

# Ronen Steinke

## Gerichte schauen nicht mehr auf Genitalien

### Anmerkungen zur achten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität<sup>1</sup>

*Die Erklärung eines erwachsenen Menschen, er fühle sich nicht (mehr) dem ihm bei Geburt zugeschriebenen Geschlecht zugehörig, wurde nach dem deutschen Transsexuellengesetz (TSG)<sup>2</sup> bislang nur dann rechtlich anerkannt, wenn der Antragsteller sich operieren ließ<sup>3</sup> – eine hohe Hürde, zumal nicht alle Transsexuellen<sup>4</sup> überhaupt den Wunsch hegen, sich unters Messer zu legen. Diese Hürde hat das Bundesverfassungsgericht nun aus dem Weg geräumt (Beschluss vom 11. Januar 2011 – 1 BvR 3295/07). Transsexuelle können künftig für ihr empfundenes Geschlecht Anerkennung finden, auch wenn sie sich nicht operieren lassen. Nach vielen kleinen Fortschritten für die Selbstbestimmung der Betroffenen ist diese Entscheidung nun ein großer. Es sollte indessen nicht der letzte bleiben.*

Die Kritik an den impliziten Grundannahmen des TSG über Geschlecht und Transsexualität ist zuletzt bereits hervorragend entfaltet worden, weshalb sie im Folgenden kurz gefasst werden kann.<sup>5</sup> Stattdessen soll sich der Blick nun nach vorn richten: Welche tatsächlichen oder vermeintlichen Interessen der Allgemeinheit betrachtet das Bundesverfassungsgericht auch nach seiner begrüßenswerten Entscheidung als legitime Grundlage für Beschränkungen der geschlechtlichen Selbstbestimmung, wie sie im TSG statuiert sind? Nach einer kurzen Darstellung der Entscheidung (1.) und einer Einordnung in die 30-jährige Rechtsentwicklung seit Bestehen des TSG (2.) soll also analysiert werden, was als Problematik *verbleibt* (3.). Abschließend folgt ein kurzer Ausblick (4.).

1 Für Anregungen und Kritik danke ich Nora Markard.

2 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen - Transsexuellengesetz vom 10. September 1980 (BGBl. I, 1654) in der Fassung vom 17. Juni 2009 (BGBl. I, 1978).

3 § 8 Abs. 1 TSG verlangt insofern u. a., dass die Person „3. dauernd fortpflanzungsunfähig ist und 4. sich einem äußeren Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist.“

4 An dem Ausdruck „Transsexuelle“ gibt es berechtigte Kritik. Die Empfindung des eigenen Geschlechts hat nicht automatisch etwas damit zu tun, zu welchem Geschlecht man sich hingezogen fühlt, weshalb „transgender“ ein präziserer Begriff dafür wäre. Dieser präzisere Ausdruck ist allerdings schon besetzt. Mit den Begriffen „transgender“ und „transidentitär“ werden heute solche Personen bezeichnet, die sich nicht auf eines von lediglich zwei klar abgegrenzten Geschlechtern festlegen lassen wollen - in Abgrenzung zu „Transsexuellen“, die in der binären Norm verbleiben. Die hier zu besprechende Entscheidung betrifft nur letztere.

5 Ausführlich: Laura Adamietz, Transgender ante portas? Anmerkungen zur fünften Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Transsexualität (Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 6.12.2005 – 1 BvL 3/03), KJ 2006, 368-380.

Die Beschwerdeführerin, „Frau L. I. Freifrau ...“, hatte sich an das Bundesverfassungsgericht mit folgendem Problem gewandt: Als Mann-zu-Frau-Transsexuelle, die in homosexueller Partnerschaft mit einer Frau lebe, wolle sie ihre Beziehung rechtlich absichern lassen, d.h. eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft eingehen. Da Frau L.I. es aber nie auf sich genommen habe, ihren männlichen Körper einer geschlechtsangleichenden Operation i.S.d. § 8 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 TSG zu unterziehen, gelte sie aus Sicht des Personenstandsrechts weiterhin als Mann - und die Beziehung zu ihrer Partnerin somit nicht als gleichgeschlechtliche, sondern als verschiedengeschlechtliche Beziehung. Damit sei beim Standesamt nur die Eingehung einer Ehe möglich, nicht aber einer Lebenspartnerschaft. Und diese Situation, so die Beschwerdeführerin, stelle sowohl für die Beschwerdeführerin persönlich als auch für die Familienrechtsordnung als Ganzes ein Problem dar.

Denn wenn die Beschwerdeführerin und ihre Partnerin, mithin zwei als Frauen lebende, weibliche Vornamen tragende Personen, tatsächlich eine Ehe eingingen, könnten Außenstehende entweder zu dem Schluss kommen, dass eine der beiden Frauen eine nicht-operierte Transfrau sein *müsse* - was die Beschwerdeführerin in ihrer Intimsphäre tangiere.<sup>6</sup> Oder Außenstehende könnten den missverständlichen Eindruck gewinnen, dass auch gleichgeschlechtliche Partner in Deutschland die Ehe eingehen können - was der deutsche Gesetzgeber bekanntermaßen gerade vermieden hat.<sup>7</sup>

Dieses Dilemma ist interessanterweise eines, in dem sowohl Verfechter der geschlechtlichen Selbstbestimmung als auch konservative Eheschützer aus je verschiedenen Gründen Handlungsbedarf erkennen können<sup>8</sup> - womit sich beim Bundesverfassungsgericht eine Senatsmehrheit von sechs Richter/innen finden ließ, die der Beschwerdeführerin gestattete, auch ohne Operation i.S.d. § 8 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 TSG als Frau im personenstandsrechtlichen Sinne anerkannt zu werden und somit eine gleichgeschlechtliche Lebenspartnerschaft eingehen zu können. Es verstoße, so das Bundesverfassungsgericht, gegen das in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG verankerte Recht auf sexuelle Selbstbestimmung,<sup>9</sup> „wenn [der Gesetzgeber] die personenstandsrechtliche Anerkennung eines Transsexuellen an zu hohe und damit unzumutbare Voraussetzungen knüpft.“<sup>10</sup>

An dieser Stelle beseitigt das Bundesverfassungsgericht die Überreste einer der gravierendsten Fehlvorstellungen, die dem TSG im Jahr 1980 zugrunde gelegt wurden: Bei der Schaffung des TSG war der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass „der Transsexuelle an sich“, wenn er denn ein authentischer ist, ohnehin stets eine Operation anstrebe - weshalb es den Betroffenen gegenüber auch gar nicht weiter einschneidend sei, wenn die von ihnen ersehnte Rechtsfolge einer Personenstandsänderung an das Erfordernis des Abschlusses dieser Operation geknüpft werde. Erst Jahre später hat die Erkenntnis eingesetzt, dass nicht alle tatsächlich diesem Bild entsprechen. Bis zuletzt setzte der Operationszwang in § 8 TSG weiter diejenigen Transsexuellen unter Druck, die nicht dem vom Gesetz-

6 Das Prinzip des Offenbarungsschutzes ist in § 5 TSG auch positiviert.

7 Demgegenüber haben, woran das BVerfG vorliegend unter Rn. 28 erinnert, Belgien, die Niederlande, Norwegen, Spanien und Schweden die Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet.

8 Eine ähnliche Konstellation zeigt Adamietz (Fn. 5), 375, auch schon für die fünfte Transsexuellen-Entscheidung des BVerfG auf.

9 Das BVerfG fasst auch das Recht, die eigene geschlechtliche Identität „zu finden und zu erkennen“, unter diesen Oberbegriff.

10 BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 - 1 BvR 3295/07, Rn. 59.

geber zugrunde gelegten Bild entsprachen. Doch auch für diejenigen Transsexuellen, die tatsächlich, wie vom Gesetzgeber unterstellt, „ohnehin“ eine Operation anstreben, bewirkte der § 8 TSG, dass intime Details ihrer Operation in dem gerichtlichen Antragsverfahren auf Personenstandsänderung ausgebreitet werden mussten.

Mit Verweis auf den heutigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand, wonach es zwar für die meisten, aber eben keineswegs für alle Transsexuellen wichtig ist, an ihrem Körper operative Änderungen vornehmen zu lassen, hat das Bundesverfassungsgericht diesen Operationszwang nun kassiert. Es sei „unzumutbar“, schreibt das Bundesverfassungsgericht, „von einem Transsexuellen zu verlangen, dass er sich derartigen risikoreichen, mit möglicherweise dauerhaften gesundheitlichen Schädigungen und Beeinträchtigungen verbundenen Operationen unterzieht, wenn sie medizinisch nicht indiziert sind, um damit die Ernsthaftigkeit und Dauerhaftigkeit seiner Transsexualität unter Beweis zu stellen“. <sup>11</sup> Die entsprechenden Vorschriften, § 8 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 TSG, erklärt das Gericht für nichtig.

Das ist nicht weniger als bahnbrechend. Geschlecht im Rechtssinne wird damit erstmals nicht mehr zwingend an bestimmte morphologische Voraussetzungen gekoppelt, die Festschreibung von Geschlecht als unbedingt *körperlicher* Kategorie vielmehr erstmals in Gänze gelöst. <sup>12</sup> Angetrieben durch das Bundesverfassungsgericht zieht Deutschland damit bei einer Rechtsentwicklung nach, die etwa in Belgien, Finnland, Österreich, Schweden, Spanien und Großbritannien bereits in den vergangenen Jahren vollzogen wurde. <sup>13</sup>

## 2. Rückblick

Dass die rechtsverbindliche Einordnung eines Neugeborenen in eines von zwei Geschlechtern überhaupt überwindbar sein müsse, ging im Jahr 1978 als Forderung vom Bundesverfassungsgericht aus („Transsexualität I“), <sup>14</sup> woraufhin der Gesetzgeber für diese Überwindung allerdings sehr hohe Hürden statuierte: Neben zwei psychologischen Gutachten verlangte der Gesetzgeber mit dem 1980 verabschiedeten TSG vor allem Operationen von den Antragstellern: erstens zur Sterilisierung und zweitens zur „deutlichen“ Umgestaltung der äußeren Geschlechtsmerkmale (§ 8 Abs. 1 Nrn. 3 und 4 TSG). Die bloße Vornamensänderung (als „kleine Lösung“ ohne weitere Rechtsfolgen, juristisch gewissermaßen Schall und Rauch) war zwar auch ohne Operationen zu haben (§ 1 TSG), bot für Antragsteller aber keine personenstandsrechtliche Anerkennung. So konzentrierten sich die Auseinandersetzungen in den folgenden 30 Jahren auf die hohen Hürden für die „große Lösung“ nach § 8 TSG. Siebenmal nahmen es einzelne Betroffene auf sich, ihre Probleme mit diesen Hürden durch alle Instanzen bis

11 Ebd., Rn. 65.

12 Das Gericht hat damit den Schritt vollzogen, den es 2005 nur *obiter* andenken konnte, vgl. Adamietz (Fn. 5), 375: „Für das Bundesverfassungsgericht ist es also denkbar, dass zukünftig der Personenstand von dem durch die noch vorhandenen äußerlichen Geschlechtsmerkmale suggerierten Geschlecht abweichen kann, sprich: es dürfe Männer mit Vagina und Frauen mit Penissen geben.“ Das BVerfG selbst merkte 2008 an, dass der Gesetzgeber von dieser durch das BVerfG aufgezeigten Möglichkeit noch keinen Gebrauch gemacht habe: „Vielmehr ist er hier bisher untätig geblieben.“ BVerfGE 121, 175 (196).

13 Für die einschlägigen Gesetze vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 - 1 BvR 3295/07, Rn. 26 sowie, speziell für Großbritannien, Adrian da Silva, Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht: Eine queere Analyse der Regulation des Geschlechtswechsels im Vereinigten Königreich, KJ 2009, 266 (270).

14 BVerfGE 49, 286 (Beschluss vom 11. Oktober 1978). Für eine eingehendere Aufbereitung der ersten fünf Entscheidungen, „Transsexualität I-V“, siehe Adamietz (Fn. 5), 372-377.

zum Bundesverfassungsgericht zu tragen; siebenmal antwortete das Bundesverfassungsgericht schulterzuckend, dass sich für die jeweilige Hürde in der Tat keine vernünftige Rechtfertigung finden lasse.

Die im TSG ursprünglich vorgesehene Altersgrenze von 25 Jahren dürfe der „großen Lösung“ ebenso wenig im Wege stehen, befand das Bundesverfassungsgericht („Transsexualität II“),<sup>15</sup> wie der „kleinen Lösung“ („Transsexualität III“).<sup>16</sup> Bereits nach einer bloßen Vornamensänderung gebe es keine Rechtfertigung mehr dafür, eine Transfrau nicht auch förmlich als „Frau ...“ anzusprechen („Transsexualität IV“),<sup>17</sup> und im Übrigen dürfe eine Transfrau mit lediglich „kleiner Lösung“ auch alles sein, was andere Frauen auch sein dürften, ohne ihren weiblichen Vornamen wieder zu verlieren - auch lesbisch („Transsexualität V“).<sup>18</sup>

Für das Erfordernis der deutschen Staatsangehörigkeit im TSG lasse sich wiederum kein sachlicher Grund erkennen („Transsexualität VI“).<sup>19</sup> Und schließlich lasse es sich auch nicht rechtfertigen, die personenstandsrechtliche Anerkennung eines Transsexuellen noch an die Voraussetzung zu binden, dass der Antragsteller nicht verheiratet sei („Transsexualität VII“).<sup>20</sup> Mit seiner jüngsten Entscheidung diskutierte das Bundesverfassungsgericht schließlich das Operationserfordernis als wichtigste noch verbleibende Hürde. Das Bundesinnenministerium hatte sich zwar in einem Reformentwurf zum TSG 2009 bereit gezeigt, künftig von sich aus auf einen Teil dieses Erfordernisses zu verzichten und lediglich noch zu verlangen, dass Transsexuelle sich fortpflanzungsunfähig machen lassen.<sup>21</sup> Dem kam das Bundesverfassungsgericht aber zuvor und räumte das Operationserfordernis nun in Gänze beiseite („Transsexualität VIII“).

### 3. Diskussion: Was bleibt?

Nachdem das Bundesverfassungsgericht die zusätzlichen Hürden beseitigt hat, die der Gesetzgeber ursprünglich vor der „großen Lösung“ aufgetürmt hatte, bleibt nur eine einheitliche, niedrigere Hürde übrig, welche Transsexuelle nehmen müssen, um die Fremdzuschreibung ihres Geschlechts zu überwinden: die Einholung psychologischer Gutachten. Die §§ 1 Abs. 1 und 8 Abs. 1 TSG verlangen - nunmehr gleichlautend - gutachterliche Nachweise dafür, dass die betroffene Person „sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben“.

Für Betroffene, die sich im Zuge eines transsexuellen Coming-Out ohnehin in psychologischer Beratung befinden, ist die Beibringung solcher Gutachten zwar nicht schwer zu organisieren. Der Prozess der Begutachtung - durch zwei voneinander unabhängige Psychologen, wie § 4 Abs. 3 TSG es verlangt - wird den-

15 BVerfGE 60, 123 (Beschluss vom 16. März 1982).

16 BVerfGE 88, 87 (Beschluss vom 26. Januar 1993).

17 BVerfG NJW 1997, 1632 (Beschluss vom 15. August 1996).

18 BVerfGE 115, 1 (Beschluss vom 6. Dezember 2005).

19 BVerfGE 116, 243 (Beschluss vom 18. Juli 2006).

20 BVerfGE 121, 175 (Beschluss vom 27. Mai 2008).

21 BT-Drucks. 16/13157, 1.

noch von manchen (nicht allen) als belastend geschildert<sup>22</sup> - wie erst recht das anschließende gerichtliche Verfahren, bei dem die eingeholten, überaus intimen Gutachten mit einem von Instanz zu Instanz größer werdenden Kreis von Jurist/innen geteilt werden müssen. Womit die Frage noch immer nicht an Relevanz verloren hat: Wozu das Ganze?

Warum genügt zum Beispiel nicht schlicht ein Schreiben an das die Geburtenbücher führende Standesamt, mit dem ein berechtigtes Interesse an einer Umschreibung des Geschlechtsvermerks dargelegt wird? Anders gefragt: Welches rechtlich anerkennungswürdige Gemeininteresse existiert überhaupt, welches der Staat den Menschen, die eine Fremdzuschreibung ihres Geschlechts korrigieren möchten, entgegenhalten kann?

*a) Der mit den (verbleibenden) Freiheitseinschränkungen verfolgte Zweck*

Das TSG verfolgt das Ziel, durch die Aufstellung gewisser Hürden für eine Umschreibung des Geschlechts die „Stabilität“ der personenstandsrechtlichen Geschlechter sicherzustellen. Deshalb verlangt § 1 Abs. 1 TSG als Voraussetzung für eine Umschreibung des Geschlechtsvermerks z.B. auch die Prognose der „Irreversibilität“ des empfundenen Geschlechts.<sup>23</sup> Auch das Bundesverfassungsgericht geht in seiner jüngsten Entscheidung in knappen Worten davon aus, dass eine solche „ordnungspolitische“ Zielsetzung grundsätzlich eine legitime Basis für Grundrechtseingriffe sein könne: „*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 ...*“<sup>24</sup> dies nicht zuletzt, „um beliebige Personenstandswechsel auszuschließen“.<sup>25</sup>

*b) Ein legitimer Zweck?*

Eine „Zuweisung von Rechten und Pflichten“ je nach Geschlecht ist freilich kaum ein verfassungsrechtlicher Wert an sich - sondern eher ein Problem. Dagegen arbeitet gerade das Bundesverfassungsgericht seit Jahrzehnten verdienstvoll an,<sup>26</sup> und wenn nun Instanzgerichte wie etwa das AG München die Ehe, die Wehrpflicht und „weitere rechtliche Institute“ anführen, die eine feste Zuordnung zu einem der beiden Geschlechter voraussetzen würden,<sup>27</sup> dann trifft dies infolgedessen immer weniger zu.

22 Die langjährige Vorsitzende der Deutschen Gesellschaft für Transidentität und Intersexualität (dgti e.V.), Helma Katrin Alter, hat für einen Aufsatz im Jahr 2000 demütigende Szenen beim Gutachter zusammengetragen: [http://www.dgti.info/index.php?option=com\\_content&view=article&id=21&Itemid=17](http://www.dgti.info/index.php?option=com_content&view=article&id=21&Itemid=17) (dort unter B.1.2.). Die Absurdität, dass einzelne Gutachter die Betroffenen gezielt nach zu erfüllenden geschlechtsspezifischen Rollenklischees zu fragen pflegen, beleuchtet auch Adamietz (Fn. 5), 380. Der frühere Bundestagsabgeordnete der PDS Christian Schenk (früher: Christina Schenk) beschreibt das Begutachtungsverfahren hingegen als „im Regelfall“ nicht entwürdigend; auch sei es meist binnen 1-2 Monaten erledigt: Leserbrief an Jungle World, 14. Februar 2007.

23 § 1 Abs. 1 Nr. 2 TSG verlangt für einen Antrag auf Vornamensänderung, dass „mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird“.

24 BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 - 1 BvR 3295/07, Rn. 60. Hervorhebung durch den Verf.

25 BVerfG, Beschluss vom 11. Januar 2011 - 1 BvR 3295/07, Rn. 61.

26 Eine Übersicht über die BVerfG-Rechtsprechung, welche noch bis in die 1990er Jahre hinein Vorschriften aus dem BGB tilgte, die tatbestandlich an das männliche Geschlecht anknüpften, bietet Michael Wrase, Gleichheit unter dem Grundgesetz und Antidiskriminierungsrecht, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft, 2006, S. 78 (83-88). Seit dem Nachtarbeitsbeschluss von Januar 1992 (BVerfGE 85, 191) akzeptiert das BVerfG rechtliche Differenzierungen nach dem Geschlecht grundsätzlich nur noch dort, wo biologische Gegebenheiten eine Anknüpfung an das Geschlecht zwingend erforderlich machen (v.a. Schwangerschaft).

27 FamRZ 2002, 955 (957).

Einen Blick auf den Geschlechtsvermerk im Geburtenbuch warf, solange es noch die allgemeine Wehrpflicht für Männer gab, regelmäßig das Kreiswehrrersatzamt. Das ist seit 2011 aber Geschichte. Die vorstellbare ordnungspolitische Sorge, dass bei einer Selbstdefinition der Geschlechter „bisher als ‚männlich‘ registrierte Menschen mit 18 Jahren ihr Geschlecht in ‚weiblich‘ ändern lassen würden, um dem Wehr- und Zivildienst zu entgehen“,<sup>28</sup> hat sich damit jedenfalls erledigt.

Rechte und Pflichten, die an das juristische Geschlecht anknüpfen, finden sich dann noch etwa im Versicherungs- und Rentenrecht.<sup>29</sup> Auch dort sind sie aber seit langem zu Recht unter gleichstellungspolitischem Druck<sup>30</sup> und verschwinden zusehends.<sup>31</sup> Auch ein denkbare Interesse auf Seiten der Versicherungen, sich gegen „beliebige Personenstandswechsel“ der Versicherten zu schützen, ist damit immer weniger schutzwürdig.

Ebenso wenig valide ist das Interesse an verlässlichen „familiären Zuordnungen“, welche das Bundesverfassungsgericht aktuell anführt. Die Vorschrift des § 11 TSG sorgt ohnehin dafür, dass eine Umschreibung des Geschlechtsvermerks eines Elternteils dessen Status als rechtlicher Vater bzw. Mutter völlig unberührt lässt, die familiären Zuordnungen also nicht tangiert sind. Und selbst wenn dies anders wäre, d.h. wenn ein Kind infolge der Geschlechtsumschreibung eines Elternteils (rechtlich) zwei Väter oder zwei Mütter bekäme, wäre dies spätestens seit der Schaffung des § 9 Lebenspartnerschaftsgesetz (Stiefkindadoption)<sup>32</sup> in Deutschland nicht mehr systemwidrig. Das Ansinnen des TSG-Gesetzgebers, Erwachsene entgegen ihrem Wunsch an einem Geschlecht festzuhalten, kann somit jedenfalls kaum mehr mit Verweis auf die Kinder begründet werden.<sup>33</sup>

Bleibt die Ehe. Das Standesamt wirft routinemäßig einen Blick auf den Geschlechtsvermerk im Geburtenbuch, wenn es um Ehen oder Lebenspartnerschaften geht. Hier wird die Frage also akut: Welche Gefahr würde drohen, wenn das TSG seinen Zweck, die „Dauerhaftigkeit“ der juristischen Geschlechter zu gewährleisten, nicht mehr erfüllen würde? Was geschähe, wenn Paare, bevor sie beim Standesamt für eine der beiden Möglichkeiten der rechtlichen Bindung vorsprechen, tatsächlich noch „beliebige Personenstandswechsel“ vollziehen dürften?

Das einzig hier denkbare Bedrohungsszenario müsste so aussehen: Ein gleichgeschlechtliches Paar, das sich mit dem gegenüber der Ehe schwächeren Schutz

28 Angela Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht: Eine interdisziplinäre Untersuchung 2010, S. 109.

29 Weiter entdeckt Angela Kolbe in ihrem Beitrag: No Sex? Überlegungen zur Abschaffung der juristischen Kategorie Geschlecht, in: Camus/Hornung/Imlinger/Kolbe/Noll/Stauffer (Hrsg.), Im Zeichen des Geschlechts: Repräsentationen Konstruktionen Interventionen (2008), S. 219-232 (221), das Verbot für Frauen, im Bergbau unter Tage tätig zu sein, sowie das Verbot für minderjährige Mädchen, im Rotlichtviertel zu arbeiten; dort m.w.N. Die praktische Bedeutung ist aber geringer.

30 Für eine Kritik siehe z.B. Michael Wrase/Susanne Baer, Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung - ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?, NJW 2004, 1623-1627.

31 Erst kürzlich setzte der EuGH mit Verweis auf die Gleichstellungsrichtlinie 2004/113/EG geschlechtsspezifischen Versicherungstarifen ein Ende: C-236/09 („Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL u.a.“) (Urteil vom 1. März 2011).

32 Großbritannien, Schweden, Norwegen und Spanien haben inzwischen neben der Stiefkindadoption auch die Adoption eines fremden Kindes durch gleichgeschlechtliche Paare zugelassen, die Bundesrepublik allerdings (noch) nicht.

33 In dem Bemühen, diese Argumentation zu umgehen, landet das BVerfG in seiner aktuellen Entscheidung allerdings bei gänzlich apodiktischen - indessen auch nicht tragenden - Erwägungen: „Allerdings verfolgt der Gesetzgeber ein berechtigtes Anliegen, wenn er mit der dauernden Fortpflanzungsunfähigkeit als Voraussetzung für die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts ausschließen will, dass rechtlich dem männlichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder gebären oder rechtlich dem weiblichen Geschlecht zugehörige Personen Kinder zeugen, weil dies dem Geschlechtsverständnis widerspräche und weitreichende Folgen für die Rechtsordnung hätte (vgl. BT-Drucks 8/2947, S. 12).“ Hervorhebung durch den Verf.

im LPartG nicht zufrieden geben will, verwandelt sich kurz vor dem Besuch beim Standesamt im Wege des Personenstandswechsels eines Partners in ein verschiedengeschlechtliches Paar, um solchermaßen „getarnt“ eine Ehe zu schließen. Rechtlich würde das Institut der verschiedengeschlechtlichen Ehe dadurch zwar nicht angetastet. Bei einer nachträglichen Zurückverwandlung in ein gleichgeschlechtliches Paar - wiederum durch Personenstandswechsel eines Partners - entstünde aber in der Tat das, was der deutsche Gesetzgeber vermeiden will: eine Ehe zwischen zwei Menschen gleichen Geschlechts.

Die Sorge vor diesem Szenario mag man vielleicht abseitig finden, besonders, nachdem das Bundesverfassungsgericht erst in seiner aktuellen Entscheidung betont hat, welchem Stigma sich Menschen aussetzen, die nach außen hin als gleichgeschlechtliches Paar wahrgenommen werden wollen, aber rechtlich in einer Ehe leben.<sup>34</sup> Viel entscheidender ist aber: Das einzig rechtlich Problematische an diesem Szenario, nämlich die Fortgeltung einer Ehe, nachdem aus einem verschiedengeschlechtlichen Paar ein gleichgeschlechtliches geworden ist, hat das Bundesverfassungsgericht sogar bereits ausdrücklich *gebilligt*. Mit dem Schutz der (nach herrschender Auslegung grundsätzlich verschiedengeschlechtlichen) Ehe nach Art. 6 GG ist es laut der Entscheidung „Transsexualität VII“ vereinbar, wenn *infolge von Personenstandswechseln*, und also in zahlenmäßig sehr begrenzten Ausnahmefällen, gleichgeschlechtliche Ehen entstehen.<sup>35</sup> Der Gesetzgeber in Gestalt der damaligen Regierungskoalition aus CDU/CSU und SPD ließ diesen Vorschlag des Bundesverfassungsgerichts im Jahr 2009, ohne hierzu gezwungen gewesen zu sein, auch Gesetz werden.<sup>36</sup>

Ein valides staatliches Interesse, das durch allzu freie Selbstbestimmung der Geschlechter in Gefahr gebracht werden würde, lässt sich nach alledem kaum mehr begründen.

#### 4. Ausblick

Die im TSG geregelte gesetzliche Hürde, die einer Selbstbestimmung des Geschlechts im Weg steht, ist mit der aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zwar deutlich und erfreulich abgesenkt worden: Die Gerichte schauen nicht mehr auf die Genitalien. Verfassungsrechtlich problematisch bleibt aber *jede* Hürde und damit auch das jetzt verbliebene psychologische Gutachterverfahren, wie ich unter 3. versucht habe aufzuzeigen. Deshalb wird weiter zu streiten sein.

Wie könnte ein künftiger Weg aussehen, der die geschlechtliche Selbstbestimmung weniger einengt als bisher? Rechtspolitisch denkbar wäre ein völliger Verzicht auf die staatliche Registrierung von Geschlechtern (so wie der deutsche Staat auch ganz selbstverständlich auf eine Registrierung etwa von Ethnien verzichtet). Menschen, die unter einer Falschregistrierung leiden, würde dies sicher auf einen Schlag am meisten helfen.<sup>37</sup> Allerdings könnte ein dann völlig geschlechtsblindes Recht auch nicht mehr wirksam gegen bestehende Diskriminierungen vorgehen - weshalb die so charmant einfach klingende Lösung, die

34 Siehe oben unter 1.

35 BVerfGE 121, 175 (Beschluss vom 27. Mai 2008) (195): „Zwar würde die Ehe damit gleichgeschlechtlichen Paaren nicht eröffnet. Doch Ehen bisher verschiedengeschlechtlicher Partner könnten sich in solche gleichgeschlechtlicher Partner verwandeln.“

36 Der Gesetzgeber hätte § 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG auch mit einer neuen Vorschrift ersetzen können, strich sie aber, wie vom BVerfG vorgeschlagen, ersatzlos. BT-Drucks. 16/13157 (26. Mai 2009). Siehe dazu auch Kolbe (Fn. 28), S. 114.

37 Dies schlagen z.B. der dgti e.V. und die Linkspartei vor.

zuletzt wieder intensiv diskutiert worden ist, problematisch bleibt.<sup>38</sup> Solange der Staat grundsätzlich eine offizielle Registrierung der Geschlechter beibehält, stellt sich aber zumindest die Frage, mit welcher Legitimation er sich einer *Selbstbestimmung* im Hinblick auf die registrierten Geschlechter in den Weg stellt, zumal der Leidensdruck, den die dann unvermeidbar vorkommenden staatlichen Falschzuschreibungen erzeugt, bekannt ist. Warum informiert der staatliche Geschlechtsvermerk nicht schlicht darüber, was der betreffende Mensch selbst als sein Geschlecht betrachtet? Die Überlegungen zum „legitimen Zweck“, die hiergegen angeführt werden, geraten in der aktuellen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nur noch dünn und formelhaft, womit die Frage offen zu Tage tritt, ob hinter diesen Formeln überhaupt noch etwas ist.

38 Auch Kolbe (Fn. 29) lehnt eine vollkommene Eliminierung der juristischen Kategorie „Geschlecht“ deshalb (noch) ab. Zum Diskussionsstand insgesamt vgl. etwa Susanne Baer, „Sexuelle Selbstbestimmung“? Zur internationalen Rechtslage und denkbaren Konzeptionen von Recht gegen geschlechtsbezogene Diskriminierung, in: Claudia Lohrenscheit (Hrsg.), *Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht*, 2009, S. 89 (107 f.).