *Gössl*, NJW 2017, 3648. Zur aktuellen Unklarheit *Schwab*, Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, FamRZ 2017, 1284, 1286 f.

83 Dazu auch *Helms* in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Bd. 1 (2016) S. F7–103; *Sanders*, Mehrelternschaft (2018; im Erscheinen); BMJV, Arbeitskreis Abstammungsrecht Abschlussbericht (2017); *Reuß*, Theorie eines Elternschaftsrechts (unveröff. Habilitationsschrift, 2018); *Gössl*, LMK 2017, 398618.