

Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz

von

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold, LL.M. (Cambridge), Flensburg

Maya Markwald, Berlin

Dr. Cara Röhner, Frankfurt am Main

2. Dezember 2019

Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
Fragestellung	III
Normtext von § 45b PStG	III
Erste Frage: „Varianten der Geschlechtsentwicklung“	1
A. Medizinisch-biologisches Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“	1
I. Konsensuskonferenz Chicago 2005.....	1
II. Medizinische Klassifikationssysteme: ICD und DSM	1
III. Deutscher Ethikrat 2012.....	2
IV. Stellungnahme der Bundesärztekammer 2015	3
V. S2k-Leitlinie „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ 2016	3
VI. S3-Leitlinie „Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit“ 2019	4
VII. Zusammenfassende Beobachtungen: Geschlecht in der medizinisch-biologischen Forschung und Folgen für die rechtliche Bewertung.....	4
1. Geschlecht als Kontroverse	4
a. <i>Fehlen einer eindeutigen Definition von Geschlecht</i>	4
b. <i>Geschlecht als Spektrum</i>	4
2. Geschlechtsidentität als wesentlicher Parameter	5
3. Zwischenergebnis	5
B. „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im Verfassungsrecht	6
I. Das Urteil des BVerfG zur „Dritten Option“ und	6
„Varianten der Geschlechtsentwicklung“	6
II. Schutz der „Geschlechtsidentität“ durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG).....	7
1. Selbstempfundene Geschlechtsidentität	7
2. Die Rechtsprechung zu Transgeschlechtlichkeit	8
3. Zusammenfassung: Weiter Schutzbereich der	8
selbstempfundene Geschlechtsidentität	8
III. Anspruch auf egalitäre Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität	9
(Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG)	9
IV. Zwischenergebnis: Selbstempfundene Geschlechtsidentität ausschlaggebend	9
C. „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im einfachen Recht	9
I. Verwendung im Normtext: § 45b PStG	9
1. Grammatische Auslegung	10
2. Genetische Auslegung	10
a. Somatisches Geschlechtsverständnis.....	10
b. Psycho-soziales Geschlechtsverständnis.....	11
c. „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im historischen Gesetzgebungsprozess	11
3. Systematische Auslegung.....	11
4. Teleologische Auslegung	12
II. Rundbrief des Bundesinnenministeriums	12
III. Zwischenergebnis: Verfassungszusammenhang des Begriffs	12
„Varianten der Geschlechtsentwicklung“	12

Zweite Frage: Rechtliche, insbesondere strafrechtliche Behandlung	
einer ärztlichen Bescheinigung über „Varianten der Geschlechtsentwicklung“	12
A. Zweck der ärztlichen Bescheinigung in § 45b Abs. 3 PStG.....	12
I. Wahrhaftigkeit des Personenregisters.....	13
II. Objektivität der Geschlechtsbestimmung.....	14
III. Abgrenzung zum Verfahren nach dem TSG	14
B. Verfassungsakzessorietät der einfachgesetzlichen Begriffsverwendung	
„Varianten der Geschlechtsentwicklung“	15
C. Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse § 278 StGB	15
I. Tatbestand.....	15
1. Normcharakter	16
2. Tatobjekt	16
3. Tathandlung	17
4. Subjektiver Tatbestand	17
II. Denkbare Fallkonstellationen	17
1. Ärztliche Bescheinigung nach § 45b Abs. 3 PStG erfordert keine Diagnose	17
2. Keine Unrichtigkeit der ärztlichen Bescheinigung bei Transgeschlechtlichkeit	
oder nicht-binärer Geschlechtsidentität.....	18
3. Keine Betroffenheit des Schutzzwecks von § 278 StGB	18
4. Zusammenfassendes Ergebnis: Auswirkung des Rundschreibens	19
Beantwortung der aufgeworfenen Fragen	19

Fragestellung

Mit dem „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“ vom 18.12.2018 hat der Gesetzgeber zur Umsetzung des Bundesverfassungsgerichtsurteils zur Dritten Option § 45b in das Personenstandsgesetz (PStG) eingefügt.¹ In dem folgenden Rechtsgutachten werden hinsichtlich des neu eingeführten § 45b PStG zwei Fragen untersucht:

1. Wie ist das Merkmal „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b PStG auszu-legen?
2. Inwieweit kann die Ausstellung einer ärztlichen Bescheinigung über eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ nach § 45b Abs. 3 PStG zu einer Strafbarkeit von ärztlichen Personen führen?

Normtext von § 45b PStG

§ 45b Erklärung zur Geschlechtsangabe und Vornamensführung bei Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung

(1) Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung können gegenüber dem Standesamt erklären, dass die Angabe zu ihrem Geschlecht in einem deutschen Personenstandseintrag durch eine andere in § 22 Absatz 3 vorgesehene Bezeichnung ersetzt oder gestrichen werden soll. Liegt kein deutscher Personenstandseintrag vor, können sie gegenüber dem Standesamt erklären, welche der in § 22 Absatz 3 vorgesehenen Bezeichnungen für sie maßgeblich ist, oder auf die Angabe einer Geschlechtsbezeichnung verzichten, wenn sie

1. Deutsche im Sinne des Grundgesetzes sind,
2. als Staatenlose oder heimatlose Ausländer ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Inland haben,
3. als Asylberechtigte oder ausländische Flüchtlinge ihren Wohnsitz im Inland haben oder
4. als Ausländer, deren Heimatrecht keine vergleichbare Regelung kennt,
 - a) ein unbefristetes Aufenthaltsrecht besitzen,
 - b) eine verlängerbare Aufenthaltserlaubnis besitzen und sich dauerhaft rechtmäßig im Inland aufhalten oder
 - c) eine Blaue Karte EU besitzen.

Mit der Erklärung können auch neue Vornamen bestimmt werden. Die Erklärungen müssen öffentlich beglaubigt werden; sie können auch von den Standesbeamten beglaubigt oder beurkundet werden.

(2) Für ein Kind, das geschäftsunfähig oder noch nicht 14 Jahre alt ist, kann nur sein gesetzlicher Vertreter die Erklärung abgeben. Im Übrigen kann ein Kind die Erklärung nur selbst abgeben; es bedarf hierzu der Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters. Stimmt der gesetzliche Vertreter nicht zu, so ersetzt das Familiengericht die Zustimmung, wenn die Änderung der Angabe zum Geschlecht oder der Vornamen dem Kindeswohl nicht widerspricht; das Verfahren vor dem Familiengericht ist eine Kindschaftssache nach Buch 2 Abschnitt 3 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

(3) Durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung ist nachzuweisen, dass eine Variante der Geschlechtsentwicklung vorliegt. Dies gilt nicht für Personen, die über keine ärztliche Bescheinigung einer erfolgten medizinischen Behandlung verfügen und bei denen das Vorliegen der Variante der Geschlechtsentwicklung wegen der Behandlung nicht mehr oder nur durch eine unzumutbare Untersuchung nachgewiesen werden kann, sofern sie dies an Eides statt versichern.

(4) Für die Entgegennahme der Erklärung ist das Standesamt zuständig, das das Geburtenregister für die betroffene Person führt. Ist die Geburt nicht in einem deutschen Geburtenregister beurkundet, so ist das Standesamt zuständig, das das Eheregister oder Lebenspartnerschaftsregister der Person führt. Ergibt sich danach keine Zuständigkeit, so ist das Standesamt zuständig, in dessen Zuständigkeitsbereich die Person ihren Wohnsitz hat oder zuletzt hatte oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Ergibt sich auch danach keine Zuständigkeit, so ist das Standesamt I in Berlin zuständig. Das Standesamt I in Berlin führt ein Verzeichnis der nach den Sätzen 3 und 4 entgegengenommenen Erklärungen

¹ BGBl. 2018 I, Nr. 48, S. 2635.

Erste Frage: „Varianten der Geschlechtsentwicklung“

A. Medizinisch-biologisches Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“

Es ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, wie der Begriff der „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im medizinisch-biologischen Diskurs verwendet wird.

I. Konsensuskonferenz Chicago 2005

Der Begriff Varianten der Geschlechtsentwicklung geht auf eine Konsensuskonferenz in Chicago im Jahr 2005 zurück. Bei dieser berieten 50 internationale Expert*innen aus dem medizinischen Bereich über den zukünftigen Umgang mit Intergeschlechtlichkeit. Aufgrund der abwertenden Konnotation des Begriffs „intersex“ führten sie den Begriff „disorders of sexual development“ (DSD) ein. Sie definierten DSD als „congenital conditions in which development of chromosomal, gonadal, or anatomical sex is atypical“.² Der Begriff stellt nach der Konsensuskonferenz also einen Sammelbegriff für angeborene Abweichungen auf den Ebenen der Chromosomen, der Keimdrüsen (Eierstöcke, Hoden) oder der äußeren Geschlechtsorgane dar.

Die Gesetzesbegründung für § 45b PStG nimmt auf diese Definition Bezug und meint damit die Diagnosen, bei denen die Geschlechtschromosomen, das Genitale oder die Gonaden inkongruent sind.³ Dies wurde vom Ausschuss für Frauen Jugend des Bundesrates als zu enge Definition kritisiert, weil diese einen Teil der intersexuellen/intergeschlechtlichen Menschen sowie alle weiteren Menschen ausschließt, die nicht in eine als unveränderlich imaginierte binäre Geschlechterzuordnung passen wie etwa transgeschlechtliche Menschen.⁴

II. Medizinische Klassifikationssysteme: ICD und DSM

Medizinische Diagnosen richten sich in Deutschland nach der von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) herausgegebenen „ICD - International Classification of Diseases 10th Revision“ bzw. der „Internationalen statistischen Klassifikation der Krankheiten und verwandter Gesundheitsprobleme, 10. Revision, German Modification“ (ICD-10-GM). Diese stellt die amtliche Klassifikation zur Verschlüsselung von Diagnosen in der ambulanten und stationären Versorgung in Deutschland dar.⁵ Die ICD-10-GM verwendet den Begriff der „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ nicht, sondern nennt ein „unbestimmtes Geschlecht und Pseudohermaphroditismus“ (Q56) sowie „Transsexualismus“ als Formen der „Störung der Geschlechtsidentität“ (F64).

Die WHO hat im Jahr 2018 die ICD-11 herausgegeben und mit dieser den Begriff der „disorders of sex development“ für verschiedene Erkrankungen, differenziert nach deren Ursache, eingeführt, z. B. „Ovotesticular disorder of sex development“ (LD2A.0), „46,XX disorders of sex development induced by androgens of foetal origin“ (5A71.0) oder „46,XY disorder of sex development due to a defect in testosterone metabolism“ (LD2A.3).⁶ In der ICD-11 wird Transsexualität/Transgeschlechtlichkeit nicht mehr als psychische Krankheit, sondern im Kapitel „conditions related to sexual health“ als „gender incongruence“ klassifiziert. Die ICD-11 wird voraussichtlich in modifizierter deutscher Fassung ab 2022 in Deutschland gelten.

Neben der ICD wird in der internationalen psychiatrischen und klinisch-psychologischen

² Hughes/Houk/Ahmed/Lee, Consensus Statement on Management of Intersex Disorders, Arch Dis Child, 2006, 91(7), S. 554.

³ BT-Drs. 19/4669, S. 7.

⁴ BR-Drs. 429/1/18, S. 2.

⁵ § 295 Abs. 1 S. 2 SGB V.

⁶ Abrufbar unter: <https://icd.who.int> (2.11.2019), kritisch Carpenter, Intersex Variations, Human Rights, and the International Classification of Diseases, Health Hum Rights, 2018 Dez; 20(2), S. 205.

Forschung für die Klassifikation von psychischen Störungen das „Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders“ (DSM) der American Psychiatric Association herangezogen. Während im DSM-4 Intersexualität/Intergeschlechtlichkeit als Ausschlusskriterium für das Vorliegen einer „Störung der Geschlechtsidentität“ (Transgeschlechtlichkeit) genannt wurde, wurde mit dem DSM-5 im Jahr 2013 der Begriff der „gender dysphoria“ eingeführt, der sowohl Intergeschlechtlichkeit als auch Transgeschlechtlichkeit umfasst.⁷

III. Deutscher Ethikrat 2012

Im deutschen Diskurs hat der Deutsche Ethikrat in seiner Stellungnahme zu Intersexualität von 2012 die Definition der Chicagoer Konsensuskonferenz aufgegriffen.⁸ Um die mit dem Begriff von „disorder“ verbundene negative Zuschreibung von Zwischengeschlechtlichkeit als Störung oder Krankheit zu vermeiden, verwendet der Deutsche Ethikrat den Begriff der „differences of sex development“ (Unterschiede der sexuellen Entwicklung, ebenfalls abgekürzt: DSD). Damit unterstreicht er, dass es bei dem Begriff um eine biologisch-medizinische Beschreibung eines körperlichen Befundes, nicht aber zwingend um eine behandlungsbedürftige Krankheit handelt.⁹ Der Deutsche Ethikrat legt dar, dass in der medizinischen Literatur mit DSD „eine Fülle von Besonderheiten und Fehlbildungen der anatomischen Struktur der Geschlechtsorgane“ beschrieben werde, dass aber eine Mehrzahl von ihnen nicht die Zuordnung zu einem weiblichen oder männlichen Geschlecht beeinträchtigt (z. B. Atresie der Vagina, Hodenhochstand). Seine Stellungnahme beschränke sich auf solche Formen von DSD, bei denen ein zweigeschlechtliches Erscheinungsbild vorliege, also die Einordnung der Person zum weiblichen oder männlichen Geschlecht zweifelhaft sei, weil sowohl typisch weibliche als auch typisch männliche Ausprägungen gegeben sind.¹⁰ Der Bericht bezieht sich daher z. B. nicht auf das Turner-Syndrom – um das es in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Dritten Option ging¹¹ – oder das Klinefelter-Syndrom als Formen von DSD, weil hier zwar eine Besonderheit hinsichtlich der Geschlechtschromosomen, aber körperlich ansonsten keine zwischengeschlechtlichen Merkmale vorliegen.¹² Der Deutsche Ethikrat weist zudem darauf hin, dass es durch medikamentöse Manipulationen im Hormonsystem zu hormonell bedingter DSD kommen könne und nennt als Beispiel die sogenannte Vermännlichung von Sportlerinnen durch Hormondoping.¹³ Er definiert DSD als „genetisch-anatomisch-hormonellen Status“¹⁴ und erfasst auch hormonelle Störungen.¹⁵ Der Deutsche Ethikrat grenzt DSD von Transsexualität/Transgeschlechtlichkeit ab. Transsexuelle/transgeschlechtliche Menschen weisen dem Deutschen Ethikrat zufolge ein eindeutiges biologisches Geschlecht auf, sie fühlen sich jedoch psychisch einem anderen Geschlecht zugehörig, weshalb in der Regel keine körperliche oder psychische Zwischenstellung vorliege.¹⁶

⁷ *American Psychiatric Association (Hrsg.)*, Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders: DSM-5, Washington D.C., 5. Aufl. 2013; dazu auch *Kraus*, Classifying Intersex in DSM-5, Arch Sex Behav, 2015, Nr. 44, S. 1147.

⁸ *Deutscher Ethikrat*, Intersexualität. Stellungnahme vom 23. Februar 2012, Berlin 2012, https://www.ethikrat.org/fileadmin/Publikationen/Stellungnahmen/deutsch/DER_StnIntersex_Deu_Online.pdf (28.11.2019).

⁹ Ebenda, S. 12.

¹⁰ Ebenda, S. 24.

¹¹ BVerfGE 147, 1 [3], Rn. 1.

¹² Ebenda, S. 12.

¹³ Ebenda, S. 33.

¹⁴ Ebenda, S. 26.

¹⁵ Ebenda, S. 37.

¹⁶ Ebenda, S. 26.

In seiner Stellungnahme betont der Deutsche Ethikrat, dass es sich bei Geschlecht um eine komplexe Kennzeichnung handle, die sich aus ganz unterschiedlichen Eigenschaften ergebe. Zu der genetischen, hormonellen und anatomischen Ebene komme die Selbstwahrnehmung der betreffenden Menschen hinzu.¹⁷ Der Deutsche Ethikrat weist neben dem biologischen ein psychisches und soziales Geschlecht aus, das für die Ausbildung der eigenen Geschlechtsidentität grundlegend sei.

IV. Stellungnahme der Bundesärztekammer 2015

In einer Stellungnahme zur „Versorgung von Kindern, Jugendlichen und Erwachsenen mit Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung (Disorders of Sex Development, DSD)“ vom 30.01.2015 adressierte der Vorstand der Bundesärztekammer medizinische Maßnahmen bei Menschen mit DSD und führte damit den Begriff der „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in den deutschen Diskurs ein.¹⁸ Varianten/Störungen der Geschlechtsentwicklung sind danach eine heterogene Gruppe von Abweichungen der Geschlechtsdeterminierung oder Geschlechtsdifferenzierung. Unter dem Begriff werden angeborene Variationen der genetischen, hormonalen, gonadalen und genitalen Anlagen eines Menschen mit der Folge verstanden, dass das Geschlecht einer Person nicht mehr eindeutig den biologischen Kategorien männlich oder weiblich entspricht.¹⁹ Diese Definition basiert auf einer kaskadenartig verlaufenden Geschlechtsentwicklung, nach der die chromosomale, gonadale, somatische und psychische Ebene sich nacheinander entwickeln und es auf allen diesen Ebenen zu einer Veränderung oder Abweichung kommen kann.²⁰

Die Bundesärztekammer betont, dass zwar behandlungsbedürftige Formen von DSD existieren, DSD aber nicht einfach mit Krankheit oder Fehlbildung gleichgesetzt werden könne. Medizinische Maßnahmen müssen nach der Bundesärztekammer auf grundlegende, die Person im Wesenskern betreffende Eigenschaften zielen und neben biologischen, auch soziale, kulturelle und höchstpersönliche Aspekte umfassen.²¹ Viele Therapieformen haben laut Bundesärztekammer einschneidende Auswirkungen auf den Kernbereich der personalen Identität, weshalb insbesondere das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu berücksichtigen sei.²²

V. S2k-Leitlinie „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ 2016

In der S2k-Leitlinie „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ der Deutschen Gesellschaft für Urologie, der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie und der Deutschen Gesellschaft für Kinderendokrinologie und –diabetologie von Juli 2016 wird der Begriff „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in Abgrenzung zur Definition der Konsensuskonferenz von 2005 verwendet.²³ Der Begriff der Konsensuskonferenz impliziere mit dem Begriff der Störung (disorder) eine Pathologie. Da es aber Menschen gebe, die keine Behandlung benötigten oder wünschten, sei der Begriff der „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ angemessen.²⁴ Die Leitlinie gibt Handlungsempfehlungen für die Bereiche Psychologie/Psychotherapie, Medizin und Selbsthilfe für Menschen mit einer Variation der Geschlechtsentwicklung zum Zeitpunkt der Geburt und im weiteren

¹⁷ Ebenda, S. 27.

¹⁸ Ärzteblatt v. 30.01.2015, S. 1, http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/BAeK-Stn_DSD.pdf (28.11.2019).

¹⁹ Ebenda, S. 2.

²⁰ Ebenda, S. 4 f.

²¹ Ebenda, S. 2.

²² Ebenda, S. 3.

²³ Abrufbar unter: http://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/174-001l_S2k_Geschlechtsentwicklung-Varianten_2016-08_01.pdf (28.11.2019).

²⁴ Ebenda, S. 5.

Lebensverlauf. Ziel müsse die bestmögliche seelische und körperliche Entwicklung der Betroffenen sein.²⁵

VI. S3-Leitlinie „Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit“ 2019

Die S3-Leitlinie „Geschlechtsinkongruenz, Geschlechtsdysphorie und Trans-Gesundheit“ vom 22.02.2019 wurde unter Federführung der Deutschen Gesellschaft für Sexualforschung erstellt.²⁶ Sie bezieht sich sowohl auf Personen, die eindeutig als Frau oder Mann leben (z. B. binär transsexuell, transident), als auch auf nicht-binäre Personen, die sich weder männlich noch weiblich identifizieren. Als „Geschlechtsinkongruenz“ bezeichnet die Leitlinie die Diskrepanz zwischen der Geschlechtsidentität (der empfundenen Geschlechtszugehörigkeit) und körperlichen Geschlechtsmerkmalen. Hintergrund der neuen Leitlinie sind ausdrücklich die Veränderungen der diagnostischen Kriterien im DSM-5 und in der ICD-11. Diese „spiegeln ein reformiertes Verständnis einer Trans-Gesundheitsversorgung und dokumentieren, dass die ICD-10-Diagnose Transsexualismus (F64.0) international als überholt betrachtet wird (...)“.²⁷

VII. Zusammenfassende Beobachtungen: Geschlecht in der medizinisch-biologischen Forschung und Folgen für die rechtliche Bewertung

1. Geschlecht als Kontroverse

a. Fehlen einer eindeutigen Definition von Geschlecht

Bei der Erforschung des Geschlechts handelt es sich in der medizinisch-biologischen Forschung um eine kontrovers geführte Debatte.²⁸ Es besteht keine wissenschaftliche Einigkeit darüber, wie Geschlecht entsteht und was die bestimmenden Faktoren und Prozesse sind, vielmehr finden Studien immer neue zu berücksichtigende Aspekte. So wird inzwischen auch das zelluläre Geschlecht, also die geschlechtliche Bedeutung der Zellebene erforscht.²⁹ Bisher wurde in der medizinisch-biologischen Forschung also kein eindeutiges biologisches Kriterium identifiziert, das alle anderen überlagert und ein biologisch definiertes Geschlecht oder drei distinkte Geschlechter im Sinne von „divers“, „männlich“ und „weiblich“ bestimmen könnte.³⁰ Medizinisches Wissen ist damit kein stabiles Fundament, auf dem die Rechtsordnung einfach aufbauen und auf welches sie ohne Weiteres zurückgreifen kann.³¹

b. Geschlecht als Spektrum

In Auseinandersetzung mit den im medizinischen Diskurs verwendeten Begriffen der Unterschiede oder „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ wird kritisiert, dass dieser Begriffsverwendung ein spezifisches Verständnis von Normalität und Abweichung zugrunde liege.³² Normal sei danach ein eindeutig „weibliches“ oder „männliches“ Geschlecht, alle anderen Formen würden demgegenüber als Abweichungen behandelt.

²⁵ Ebenda, S. 6.

²⁶ Abrufbar unter: https://www.awmf.org/uploads/tx_szleitlinien/138-001l_S3_Geschlechtsdysphorie-Diagnostik-Beratung-Behandlung_2019-02.pdf (28.11.2019).

²⁷ Ebenda, S. 4.

²⁸ Siehe dazu z. B. die aktuelle Kontroverse in Zeitschrift für Sexualforschung 3/2019; ausführlicher Überblick zur biologisch-medizinischen Forschung zum biologischen Geschlecht bei Voß, Making Sex Revisited, Bielefeld 2010.

²⁹ Mit Bezug zu DSD Ainsworth, Sex Redefined, Nature, 2015; Nr. 518, S. 289 (290).

³⁰ Ebenda.

³¹ So auch Lindenberg, Das dritte Geschlecht, NZFam 2018, S. 1062 (1063).

³² Dazu Gössl, Das dritte Geschlecht, FF 2019, S. 298 (300).

Unterstützung erhält diese Kritik in der aktuellen medizinisch-biologischen Forschung, derzufolge das biologische Geschlecht als Spektrum zwischen den Polen „typisch weiblich“ und „typisch männlich“ zu verstehen sei.³³

Wird Geschlecht als Spektrum verstanden, dann ist jedes Geschlecht und damit auch jenes, das allgemein als „eindeutig weiblich“ und „eindeutig männlich“ angesehen wird, selbst eine Variante auf dem Geschlechtsspektrum. Legt man dieses medizinisch-biologische Verständnis von Geschlecht zugrunde, dann sind alle Geschlechter als „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ zu fassen.

2. Geschlechtsidentität als wesentlicher Parameter

Im medizinisch-biologischen Diskurs wird zunehmend auf die Relevanz des verfassungsrechtlich vorgegebenen Allgemeinen Persönlichkeitsrechts für die Bestimmung des Geschlechts einer Person hingewiesen. So betont die Bundesärztekammer in ihrer Stellungnahme von 2015 den Zusammenhang der Geschlechtsbestimmung mit der personalen Identität. Auch die gemeinsame Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Urologie, der Deutschen Gesellschaft für Kinderchirurgie und der Deutschen Gesellschaft für Kinderendokrinologie und -diabetologie von Juli 2016 unterstreicht als Therapieziel die Begleitung der je individuellen Entwicklung. Dies entspricht der Empfehlung von Eric Vilain, einem der international führenden Experten für die Erforschung genetischer Determinanten von DSD: „My feeling is that since there is not one biological parameter that takes over every other parameter, at the end of the day, gender identity seems to be the most reasonable parameter“.³⁴

3. Zwischenergebnis

Die Begriffsgenese in der medizinisch-biologischen Forschung zeigt zusammenfassend, dass das Geschlecht eines Menschen auch aktuell noch sehr unterschiedlich konzipiert wird.

Bei aller Kontroverse zeigt die Entwicklung der Debatte in der medizinisch-biologischen Forschung in Richtung auf ein komplexes Verständnis von Geschlecht. Biologische Aspekte wie chromosomale, gonadale, hormonelle und somatische Ausprägungen sind nur Teilelemente dieses komplexen Verständnisses. Hinzutreten psychische sowie sozio-kulturelle Aspekte. Die medizinisch-biologische Debatte hat sich also von einer rein biologischen Grundlage gelöst und verweist regelmäßig auf die fundamentale Bedeutung des empfundenen Geschlechts bzw. der Geschlechtsidentität.

In der deutschen medizinischen Debatte wird zudem mit Verweis auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der höchstpersönliche Charakter der eigenen geschlechtlichen Zuordnung regelmäßig betont. In diesem Zuordnungsprozess spielt die individuelle Selbstzuordnung eine, wenn nicht die entscheidende Rolle.

Im Ergebnis ist im Lichte dieser Entwicklung für die rechtliche Bewertung davon auszugehen, dass Geschlecht – und damit auch „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ – als ein Spektrum diverser biologischer, psychischer und sozio-kultureller Ausprägungen zu verstehen ist.

³³ Ainsworth, Sex Redefined, Nature, 2015; Nr. 518, S. 289.

³⁴ Zit. nach Ainsworth, Sex Redefined, Nature, 2015, Nr. 518, S. 289 (291).

B. „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im Verfassungsrecht

Der Begriff „Variante der Geschlechtsentwicklung“ wurde erstmals durch den Beschluss des BVerfG zur Dritten Option³⁵ in die deutsche verfassungsrechtliche Terminologie eingeführt. Das Begriffsverständnis dieses Urteils, das die aktuelle medizinisch-biologische Forschung aufnimmt, wird in einem ersten Schritt nachgezeichnet (I.). Es fügt sich nahtlos an eine schon länger existierende Rechtsprechungsreihe des Bundesverfassungsgerichts zu Transgeschlechtlichkeit, in welcher das Bundesverfassungsgericht die selbstempfundene „Geschlechtsidentität“ als Element des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG entwickelt und mit grundrechtlichem Schutz versehen hat (II.). Das verfassungsrechtliche Begriffsverständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ hat schließlich eine egalitäre Komponente, die durch Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG geschützt ist, wonach Bürger*innen gleichermaßen in ihrer selbstempfundene Geschlechtsidentität anzuerkennen sind (III.).

I. Das Urteil des BVerfG zur „Dritten Option“ und „Varianten der Geschlechtsentwicklung“

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts hat mit Beschluss vom 10. Oktober 2017 (1 BvR 2019/16) die bisherigen Regelungen in § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG i.V.m. § 22 Abs. 3 PStG für verfassungswidrig erklärt,

„soweit sie eine Pflicht zur Angabe des Geschlechts begründen und dabei Personen, deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die sich selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, keinen positiven Geschlechtseintrag ermöglichen, der nicht ‚weiblich‘ oder ‚männlich‘ lautet“.³⁶

In seiner Entscheidung setzt sich der Senat umfänglich mit dem aktuellen Stand der wissenschaftlichen Forschung auseinander und hält resümierend fest:

„In den medizinischen und psycho-sozialen Wissenschaften besteht zudem weitgehend Einigkeit darüber, dass sich das Geschlecht nicht allein nach genetisch-anatomisch-chromosomalen Merkmalen bestimmen oder gar herstellen lässt, sondern von sozialen und psychischen Faktoren mitbestimmt wird.“³⁷

Der Senat betont in seinem Beschluss sodann im ersten Satz der eigentlichen Urteilsgründe, dass es in der Entscheidung um Personen geht,

„deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und die *sich selbst* dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht *zuordnen*“.³⁸

Liest man diese Aussage zusammen mit der zuvor zitierten, so wird deutlich, dass der Senat „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ keinesfalls eng versteht.

Dieses weite Verständnis des Beschlusses wird erhärtet, wenn der Senat in seiner verfassungsrechtlichen Prüfung sogleich auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) „in seiner Ausprägung als Schutz der geschlechtlichen Identität“ eingeht.³⁹ Dabei stützt sich das Bundesverfassungsgericht auf seine früheren Entscheidungen

³⁵ BVerfG, Beschluss v. 10.10.2017, Az. 1 BvR 2019/16, BVerfGE 147, 1.

³⁶ BVerfGE 147, 1, Ls. 1.

³⁷ BVerfGE 147, 1 [7 f.], Rn. 9.

³⁸ BVerfGE 147, 1 [18], Rn. 35; Hervorh. nur hier.

³⁹ BVerfGE 147, 1 [18 ff.], Rn. 36 ff.

zum Transsexuellengesetz (TSG), um zu betonen, dass die geschlechtliche Identität „regelmäßig ein konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit ist“.⁴⁰

Soweit der Senat im Beschluss zur Dritten Option konkret über die beschwerdeführende Person im Anlassfall schreibt, betont er stets, dass (1.) deren Geschlechtsentwicklung gegenüber einer weiblichen oder männlichen Geschlechtsentwicklung Varianten aufweist und dass sie sich (2.) selbst dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnet und (3.) eine eigene „Geschlechtsidentität“ hat.⁴¹ Eine fehlende personenstandsrechtliche Benennung verletzte den Anspruch auf „Anerkennung der beschwerdeführenden Person in ihrer dem eigenen Empfinden entsprechenden Geschlechtlichkeit“.⁴² Umgekehrt dürfen „Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, die sich selbst gleichwohl dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zuordnen“, nicht gegen ihren Willen der Dritten Option zugeordnet werden, wenn sie sich selbst als männlich, weiblich oder ohne Geschlechtseintrag registrieren lassen wollen.⁴³

In all diesen Formulierungen wird deutlich, dass der Senat der Selbstzuordnung einer Person besondere Relevanz zumisst. Aus diesem Grunde kann der Ausdruck „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ nach dem Beschluss zur Dritten Option nicht eng und rein somatisch verstanden werden, sondern muss „angesichts des heutigen Wissens um weitere geschlechtliche Identitäten“ auch diese berücksichtigen und vor Benachteiligung schützen.⁴⁴ Die Selbstzuordnung ist stets maßgeblich mitzubedenken, Geschlecht hat damit in dem Begriffsverständnis des Bundesverfassungsgerichts auch eine psycho-soziale Komponente als „Geschlechtsidentität“.

II. Schutz der „Geschlechtsidentität“ durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht

(Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG)

In seiner umfangreichen Rechtsprechung zu Transgeschlechtlichkeit und im Beschluss zur Dritten Option hat das Bundesverfassungsgericht das Allgemeine Persönlichkeitsrecht zu einem Grundrecht auf selbstempfundene „geschlechtliche Identität“ entwickelt.

1. Selbstempfundene Geschlechtsidentität

Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet jedem Menschen einen autonomen und privaten Lebensbereich, in dem er seine Individualität entwickeln und entfalten kann.⁴⁵ Zum geschützten, engen persönlichen Lebensbereich gehört auch der Intim- und Sexualbereich, der nach ständiger Rechtsprechung den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und darin enthalten das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität umfasst.⁴⁶ Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt diese „geschlechtliche Identität“,⁴⁷ die regelmäßig ein konstituierender Aspekt der eigenen Persönlichkeit ist.⁴⁸ Wird „[e]ine Anerkennung der beschwerdeführenden Person in ihrer dem eigenen Empfinden entsprechenden

⁴⁰ BVerfGE 147, 1 [19], Rn. 39.

⁴¹ BVerfGE 147, 1 [20], Rn. 42.

⁴² BVerfGE 147, 1 [21], Rn. 43.

⁴³ BVerfGE 147, 1 [25], Rn. 51.

⁴⁴ BVerfGE 147, 1 [29], Rn. 61.

⁴⁵ BVerfGE 35, 202 [220]; 79, 256 [268]; 90, 263 [270]; 117, 202 [225].

⁴⁶ BVerfGE 115, 1 [14]; 116, 243 [264]; 121, 175 [190]; 128, 109 [127].

⁴⁷ BVerfGE 115, 1 [14ff.]; 116, 243 [259ff.]; 121, 175 [190ff.]; 128, 109 [123ff.].

⁴⁸ BVerfGE 147, 1 [19], Rn. 39.

Geschlechtlichkeit“ versagt, so liegt ein Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht vor,⁴⁹ der „die selbstbestimmte Entwicklung und Wahrung der Persönlichkeit dieser Person spezifisch gefährdet“.⁵⁰

2. Die Rechtsprechung zu Transgeschlechtlichkeit

In einer Entscheidung aus dem Jahr 2011 hat sich das Bundesverfassungsgericht am Rande mit dem Erfordernis zweier psychiatrischer Gutachten nach § 4 Abs. 3 TSG befasst und festgehalten, ein solches Erfordernis sei „verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden“.⁵¹ Um die Dauerhaftigkeit des „transsexuellen Wunsches“ festzustellen, bedürfe es eines „längeren diagnostisch-therapeutischen Prozesses“.⁵² In einer Kammerentscheidung, die fast zeitgleich mit dem Beschluss zur Dritten Option erging, hat die Kammer die Annahme des Senats von 2011 dahingehend spezifiziert, dass eine therapeutische Begleitung nötig sei, weil „der Vorgang des Geschlechtswechsels ein belastender Prozess“, nicht weil Transgeschlechtlichkeit eine Krankheit sei.⁵³ Die von § 4 Abs. 3 TSG für einen Geschlechtswechsel geforderten Gutachten seien ein „prozessrechtliches Mittel des objektiven Nachweises der rechtlichen Voraussetzungen des Geschlechtswechsels“ und durch diese „dienende Funktion“ inhaltlich begrenzt.⁵⁴ Mittels der beiden Gutachten im Verfahren nach dem TSG soll also lediglich die Dauerhaftigkeit der empfundenen Geschlechtsidentität festgestellt werden.⁵⁵

Für die Zwecke dieses Gutachtens ist relevant, dass auch diesen beiden Entscheidungen zum TSG die Auffassung zugrunde liegt, dass nur eine Person selbst ihre Geschlechtsidentität kennen kann. Festzuhalten bleibt, dass das Bundesverfassungsgericht *nicht* geurteilt hat, dass für alle Zeiten Gutachten über die Dauerhaftigkeit einer empfundenen Geschlechtsidentität einzuholen sind. Aus verfassungsrechtlicher Sicht darf selbstverständlich die einfachgesetzliche Rechtslage geändert werden, was schon daraus folgt, dass das Bundesverfassungsgericht in dem Beschluss zur Dritten Option sogar den generellen Verzicht auf einen personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrag als Möglichkeit explizit benannt hat.⁵⁶

3. Zusammenfassung: Weiter Schutzbereich der selbstempfundenen Geschlechtsidentität

Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG als Allgemeines Persönlichkeitsrecht schützen die Autonomie der einzelnen Person also auch hinsichtlich der selbstempfundenen Geschlechtsidentität. Diese Geschlechtsidentität kann jenseits von männlich und weiblich liegen und kann schon deshalb nicht rein somatisch-biologisch determiniert sein, weil sie in einem Entwicklungsprozess individuell gefunden und erkannt wird. Dafür lässt das Grundgesetz Raum und schützt diesen Prozess.

⁴⁹ BVerfGE 147, 1 [21], Rn. 43.

⁵⁰ BVerfGE 147, 1 [22], Rn. 44.

⁵¹ BVerfGE 128, 109 [130].

⁵² BVerfGE 128, 109 [131].

⁵³ BVerfG, Beschluss v. 17.10.2017, Az. 1 BvR 747/17, Rn. 9.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss v. 17.10.2017, Az. 1 BvR 747/17, Rn. 10.

⁵⁵ Ebenso *Jäschke*, Überlegungen zur Abschaffung des Transsexuellengesetzes (TSG), NZFam 2019, S. 895 (896).

⁵⁶ BVerfGE 147, 1 [30], Rn. 65.

III. Anspruch auf egalitäre Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität

(Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG)

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt vor Diskriminierung wegen des Geschlechts. Nicht nur Männer und Frauen können sich auf dieses Diskriminierungsverbot berufen, sondern „auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen“.⁵⁷ Im Vergleich zu Männern und Frauen dürfen Personen, „die nicht männlichen oder weiblichen Geschlechts sind und sich selbst dauerhaft einem weiteren Geschlecht zuordnen“,⁵⁸ nicht benachteiligt werden. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schützt nämlich besonders vulnerable Gruppen, zu denen besonders jene Menschen zählen, „deren geschlechtliche Identität weder Frau noch Mann ist“.⁵⁹

Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG gewährt mithin einen Anspruch darauf, im eigenen Sein in gleicher Weise auch dann anerkannt zu werden wie Männer und Frauen, wenn eine Person selbst keine männliche oder weibliche Geschlechtsidentität hat.

IV. Zwischenergebnis: Selbstempfundene Geschlechtsidentität ausschlaggebend

Nach alledem determinieren sowohl das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in seine Ausprägung als Schutz der Geschlechtsidentität wie auch der Anspruch auf gleiche Anerkennung dieser Geschlechtsidentität jene weite Interpretation des verfassungsgerichtlichen Begriffs „Varianten der Geschlechtsentwicklung“, welche der Erste Senat in seinem Beschluss zur Dritten Option entfaltet hat. Dieser Begriff von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ ist nicht eng bezogen auf den somatischen Zustand einer Person, sondern maßgeblich von der selbstempfundenen Geschlechtsidentität bestimmt.

Diesem Verständnis ist unterdessen auch die instanzgerichtliche Rechtsprechung beigetreten. So hat das OLG Düsseldorf in einem Fall, der noch die alte Rechtslage vor Umsetzung des Beschlusses zur Dritten Option betraf, auch solche „empfundene Geschlechtlichkeit, die dem binären Geschlechtssystem nicht zuzuordnen ist“ anerkannt, die „einem medizinischen Nachweis nicht zugänglich ist“.⁶⁰ Maßgeblich sei allein, ob eine Person, selbst wenn sie medizinisch nachweisbar einem Geschlecht zuzuordnen sei, „subjektiv nicht entsprechend dieser medizinischen Zuordnung empfinde“.⁶¹

C. „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im einfachen Recht

Es ist nun zu untersuchen, wie der Begriff „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im einfachen Recht, insbesondere in § 45b PStG zu verstehen ist.

I. Verwendung im Normtext: § 45b PStG

Im Anschluss an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts griff der Gesetzgeber den Begriff „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ bei der Schaffung des § 45b PStG auf. Das „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“⁶² führte den Begriff ins

⁵⁷ BVerfGE 147, 1 [28], Rn. 58.

⁵⁸ BVerfGE 147, 1 [27], Rn. 56.

⁵⁹ BVerfGE 147, 1 [28], Rn. 59.

⁶⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2019, Az. I-25 Wx 76/17, FamRZ 2019, S. 1663.

⁶¹ OLG Düsseldorf, Beschluss v. 11.7.2019, Az. I-25 Wx 76/17, FamRZ 2019, S. 1663.

⁶² BGBl. 2018 I, Nr. 48, S. 2635/2636.

einfache deutsche Recht ein. § 45b PStG verwendet ihn sowohl in der amtlichen Bezeichnung der Norm als auch im Normtext.

Das Personenstandsgesetz selbst erklärt nicht, was eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ ist. Der Begriff muss daher im Wege der Gesetzesauslegung näher bestimmt werden.

1. Grammatische Auslegung

Ausgangspunkt einer solchen Exegese ist zunächst der Wortlaut. Eine Variante ist nach der Definition des Dudens eine „leicht veränderte Art, Form von etwas; Abwandlung, Abart, Spielart“.⁶³ Der Wortlaut scheint anzudeuten, es gäbe eine normale Geschlechtsentwicklung und daneben Abwandlungen dieser als normal verstandenen Entwicklung. Der Wortlaut konkretisiert jedoch nicht, was als "Variante" anzusehen ist. Ebenso wenig lässt der Begriff der Geschlechtsentwicklung Rückschlüsse darauf zu, was hier mit Geschlecht gemeint ist. Eine konkretere Bedeutung könnte der Wortlaut allenfalls erhalten, wenn ein klarer, etwa medizinischer Sprachgebrauch zugrunde gelegt werden könnte. Innerhalb von Medizin, Biologie und Psychiatrie ist der Begriff der „Varianten der Geschlechtsentwicklung“, wie soeben unter A. dargestellt, freilich umstritten.⁶⁴ Ein Verweis auf ein medizinisches Verständnis führt deswegen nicht zu einem spezifischen Verständnis des Begriffs.

2. Genetische Auslegung

Für eine Gesetzesexegese ist sodann die Intention der historischen Gesetzgebungsorgane zu bestimmen. Der erste Gesetzesentwurf des § 45b PStG wurde von der Bundesregierung vorgelegt. Bezugnehmend auf die Definition der Konsensuskonferenz 2005 verstand der Entwurf unter „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ Diagnosen, bei denen die Geschlechtschromosomen, das Genitale oder die Gonaden inkongruent sind.⁶⁵

Dieses enge Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im Entwurf scheint auf einem biologischen Verständnis von Intersexualität zu beruhen. Gleichzeitig verwendet die Entwurfsbegründung jedoch mehrmals den Begriff „Geschlechtsidentität“. Ein solches identitätsbezogenes Verständnis von Geschlecht deckt sich nicht mit einem rein somatischen Verständnis von Geschlecht. Betont werden vielmehr psycho-soziale Aspekte von Geschlecht.

a. Somatisches Geschlechtsverständnis

Einige Aspekte der Entwurfs- und im Anschluss Gesetzesbegründung⁶⁶ zur Neuschaffung von § 45b PStG scheinen zunächst auf ein somatisch-biologisches Verständnis von Geschlecht hinzuweisen. Insbesondere § 45b Abs. 3 PStG deutet in diese Richtung, wenn er das Vorlegen einer ärztlichen Bescheinigung verlangt. Ärztliches Personal soll gewissermaßen objektiv feststellen, ob eine Person tatsächlich eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ aufweist. Zugrunde liegt die Vorstellung, dass Geschlecht eine von außen erkennbare Tatsache sei, wie sie für ein rein somatisches Verständnis von Geschlecht typisch ist. Auch aus § 45b Abs. 4 PStG lässt sich schließen, dass die Varianten der Geschlechtsentwicklung als medizinischer Begriff verstanden werden sollen.

⁶³ Duden online, „Variante“, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Variante> (30.11.2019).

⁶⁴ Daher zu eng OLG Nürnberg, Beschluss v. 03.09.2019, Az. 11 W 1880/19, S. 4.

⁶⁵ BT-Drs. 19/4669, S. 7.

⁶⁶ BT-Drs. 19/6467, S. 13.

b. Psycho-soziales Geschlechtsverständnis

Gleichzeitig verweist die Gesetzesbegründung auf ein psycho-soziales Geschlechtsverständnis. So geht es bei der Begründung der Altersgrenze um den „höchstpersönliche[n] Charakter der Entscheidung über die Geschlechtsidentität“.⁶⁷ Ab der eingeführten Altersgrenze von 14 Jahren konstatiert die Begründung grundsätzlich die „Entscheidungsfähigkeit über die eigene Geschlechtsidentität“.⁶⁸ Die Herausbildung der eigenen Geschlechtsidentität schildert die Gesetzesbegründung als „Prozess“.⁶⁹ Ebenso wird ausgeführt, dass der Geschlechtseintrag im Geburtenregister kurz nach der Geburt erfolge.

„Zu diesem Zeitpunkt kann das Neugeborene eine eigene Geschlechtsidentität nicht kommunizieren. Die bei Geburt getroffene Geschlechtseinordnung muss daher ab einem Zeitpunkt, zu dem die betroffene Person zur Entwicklung einer eigenen Geschlechtsidentität in der Lage ist, abänderbar sein“.⁷⁰

Geschlecht wird hier weder statisch noch objektiv verstanden. Es wird nicht von außen festgestellt, sondern aus der Person heraus geschaffen.

c. „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ im historischen Gesetzgebungsprozess

Mit dem parallelen Verweis auf somatisch-biologische und psycho-soziale Aspekte bewegt sich der Gesetzesentwurf in einem Spannungsverhältnis verschiedener Dimensionen von Geschlecht, wie sie auch für die medizinische Debatte kennzeichnend ist. Es wird ein multidimensionales Verständnis von Geschlecht deutlich. „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ wurden im Gesetzgebungsprozess als somatischer Zustand verstanden, dem ein psycho-soziales Geschlechtsverständnis zur Seite gestellt wird, das die spezifische selbstempfundene Geschlechtsidentität berücksichtigt.

3. Systematische Auslegung

Der Begriff „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ muss schließlich im weiteren Kontext des Personenrechts interpretiert werden. Mit dem Gesetz zur Neuschaffung des § 45b PStG wurde gleichzeitig § 22 Abs. 3 PStG geändert. Seit 2013 sah § 22 Abs. 3 PStG die zwingende Folge vor, den registerrechtlichen Geschlechtseintrag offen zu lassen, wenn ein Kind weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden konnte. Eine subjektive Komponente selbstempfundener Geschlechtsidentität hatte in dieser zwingenden Vorschrift keinen Platz. Durch das „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“⁷¹ von 2018 wurde § 22 Abs. 3 PStG von einer Ist- in eine Kann-Regelung geändert. Der geschlechtlich uneindeutig gelesene Körper eines Neugeborenen führt seitdem nicht mehr zwangsläufig zu einer Offenlassung der Eintragung. Die neue Gesetzeslage anerkennt also, dass die weitere geschlechtliche Entwicklung unabhängig von der körperlichen Verfasstheit erfolgen kann. Personen, deren Körper als geschlechtlich uneindeutig eingeordnet werden, können ein eindeutig binäres Geschlecht genauso entwickeln wie ein Geschlecht zwischen oder jenseits der Vorstellung von ausschließlich zwei Geschlechtern. Dadurch bricht das Personenstandsrecht nun insgesamt mit einem rein somatisch-biologisch determinierten Verständnis von Geschlecht.

⁶⁷ BT-Drs. 19/4669, S. 11.

⁶⁸ BT-Drs. 19/4669, S. 11.

⁶⁹ BT-Drs. 19/4669, S. 11.

⁷⁰ BT-Drs. 19/4669, S. 10.

⁷¹ BGBl. 2018 I, Nr. 48, S. 2635 f.

4. Teleologische Auslegung

Sinn und Zweck der Schaffung von § 45b PStG und der Einführung des Begriffs der „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ ist die Umsetzung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Dritten Option.⁷² Die teleologische Auslegung betont damit die Verfassungsakzessorietät des Begriffs.

II. Rundbrief des Bundesinnenministeriums

Am 10.04.2019 verschickte das Bundesinnenministerium einen Rundbrief an die Innenministerien der Länder bzw. deren zuständige Senatsverwaltungen mit dem Hinweis, § 45b PStG gelte nur für intersexuelle Personen, bei denen die Geschlechtschromosomen, das Genitale oder die Gonaden inkongruent sind.⁷³ Das Rundschreiben setzt Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung mit intersexuellen Personen gleich.⁷⁴ Das Schreiben geht von einem engen somatisch-biologischen Verständnis von Geschlecht aus. Diese Engführung entspricht, wie gezeigt, nicht dem medizinischen und rechtlichen Verständnis.

III. Zwischenergebnis: Verfassungsakzessorietät des Begriffs „Varianten der Geschlechtsentwicklung“

Die Auslegung nach dem Wortlaut hat ergeben, dass „Variante der Geschlechtsentwicklung“ als Abweichung von einer als normal verstandenen Geschlechtsentwicklung verstanden werden kann. Im historischen Gesetzgebungsprozess wurde diese Abweichung einerseits als durch somatisch-biologische Gegebenheiten bedingt konzipiert, andererseits wurde auch die selbstempfundene Geschlechtsidentität als relevant berücksichtigt. Der systematische Blick auf die gleichzeitig erfolgte Änderung des § 22 Abs. 3 PStG zeigt eine Loslösung von einem rein somatisch-biologisch determinierten Geschlechtsverständnis. § 45b PStG dient schließlich teleologisch der Umsetzung des Beschlusses des BVerfG zur Dritten Option und verweist damit deutlich auf die Verfassungsakzessorietät des Begriffs „Varianten der Geschlechtsentwicklung“.

Zweite Frage: Rechtliche, insbesondere strafrechtliche Behandlung einer ärztlichen Bescheinigung über „Varianten der Geschlechtsentwicklung“

A. Zweck der ärztlichen Bescheinigung in § 45b Abs. 3 PStG

§ 45b Abs. 3 PStG verlangt, dass Antragsteller*innen nach § 45b Abs. 1 PStG durch die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nachweisen, dass bei ihnen eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ vorliegt. Um die Frage einer möglichen Strafbarkeit von Ärzt*innen wegen des Ausstellens einer Bescheinigung über das Vorliegen einer „Variante der Geschlechtsentwicklung“ zu beurteilen, ist zunächst zu bestimmen, welchen Zweck die ärztliche Bescheinigung in § 45b Abs. 3 PStG verfolgt.

Die Gesetzesbegründung selbst benennt nicht explizit, welchen Zweck die ärztliche Bescheinigung nach § 45b Abs. 3 PStG hat. So muss die Bescheinigung weder aktuell sein⁷⁵ noch eine

⁷² BT-Drs. 19/6467, S. 1.

⁷³ Rundschreiben des BMI vom 10.4.2019 - V II 1 - 20103/27#17.

⁷⁴ Rundschreiben des BMI vom 10.4.2019 - V II 1 - 20103/27#17, S. 1.

⁷⁵ BT-Drs. 19/6467, S. 13.

genaue Diagnose enthalten. Ebenso wenig setzt sie eine ärztliche Untersuchung voraus. Schließlich muss sie auch kein psychologisches Gutachten sein.⁷⁶

Aus der Sachverständigenanhörung im Gesetzgebungsverfahren lassen sich zwei Zwecke rekonstruieren. Die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung soll (I.) die Wahrhaftigkeit des Personenregisters sicherstellen.⁷⁷ Darüber hinaus soll über die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung (II.) eine gewisse Objektivität in das Verfahren nach § 45b PStG eingeführt werden. Abzugrenzen ist der Zweck der ärztlichen Bescheinigung nach § 45b Abs. 3 PStG schließlich von dem Verfahren nach dem TSG (III.)

I. Wahrhaftigkeit des Personenregisters

Das Personenregister soll zuverlässig Auskunft über die Verhältnisse zwischen Personen geben und diese beweisen.⁷⁸ Der Rechtsverkehr soll erleichtert werden, indem sich Gerichte und Behörden auf die im Personenregister getroffenen Feststellungen verlassen können, anstatt eigene Nachforschungen vornehmen zu müssen.⁷⁹ Darüber hinaus ist der Registereintrag auch ein „Referenzeintrag, der im täglichen Leben als Beweismöglichkeit im gesamten Rechtsverkehr“⁸⁰ dient. Die Eintragung hat gleichwohl nur deklaratorische, keine konstitutive Wirkung.⁸¹ § 45b PStG befasst sich mit dem einzutragenden Geschlecht. Um die Wahrhaftigkeit des Personenregisters sicherzustellen, muss demzufolge geklärt werden, was das „wahre“ Geschlecht ist, über das der Registereintrag Auskunft geben soll.

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) stellt keine Regelungen dazu auf, nach welchen Kriterien das Geschlecht zu bestimmen oder wie das Geschlecht eines Kindes zu ermitteln ist.⁸² Aus dem BGB lassen sich höchstens implizite Annahmen ableiten. Ebenso wenig lässt sich der Bezug auf „Männer und Frauen“ in Art. 3 Abs. 2 GG als umfassende Geschlechtsdefinition verstehen.⁸³ Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings aus der Verfassung heraus einen Geschlechtsbegriff entwickelt. Danach ist das wahre Geschlecht einer Person dasjenige, das ihrer Geschlechtsidentität entspricht.⁸⁴ Die Wahrhaftigkeit des Personenregisters ist demzufolge gewährleistet, wenn und solange das registrierte Geschlecht mit der selbstempfundenen Geschlechtsidentität übereinstimmt. Eine ärztliche Bescheinigung kann diesen Zweck nicht fördern. Ärztliches Personal kann höchstens die vorgetragene Geschlechtsidentität protokollieren. Für das Protokollieren ist ärztliches Personal jedoch nicht spezifisch qualifiziert. Vielmehr werden solche Aufgaben gemeinhin von Notar*innen oder staatlichen Stellen übernommen.

Mit der Eintragungsoption „divers“ hat das Personenstandsrecht anerkannt, dass es eine geschlechtliche Vielfalt jenseits von „Männern“ und „Frauen“ gibt. Die gewählte Eintragungsoption „divers“ stellt ausweislich der Gesetzesbegründung einen „Sammelbegriff“ dar, der „jeder betroffenen Person die Möglichkeit geschlechtlicher Identifikation geben“ soll.⁸⁵ Der gewählte

⁷⁶ BT-Drs. 19/6467, S. 13.

⁷⁷ So Dutta, Deutscher Bundestag Ausschuss für Inneres und Heimat, Wortprotokoll der 28. Sitzung, S. 4.

⁷⁸ Hepting/ Dutta, Familie und Personenstand. Ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht, 3. Aufl. 2019, I-8.

⁷⁹ Hepting/ Dutta, Familie und Personenstand. Ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht, 3. Aufl. 2019, I-9. Ebenda, I-9.

⁸⁰ BT-Drs. 19/4669, S. 8.

⁸¹ Hepting/ Dutta, Familie und Personenstand. Ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht, 3. Aufl. 2019, I-10.

⁸² Hepting/ Dutta, Familie und Personenstand. Ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht, 3. Aufl. 2019, IV-225.

⁸³ So auch klarstellend BVerfG, Beschluss vom 10.10.2017, Az. 1 BvR 2019/16, Rn. 60.

⁸⁴ Siehe dazu oben Erster Teil B.

⁸⁵ BT-Drs. 19/4669, S. 10.

Begriff legt nahe, dass die Regelungen eine Vielzahl von Geschlechtern erfasst, dass sich also die erfassten Personen „auf vielfältige Weise voneinander und von Menschen mit anderen Geschlecht unterscheiden können“⁸⁶. Diese Einordnung als Sammelbegriff wird durch die Gesetzesbegründung gestützt, der zufolge kein Anspruch bestünde, *alle* Identitätsmerkmale, die in Beziehung zum Geschlecht stehen, ins Personenregister eintragen zu lassen.⁸⁷ Ein dem tatsächlichen Geschlecht entsprechender Registereintrag, z.B. in einem Freifeld,⁸⁸ ist im Gesetzgebungsverfahren nicht eingeführt worden.⁸⁹ Daher scheint es der gesetzlichen Regelung mehr um eine Annäherung an das wahre Geschlecht als um die tatsächliche Erfassung des wahren Geschlechts zu gehen.

Die Richtigkeitsvermutung des § 54 PStG und die Beweisfunktion des Personenregisters verlangen nach Eindeutigkeit der Eintragungen. Das Register soll unzweideutig Auskunft über die personenstands- und abstammungsrechtlichen Verhältnisse geben. Die hier vorgeschlagene Auslegung des Begriffs „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ folgt diesem Grundsatz der Eindeutigkeit von Eintragungen. Etwaige abstammungsrechtliche Konsequenzen der Eintragung „divers“, die bislang nicht gesetzlich geregelt sind, müssen noch erfolgen.⁹⁰

II. Objektivität der Geschlechtsbestimmung

Das Element der Objektivität der Geschlechtsbestimmung wurde im Gesetzgebungsverfahren mit der Frage der Richtigkeit verknüpft. So trug die Fraktion CDU/CSU vor, dass es eines „validen Registereintrags“ bedürfe, „weshalb man objektiv überprüfbare Kriterien brauche“⁹¹. Die ärztliche Bescheinigung mit der medizinischen Attestierung einer „Variante der Geschlechtsentwicklung“, mag sie auch als „Umweg“ gegenüber einer unmittelbaren persönlichen Erklärung erscheinen, schafft ein derartiges objektives Kriterium, bei dessen Vorliegen die Standesämter den gewünschten Eintrag vornehmen können. Angesichts der Auslagerung der Attestierung an ärztliches Personal ist es Standesämtern versagt, selbst Nachforschungen anzustellen.

III. Abgrenzung zum Verfahren nach dem TSG

Der Begriff „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b PStG umfasst wie gezeigt somatisch-biologische Intergeschlechtlichkeit, nicht-binäre Geschlechtsidentität wie auch Transgeschlechtlichkeit. Die Norm etabliert damit ein Parallelregime zum Verfahren nach dem TSG, was die Frage nach den unterschiedlichen Zwecken und der Abgrenzung dieser beiden Verfahren aufwirft.

Es bestehen Unterschiede zwischen dem Verfahren nach § 45b PStG und dem TSG. Anders als bei der bloßen Eintragung ins Personenstandsregister durch das Standesamt erfolgt im Verfahren nach dem TSG eine gerichtliche Entscheidung, §§ 1 und 10 TSG. Zudem gilt nach § 5 TSG ein Offenbarungsverbot. Insbesondere sind nach § 4 Abs. 3 TSG zwei psychiatrische Gutachten vorzulegen, während nach § 45b Abs. 3 PStG die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Vorliegen einer Variante der Geschlechtsentwicklung ausreicht.

Mit Einführung des § 45b PStG ist erstmals der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag sowie eine Änderung des Geschlechtseintrags jenseits des Sonderrechts für Transsexuelle im

⁸⁶ Von Roetteken, Das „dritte“ Geschlecht – Auswirkungen auf das Gleichstellungsrecht, GiP 3/2019, S. 23 (26).

⁸⁷ BT-Drs. 19/4669, S. 10, Hervorh. nur hier.

⁸⁸ Vgl. Änderungsantrag der Fraktion DIE LINKE, BT-Drs. 19/6467, S. 7 sowie DIMR, Geschlechtervielfalt im Recht, S. 47.

⁸⁹ BT-Drs. 19/6467, S. 7.

⁹⁰ Vgl. zu Vorschlägen in diese Richtung: DIMR, Geschlechtervielfalt im Recht, S. 55 ff.

⁹¹ BT-Drs. 19/6467, S. 13.

TSG für *alle* Personen geregelt. Das hat wiederum Rückwirkungen für das zeitlich früher geschaffene Sonderrecht des TSG. Dieses diene seinerzeit dazu, überhaupt einen Geschlechtswechsel zu ermöglichen, wie das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1978 gefordert hatte.⁹² Seither hat das Bundesverfassungsgericht die meisten Voraussetzungen des TSG für eine Geschlechtsänderung im für verfassungswidrig erklärt.⁹³

Dieser Rechtsprechung zugrunde lag ein sich wandelnder medizinisch-biologischer Wissensstand sowie die darauf basierende Einsicht in die verfassungsrechtliche Relevanz der selbstempfundene Geschlechtsidentität. Es ist kein Zufall, dass das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Dritten Option an diese Rechtsprechungslinie zum TSG anschließt.⁹⁴ Vielmehr hat das Bundesverfassungsgericht gerade nicht möglicherweise vorhandene somatische Unterschiede zwischen Inter- und Transgeschlechtlichkeit, sondern die selbstempfundene Geschlechtsidentität in beiden Fällen zum zentralen verfassungsrechtlichen Bezugspunkt gemacht.⁹⁵ Nach dem oben dargestellten Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ ist auch Transgeschlechtlichkeit umfasst.

In Fällen von Transgeschlechtlichkeit besteht daher ein Wahlrecht zwischen dem Verfahren nach § 45b PStG und dem TSG. Andernfalls würden transgeschlechtliche Personen schlechter behandelt als intergeschlechtliche, was einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bedeuten würde.⁹⁶

B. Verfassungsakzessorietät der einfachgesetzlichen Begriffsverwendung

„Varianten der Geschlechtsentwicklung“

Für den Nachweis einer „Variante der Geschlechtsentwicklung“ durch eine ärztliche Bescheinigung gem. § 45b Abs. 3 PStG muss der bereits dargelegte verfassungsrechtliche Rahmen beachtet werden. Ein enges rein somatisches Verständnis von Geschlecht ist verfassungsrechtlich unzulässig. Die Standesämter müssen daher stets die selbstempfundene Geschlechtsidentität, die durch das Allgemeine Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 1 Abs. 1 GG geschützt ist, sowie den Anspruch auf gleiche Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität, den Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vermittelt, berücksichtigen.

C. Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse § 278 StGB

Um zu beantworten, inwieweit die Ausstellung einer ärztlichen Bescheinigung über „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ nach § 45b Abs. 3 PStG zu einer Strafbarkeit von ärztlichen Personen führen kann, ist nun auf § 278 StGB im Allgemeinen (I.) und dann im Bezug auf die konkrete Frage auf denkbare Fallkonstellationen (II.) einzugehen.

I. Tatbestand

§ 278 StGB Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse

⁹² BVerfGE 49, 286.

⁹³ BVerfGE 60, 123; 88, 87; 115, 1; 116, 243; 121, 175; 128, 109. – Deswegen als „Gesetzesruine“ bezeichnet bei *Jäschke*, Überlegungen zur Abschaffung des Transsexuellengesetzes (TSG), NZFam 2019, S. 895. Diese Entwicklung scheint unbemerkt vom OLG Nürnberg, Beschluss v. 03.09.2019, Az. 11 W 1880/19, S. 5, das nach wie vor von einer Operationspflicht bei der „großen Lösung“ ausgeht.

⁹⁴ BVerfGE 147, 1 [19], Rn. 39.

⁹⁵ So auch *Jäschke*, Das "dritte Geschlecht" und das Abstammungsrecht, FamRZ 2018, S. 887 (888).

⁹⁶ Dieser Aspekt bleibt gänzlich unberücksichtigt in OLG Nürnberg, Beschluss v. 03.09.2019, Az. 11 W 1880/19, S. 5.

Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

1. Normcharakter

Die Strafvorschrift § 278 StGB schützt die inhaltliche Richtigkeit von ärztlichen Gesundheitszeugnissen. Sie soll deren Wahrheit gewährleisten und auf diese Weise die Dispositionsfreiheit der darauf besonders angewiesenen Täuschungsadressaten schützen.⁹⁷ Aufgrund des erhöhten Beweiswertes von Gesundheitszeugnissen stellt § 278 StGB also die schriftliche Lüge unter Geldstrafe oder Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren. Hauptanwendungsfall ist das „Gefälligkeitsattest“.⁹⁸

Es handelt sich um ein Sonderdelikt: Täter*innen können nur Ärzt*innen und andere approbierte Medizinalpersonen sein. Für Teilnehmer*innen gilt daher § 28 Abs. 1 StGB. Bei Amtsärzt*innen kommt eine Strafbarkeit nach § 348 StGB in Betracht.

2. Tatobjekt

Gesundheitszeugnisse sind Urkunden oder beweis erhebliche Daten mit Tatsachenaussagen über die körperliche oder psychische Gesundheit der Krankheit eines lebenden Menschen; sie können sich auf die Vergangenheit, den gegenwärtigen Zustand oder auch prognostisch auf die Zukunft beziehen.⁹⁹ Das ausgestellte Gesundheitszeugnis muss schriftlich ausgestellt worden sein, eine mündliche Äußerung genügt nicht.

Das Gesundheitszeugnis muss, um unrichtig zu sein, Tatsachen und nicht bloße Vermutungen enthalten, weil nur diese wahrheitsfähig sind. Unrichtigkeit bedeutet, dass der enthaltene Befund oder die geschilderten Wahrnehmungen nicht mit der Wirklichkeit übereinstimmen.¹⁰⁰ Das Zeugnis muss in einem wesentlichen Punkt von medizinischen Erkenntnissen abweichen. So kann beispielsweise der Gesamtbefund richtig, aber ein Einzelbefund ausgedacht sein.¹⁰¹ Die Unrichtigkeit kann sich zudem aus einer Manipulation des Diagnoseverfahrens, aus einer Diagnose „ins Blaue hinein“¹⁰², ohne Vornahme einer pflichtgemäßen Untersuchung oder Attestierung einer tatsächlich nicht durchgeführten Behandlung ergeben.¹⁰³ Ein ärztliches Attest begründet das Vertrauen, dass die fachliche Beurteilung auf einer tragfähigen Grundlage beruht, also eine ordnungsgemäße Informationsgewinnung stattgefunden hat.¹⁰⁴ Ein Gesundheitszeugnis wird nicht unrichtig, nur weil nicht alle medizinisch indizierten Untersuchungsmethoden angewendet wurden. Die Ärzt*innen müssen sich jedoch ein zuverlässiges Bild von der Erkrankung machen. Dafür wird eine körperliche Untersuchung im Regelfall notwendig sein.¹⁰⁵ Es kann aber auch die Symptomschilderung durch die Patient*innen ausreichend sein, wenn eine körperliche Untersuchung keinen weiteren Erkenntnisgewinn erwarten lässt oder dieser nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu erreichen wäre. Die fehlende Untersuchung, z. B. bei einer rein

⁹⁷ Puppe/Schumann, § 278 StGB, in: Kindhäuser/Heumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. 2017, Rn. 2.

⁹⁸ Erb, § 278 StGB, in: MüKo, 3. Aufl. 2019, Rn. 1.

⁹⁹ Schuhr, § 278 StGB, in: Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 5.

¹⁰⁰ Ebenda, Rn. 7.

¹⁰¹ BGHSt 10, 157.

¹⁰² Erb, § 278 StGB, MüKo, 3. Aufl. 2019, Rn. 4.

¹⁰³ OLG Stuttgart, Urteil v. 25.9.2013, Az. 2 Ss 519/13, NJW 2014, S. 482.

¹⁰⁴ Nicht jede unrichtige Angabe im Gesundheitszeugnis genügt, vielmehr muss die tatsächliche Grundlage des Gutachtens einen erheblichen Fehler aufweisen, OLG Frankfurt am Main, Beschluss v. 11.01.2006, Az. 1 Ss 24/05, StV 2006, S. 471.

¹⁰⁵ Heine/Schuster, § 278 StGB, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Rn. 2.

telefonischen Schilderung, und die daraus resultierende Vagheit der Beurteilungsgrundlage können/sollten in dem Attest offengelegt werden.¹⁰⁶

Das Gesundheitszeugnis muss von seiner Zweckbestimmung her zum Gebrauch bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft ausgestellt worden sein. Dazu gehören z. B. Feststellungen der Arbeitsunfähigkeit oder zum Nachweis bei einer Reiserücktrittsversicherung sowie Privatrezepte, die der Beihilfe vorgelegt werden.¹⁰⁷

3. Tathandlung

Die Tathandlung erfordert das Ausstellen des unrichtigen Gesundheitszeugnisses. Ein Herstellen genügt dafür nicht, vielmehr bedarf es die Begebung des Gesundheitszeugnisses in den Rechtsverkehr.¹⁰⁸ Vollendet ist die Tat daher, wenn das Zeugnis nicht mehr im Entwurfsstadium ist, sondern an die Adressatin oder zur Absendung an Angestellte übergeben wurde. Es ist nicht erforderlich, dass das Gesundheitszeugnis bei einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft vorgelegt wurde.¹⁰⁹

4. Subjektiver Tatbestand

§ 278 StGB erfordert hinsichtlich der Unrichtigkeit ein Handeln wider besseres Wissen, d. h. positive Kenntnis von der Unrichtigkeit des attestierten Befundes. Hinsichtlich der Verwendungsabsicht gegenüber einer Behörde oder einer Versicherungsgesellschaft genügt bedingter Vorsatz. Sofern die Ausstellung nur zum Gebrauch für eine Privatperson dient, ist der subjektive Tatbestand nicht erfüllt.¹¹⁰

II. Denkbare Fallkonstellationen

Laut dem bereits erwähnten Rundschreiben des Bundesinnenministeriums an die Innenministerien und Senatsverwaltungen der Länder vom 10.04.2019 (VII1-20103/27#17) sollen „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ nur bei solchen Diagnosen vorliegen, bei denen die Geschlechtschromosomen, das Genitale oder die Gonaden inkongruent sind, nicht aber wenn Hormone zur Veränderung des Geschlechts eingenommen wurden, Transgeschlechtlichkeit oder nicht-binäre Geschlechtsidentität vorliegt. Die geforderte ärztliche Bescheinigung müsse zwar keine genaue Diagnose enthalten, dennoch komme bei Verdacht einer unrichtigen ärztlichen Bescheinigung § 278 StGB in Betracht.

Das Rundschreiben basiert also auf der Annahme, dass Ärzt*innen sich strafbar machen, wenn sie wider besseres Wissen eine ärztliche Bescheinigung über „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ zur Vorlage bei den Standesämtern gem. § 45b Abs. 3 PStG ausstellen, jedoch keine medizinische Diagnose vorliegt, bei der die Geschlechtschromosomen, das Genitale oder die Gonaden inkongruent sind. Im Kern geht es darum, die Ausstellung eines Attestes über Transgeschlechtlichkeit oder individuell empfundene Intergeschlechtlichkeit zu unterbinden.

Die insinuierte strafrechtliche Bewertung unterliegt erheblichen Zweifeln.

1. Ärztliche Bescheinigung nach § 45b Abs. 3 PStG erfordert keine Diagnose

Nach dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung von § 45b Abs. 3 PStG muss die ärztliche Bescheinigung keine medizinische Diagnose enthalten. Sie attestiert vielmehr allein das

¹⁰⁶ Erb, § 278 StGB, in: MüKo, 3. Aufl. 2019, Rn. 4.

¹⁰⁷ Heine/Schuster, § 278 StGB, in: Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, Rn. 4; LG Köln, Beschluss v. 7.7.2016, Az. 105 Qs 165/16, medstra 17, S. 127.

¹⁰⁸ Puppe/Schumann, § 278 StGB, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl. 2017, Rn. 2.

¹⁰⁹ Heger, § 278 StGB, in: Lackner/Kühl, 29. Aufl. 2018, Rn. 4c.

¹¹⁰ Puppe/Schumann, § 278 StGB, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, 5. Aufl. 2017, Rn. 3.

Bestehen einer „Variante der Geschlechtsentwicklung“. Dabei muss sich das ärztliche Personal auf den wissenschaftlichen Erkenntnisstand beziehen und darf diesen nicht unberücksichtigt lassen. Wie ausgeführt, wird Geschlecht nach dem aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand nicht allein auf die im Schreiben des Bundesinnenministeriums aufgezählten biologischen Aspekte gestützt.

2. Keine Unrichtigkeit der ärztlichen Bescheinigung bei Transgeschlechtlichkeit oder nicht-binärer Geschlechtsidentität

Eine Strafbarkeit nach § 278 StGB setzt voraus, dass die ärztliche Bescheinigung unrichtig ist, also mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt. Die ausstellenden Ärzt*innen müssten daher erfunden haben, dass bei der betreffenden Person eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ besteht, obwohl dies in Wahrheit nicht der Fall ist.

Wie die obigen Ausführungen gezeigt haben, beschränkt sich der Begriff der „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ nicht allein auf den Fall, dass die Geschlechtschromosomen, das Genitale oder die Gonaden inkongruent sind. Vielmehr umfasst er auch Transgeschlechtlichkeit, z. B., aber nicht ausschließlich, aufgrund der Einnahme von Hormonen oder nicht-binärer Geschlechtsidentität. Ärzt*innen dürfen daher auch bei Transgeschlechtlichkeit oder nicht-binärer Geschlechtsidentität eine Bescheinigung über das Bestehen einer „Variation der Geschlechtsentwicklung“ attestieren, ohne dass dieses Attest nach dem aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand unrichtig wäre.¹¹¹

Damit die ärztliche Bescheinigung unrichtig im Sinne von § 278 StGB ist, müssten die Ärzt*innen vielmehr positiv wissen, dass sich ihre Patient*innen in Kongruenz mit ihrer Körperlichkeit als Frauen oder Männer definieren und trotzdem eine Bescheinigung über Transgeschlechtlichkeit oder Intergeschlechtlichkeit ausstellen. Dies erscheint fernliegend.

3. Keine Betroffenheit des Schutzzwecks von § 278 StGB

§ 278 StGB schützt die Dispositionsfreiheit von Behörden und Versicherungsgesellschaften. Sie müssen auf ärztliche Gesundheitszeugnisse vertrauen dürfen, weil sie auf deren Grundlage Entscheidungen – zu ihrem finanziellen oder tatsächlichen Nachteil – treffen. Die bisherige Rechtsprechung zeigt, dass es dabei vor allem darum geht, das Erschleichen von Leistungen zu unterbinden. Wer nicht krank ist, soll auch kein Krankengeld oder keine Leistungen anderer Sozialversicherungsträger oder privater Versicherungsgesellschaften, z. B. einer Reiserücktrittsversicherung, erhalten.

Eine solche nachteilige Betroffenheit von Interessen und der Dispositionsfreiheit der Standesämter ist im Fall von vermeintlich unrichtigen ärztlichen Bescheinigungen gem. § 45b Abs. 3 PStG nicht erkennbar. Die Standesämter erfahren keinen Nachteil in monetärer oder nicht-monetärer Art, sodass ihre Dispositionsfreiheit keines strafrechtlichen Schutzes bedarf. § 278 StGB ist hier wegen des rechtsstaatlichen Grundsatzes, dass Strafrecht immer ultima ratio ist, auch nicht weit auszulegen.

Darüber hinaus zeigen die obigen Ausführungen, dass keine reale Gefahr für den Wahrheitsgehalt des Personenstandsregisters besteht und es auch aus diesem Grund keines strafrechtlichen Schutzes durch § 278 StGB bedarf. Es ist lebensfremd davon auszugehen, dass Menschen ein unrichtiges Geschlecht eintragen lassen.

¹¹¹ Bruns, Das »Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben«, STAZ 2019, S. 97 ff.

4. Zusammenfassendes Ergebnis: Auswirkung des Rundschreibens

Im Ergebnis kann der Verweis auf § 278 StGB im Rundschreiben des Bundesinnenministeriums einschüchternd auf Ärzt*innen wirken, trans- und intergeschlechtliche Menschen nicht bei ihrer – verfassungsmäßig gebotenen – rechtlichen Anerkennung zu unterstützen. In der sprachlichen Fassung des Rundschreibens kann eine rechtsstaatlich kritikwürdige Einschüchterung eintreten, die in der Rechtswissenschaft als *chilling effect* bezeichnet wird. Durch die medizinisch und rechtlich enggeführte Definition bewirkt das Rundschreiben, dass es als Versuch der öffentlichen Gewalt, die an die Grundrechte gebunden ist (Art. 1 Abs. 3 GG), wahrgenommen werden kann, ärztliches Personal von der Ausstellung ärztlicher Atteste für inter- und transgeschlechtliche Personen abzuhalten. Dies ist mit den Grundrechten von inter- und transgeschlechtlichen Personen unvereinbar.

Beantwortung der aufgeworfenen Fragen

1. Wie das Merkmal „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b PStG auszulegen?

„Varianten der Geschlechtsentwicklung“ sind zu bestimmen mit Blick auf somatische und psycho-soziale Aspekte. Der selbstempfundenen Geschlechtsidentität und dem Anspruch auf gleiche Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität ist in der Auslegung des einfachgesetzlichen Begriffs stets Rechnung zu tragen, weil andernfalls die verfassungsrechtlichen Vorgaben nicht eingehalten würden. Auch Transgeschlechtlichkeit und nicht-binäre Geschlechtsidentität sind von dem Begriff „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ umfasst.

2. Inwieweit kann die Ausstellung einer ärztlichen Bescheinigung über eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ nach § 45b Abs. 3 PStG zu einer Strafbarkeit von ärztlichen Personen führen?

Angesichts des verfassungsrechtlich gebotenen weiten Verständnisses von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ sind keine lebensnahen Konstellationen denkbar, in denen ärztliches Personal Strafbarkeit zu befürchten hat. In Betracht kommt im Wesentlichen nur der absolut fernliegende Fall, dass eine in Wahrheit nicht empfundene „Variante der Geschlechtsentwicklung“ bescheinigt würde. Nicht strafbar sind bei der gebotenen verfassungsrechtlichen Interpretation insbesondere die Attestierung einer „Variante der Geschlechtsentwicklung“ im Falle von Transgeschlechtlichkeit und nicht-binärer Geschlechtsidentität.