



Greta Luise Steinkampf\*

# Gleichheit und Diskriminierung im sportlichen Wettbewerb

Möglichkeiten der Teilhabe intergeschlechtlicher Sportler\*innen vor dem Hintergrund des Beschlusses des BVerfG zur personenstandsrechtlichen Anerkennung intergeschlechtlicher Menschen

*Der Beitrag befasst sich mit der Verwirklichung des Rechts intergeschlechtlicher Menschen auf Teilhabe am Geschlechterbinär gestalteten Sportwettkampf. Erläutert werden verschiedene Lösungsansätze anhand des Falls der Läuferin Caster Semenya, die seit mehreren Jahren für ein unbeschränktes Teilnahmerecht an internationalen Leichtathletikwettbewerben kämpft.*

## A. »Wann ist ein Mann ein Mann?«

Diese Frage stellte Herbert Grönemeyer bereits 1984 in seinem Klassiker »Männer«<sup>1</sup> und setzte sich dabei mit diversen männlichen Stereotypen auseinander. Einige davon haben trotz zunehmender Abkehr von Geschlechterrollen bis dato überlebt, doch zumindest aus biologischer Sicht schien die Antwort stets eindeutig: Männlich ist, wer männliche Geschlechtsmerkmale besitzt. Andersherum machen weibliche Geschlechtsmerkmale eine Person zur Frau. Die Folge ist eine Dichotomie von männlich und weiblich: das binäre System der Geschlechter. Was aber, wenn eine Person Merkmale sowohl des männlichen als auch des weiblichen Geschlechts besitzt und deswegen keinem dieser beiden Geschlechter eindeutig zugeordnet werden kann? In den letzten Jahren wurden diese, in der Biologie und Medizin längst bekannten,<sup>2</sup> sogenannten Varianten der Geschlechtsentwicklung, auch Intergeschlechtlichkeit genannt,<sup>3</sup> gesellschaftlich zunehmend enttabuisiert – und kürzlich die Rechte der Betroffenen höchstrichterlich bestätigt.

Das BVerfG entschied im Oktober 2017, dass es gegen das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 III 1 GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 I iVm Art. 1 I GG verstößt, wenn personenstandsrechtlich ein Geschlechtseintrag erforderlich, aber keine positive Ein-

tragung jenseits von männlich und weiblich möglich ist.<sup>4</sup> Offen bleiben Fragen in all den Bereichen der Gesellschaft, die auf dem Konzept der Geschlechter-Binarität basieren.

In dieser Arbeit soll die Umsetzung im sportlichen Wettkampf näher untersucht werden. Die geschlechtliche Zuordnung spielt in diesem Bereich eine sehr grundlegende Rolle; die Differenzierung nach dem Geschlecht dient gewissermaßen der Chancengleichheit. Hintergrund ist das Ziel, ein sogenanntes »level playing field« zu kreieren: Alle Teilnehmenden sollen unter gleichen Voraussetzungen antreten können und in der Folge gleiche Gewinnchancen haben.<sup>5</sup> Dies wird verwirklicht durch die Einteilung von Leistungsklassen.<sup>6</sup> Da an die biologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen grundsätzlich unterschiedliche Leistungsfähigkeiten geknüpft werden, stellt das Geschlecht eines der Einteilungskriterien dar.<sup>7</sup> Dass Frauen und Männer im Sport getrennt antreten, verstößt nach allgemeiner Ansicht auch nicht gegen Bestimmungen des AGG, die eine Benachteiligung aufgrund des Geschlechts verbieten (§ 1 Var. 3 AGG).<sup>8</sup> Die allgemein praktizierte Trennung

<sup>4</sup> BVerfGE 147, 1; dazu zum Beispiel *Sanders*, Hat das Recht ein Geschlecht?, NZFam 2018, 241; problematisch die Kritik von *Märker*, Drittes Geschlecht? – Quo vadis Bundesverfassungsgericht, NZFam 2018, 1, der die wissenschaftlichen Erkenntnisse zum rechtlichen und biologischen Geschlecht verneint.

<sup>5</sup> Zur allgemeinen Definition siehe Cambridge Dictionary, »a level playing field«, <https://dictionary.cambridge.org/de/worterbuch/englisch/level-playing-field>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022; in Bezug auf den sportlichen Wettkampf siehe CAS SpuRt 2019, 211 (213); *Jakob*, Das Geschlecht als sportliche Zugangsregelung – Intersexuelle im internationalen und deutschen Wettkampfsport, SpuRt 2018, 143 (145); ausführlich zudem *J. Block*, Geschlechtergleichheit im Sport: Mit besonderer Berücksichtigung der Diskriminierung von trans- und intersexuellen Sportlerinnen unter den Vorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (2014), S. 15 ff.

<sup>6</sup> *J. Block* (Fn. 5), S. 102.

<sup>7</sup> Neben zum Beispiel dem Alter: *J. Block* (Fn. 5), S. 102; *Gutzeit*, Auswirkungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf das Sportrecht – Erste Gedanken zu sportarbeitsrechtlichen Konsequenzen, in: Vieweg (Hrsg.), Facetten des Sportrechts, Referate der achten und neunten interuniversitären Tagung Sportrecht (2009), S. 55 (65); *Jakob*, Weiblich – Männlich – Divers: Die Entscheidung des BVerfG vom 10. Oktober 2017 sportlich betrachtet, Wirtschaftsführer für junge Juristen 1/2018, 8; *dies.* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (144 f.). Die grundsätzliche Möglichkeit der unterschiedlichen Behandlung der Geschlechter aufgrund biologischer Unterschiede bestätigte auch schon das BVerfG: BVerfGE 92, 91 (97 f.).

<sup>8</sup> *Gutzeit* (Fn. 7), S. 55 (64 ff.); ausführlich *M. Block*, Die Geschlechtertrennung im Sport unter Gesichtspunkten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes AGG (1. Teil), SpuRt 2012, 46; Die Geschlechtertrennung im Sport unter Gesichtspunkten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes AGG (2. Teil), 99; *Jakob* (Fn. 7), Wirtschaftsführer für junge Juristen

\* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Georg-August-Universität Göttingen. Der Beitrag ist im Rahmen eines Forschungskolloquiums zum Öffentlichen Recht bei Frau Prof. Dr. *Schwerdtfeger* entstanden.

<sup>1</sup> *Grönemeyer*, Männer, 1984, <https://www.groenemeyer.de/bochum/>, zuletzt abgerufen am 15.8.2022.

<sup>2</sup> Vgl. zum Beispiel Bundesärztekammer, Stellungnahme Intersexualität, 30.1.2015, S. 2; *Lee/Nordenström/Houk u. a.*, Global Disorders of Sex Development Update since 2006: Perceptions, Approach and Care, Hormone Research in Paediatrics 2016, 158 (158 ff.).

<sup>3</sup> Im Folgenden werden die Bezeichnungen »Intergeschlechtlichkeit« und »Varianten der Geschlechtsentwicklung« verwendet; zur Terminologie siehe *Schweizer/Köster/Richter-Appelt*, Varianten der Geschlechtsentwicklung und Personenstand – Zur »Dritten Option« für Menschen mit intergeschlechtlichen Körpern und Identitäten, Psychotherapeut 2019, 106; DGU e.V./DGKCH e.V./DGKED e.V. (Hrsg.), S2k-Leitlinie Varianten der Geschlechtsentwicklung, 2016, S. 5 f.; Bundesärztekammer (Fn. 2), S. 2.

nach Geschlecht ist also grundsätzlich rechtmäßig, ja sogar geboten. Was aber geschieht, wenn diese traditionelle Kategorisierung mit der Realität der Intergeschlechtlichkeit konfrontiert wird? Ein ebenso prominentes, wie auch tragisches Beispiel dafür ist die südafrikanische Leichtathletin Caster Semenya, die seit einigen Jahren im Mittelpunkt der Debatte um Intergeschlechtlichkeit im Sport steht.<sup>9</sup>

Um zunächst das rechtliche Grundgerüst für die darauffolgenden Überlegungen zu schaffen, soll die personenstandsrechtliche Lage in Deutschland vor und insbesondere nach dem richtungsweisenden Beschluss des BVerfG skizziert werden (B.). Anschließend wird der Fall Caster Semenya erläutert und darauf aufbauend untersucht, wie unter Wahrung der Interessen der Beteiligten das Recht intergeschlechtlicher Menschen, am sportlichen Wettkampf teilzuhaben, verwirklicht werden kann (C.).

## B. Rechtslage

Grundsätzlich wird im Geburtenregister gem. § 21 I Nr. 3 PStG das Geschlecht eines Kindes beurkundet. § 22 III PStG a.F. hatte noch vorgesehen, dass bei Unmöglichkeit der Zuordnung eines Kindes zum männlichen oder weiblichen Geschlecht auf eine Angabe zu verzichten ist. Am 10. Oktober 2017 entschied das BVerfG durch Beschluss über die Unvereinbarkeit der einschlägigen Normen des PStG mit der Verfassung.<sup>10</sup> Der Entscheidung vorausgegangen war die Verfassungsbeschwerde einer Person, die sich dauerhaft weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zuordnet.<sup>11</sup> Die klagende Person wurde als Kind als »weiblich« im Geburtenregister eingetragen, hat aber das sogenannte Turner-Syndrom, also einen atypischen Chromosomensatz.<sup>12</sup> Sie beantragte zunächst beim Standesamt die Eintragung als »inter/divers«, hilfsweise »divers«, gegen die Ablehnung wandte sie sich erfolglos an die Zivilgerichte.<sup>13</sup> Das BVerfG entschied, dass es gegen die Verfassung verstoße, eine Person einerseits zur Eintragung eines Geschlechts zu zwingen, andererseits jedoch Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, soweit sie sich dauerhaft keinem Geschlecht zuordnen, eine positive Angabe zu verwehren.<sup>14</sup> Betroffen sei zum einen das allgemeine Persönlichkeitsrecht

aus Art. 2 I iVm Art. 1 I GG in der Ausprägung des Schutzes der geschlechtlichen Identität.<sup>15</sup> Zum anderen werde gegen das besondere Diskriminierungsverbot aus Art. 3 III 1 GG verstoßen.<sup>16</sup>

Der Gesetzgeber hat auf die vom BVerfG gesetzte Frist zur Neuregelung reagiert und § 22 III PStG abgeändert.<sup>17</sup> Nach der n.F. kann bei Unmöglichkeit der Zuordnung weiterhin auf eine Angabe verzichtet oder die Option »divers« gewählt werden. Außerdem bietet nun § 45b I PStG intergeschlechtlichen Menschen die Möglichkeit zur Änderung des Personenstandseintrags.

Die durch das BVerfG veranlasste Änderung im PStG zieht überall dort Konsequenzen nach sich, wo das Geschlecht in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht eine Rolle spielt.<sup>18</sup> Neuerungen werden vor allem für das Familienrecht erwartet.<sup>19</sup> Daneben gibt es einen weiteren Bereich, auf den die Änderung des Personenstandsrechts bzw. die dadurch zum Ausdruck kommende Wertung Potenzial für erhebliche Auswirkungen besitzt, namentlich den sportlichen Wettbewerb, insbesondere auf professioneller Ebene.<sup>20</sup>

## C. Abkehr von der Geschlechter-Binarität auch im Sportwettkampf?

Dem sportlichen Wettkampf liegt eine Geschlechter-binäre Struktur zugrunde, es gibt Wettkämpfe jeweils für Männer und Frauen. Nun aber könnte diese akzeptierte Praxis ins Wanken geraten. Es drängt sich die Frage auf, ob und inwiefern eine Umgestaltung des auf der Vorstellung der Geschlechter-Binarität beruhenden organisierten Sportwettkampfs zu erfolgen hat – einerseits im Lichte der einschlägigen Grundrechte, bestärkt durch den Beschluss des BVerfG,<sup>21</sup> andererseits vor dem Hintergrund der Lebens-

1/2018, 8; *Fritzweiler*, Sport und Staat, in: *Fritzweiler/Summerer*, Praxis-handbuch Sportrecht, 4. Auflage (2020), Rn. 17 mwN.

<sup>9</sup> Vgl. *Brems*, Nur mit Medikamenten eine Frau, 2.5.2019, <https://www.zeit.de/sport/2019-05/caster-semenya-frau-cas-urteil>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022. Der Fall Semenya wird (schieds-)gerichtlich nicht am Maßstab des Grundgesetzes gemessen. Vertieft auf weitere Gleichheits- und Persönlichkeitsrechte einzugehen, würde jedoch den Umfang dieses Aufsatzes überschreiten (vgl. aber *Jakob* (Fn. 5), *SpuRt* 2018, 143 [146 f.]). Der Fall Semenya soll der Veranschaulichung dienen.

<sup>10</sup> Siehe Fn. 4.

<sup>11</sup> BVerfGE 147, 1 (4). Unterstützt wurde die Person beispielsweise von der Kampagne »dritte Option. Für einen dritten Geschlechtseintrag«, [www.dritte-option.de](http://www.dritte-option.de), zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

<sup>12</sup> BVerfGE 147, 1 (4).

<sup>13</sup> BVerfGE 147, 1 (4); BGH NJW 2016, 2885 (*Brachthäuser/Remus*); OLG Celle BeckRS 2015, 7058; AG Hannover BeckRS 2016, 13848.

<sup>14</sup> BVerfGE 147, 1 (14).

<sup>15</sup> BVerfGE 147, 1 (15 f.). Dabei stellt das BVerfG ausdrücklich klar, dass von diesem Schutz auch Personen erfasst sind, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind: BVerfGE 147, 1 (16).

<sup>16</sup> BVerfGE 147, 1 (20 f.). Auch bezogen auf das Diskriminierungsverbot weist das BVerfG darauf hin, dass dieses auch Menschen schützt, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen: BVerfGE 147, 1 (21). So auch schon *Sachs*, Besondere Gleichheitsgarantien, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts* Bd. 8, 3. Auflage (2010), S. 839 (861); *Dürig/Herzog/Scholz/Langefeld*, GG, 74. EL (2015), Art. 3 III 2 Rn. 24, Art. 3 III Rn. 42.

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drs. 19/4669; dazu kritisch *Lindenberg*, Das Dritte Geschlecht – Eine Bewertung des Gesetzesentwurfs zur Einführung des Geschlechtseintrags »divers« sowie möglicher Folgeregelungen, *NZfAm* 2018, 1062.

<sup>18</sup> *Pfister*, Das »dritte Geschlecht« im Sport, *SpuRt* 2018, 1 nennt das Beispiel der getrennten Zimmer auf Schulausflügen; ähnlich *Berndt-Benecke*, Die weitere Geschlechtskategorie im Geburtenregister, *NVwZ* 2019, 286 (288); missverständlich insofern *Meier*, Mehr als zwei Geschlechter im Sport? – Auswirkungen der Rechtsprechung des BVerfG auf die Reglements der Sportverbände, *NVwZ-Extra* 14/2018, 1, der der Entscheidung des BVerfG keine weitreichenden praktischen Auswirkungen bescheinigt.

<sup>19</sup> Übersichtlich *Frie*, *NZfAm* 2017, 1141 (1151 f.), die für zeitige Reform plädiert; einschränkend *Berndt-Benecke* (Fn. 18), *NVwZ* 2019, 286 (289); zu arbeitsrechtlichen Auswirkungen *Dutta/Fornasier*, Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes, *NZA* 2021, 605.

<sup>20</sup> *Pfister* (Fn. 18), *SpuRt* 2018, 1.

<sup>21</sup> *Meier* (Fn. 18), *NVwZ-Extra* 14/2018, 1 (1 f.).

realität von Menschen wie Caster Semenya. Im Folgenden wird zunächst der dogmatische Grundstein gelegt, indem untersucht wird, welche Rolle die Grundrechte im Verhältnis zwischen Sportler\*in und Verband spielen (I.). Anschließend soll der Gang des Falls Caster Semenya vertieft dargestellt und anhand dessen eine erste Möglichkeit der Teilhabe intergeschlechtlicher Menschen am Sport erläutert werden, namentlich die Lösung des zuständigen Sportverbandes (II.). Es wird sich zeigen, dass diese Lösung nicht zufriedenstellend ist, sodass anschließend Alternativen untersucht werden (III.).

### I. Dogmatische Grundlagen: Grundrechte im Verhältnis zwischen Sportler\*in und Verband

Zwar ist das Verhältnis zwischen Sportler\*in und Verband privatrechtlicher Natur, sodass der Verband bei Verabschiedung eines Regelwerks nicht unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist.<sup>22</sup> Nichtsdestotrotz besitzen die Grundrechte eine mittelbare Drittwirkung auf Privatrechtsverhältnisse.<sup>23</sup> Die Gerichte müssen grundrechtliche Wertentscheidungen bei der Auslegung und Anwendung des einfachen Rechts in Anschlag bringen, vermittelt durch Generalklauseln<sup>24</sup> und unbestimmte Rechtsbegriffen des Zivilrechts.<sup>25</sup> Dies wurde zuletzt durch die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG, die das bundesweite Stadionverbot für einen Fußballanhänger betraf, für die Freiheitsrechte bestätigt und hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes erweitert.<sup>26</sup> Das BVerfG erkennt in dem Beschluss für »spezifische Konstellationen« an, dass die Erfordernisse des Gleichheitssatzes auch in Privatrechtsverhältnissen erfüllt werden müssen.<sup>27</sup> Betroffen seien Konstellationen, in denen Veranstaltungen grundsätzlich der Allgemeinheit zugänglich sind und eine Teilnahme bedeutend ist für die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben.<sup>28</sup> Ganz generell schreibt das BVerfG derjenigen Person eine der Verfassung entwachsende spezielle »rechtliche Verantwortung« zu, die ein solches Ereignis veranstaltet.<sup>29</sup> Die Grundgedanken dieser Rechtsprechung lassen sich auf die Situation intergeschlechtlicher Sportler\*innen übertragen. Zwar stehen die betroffenen Sportereignisse nicht jeder Person als aktive bzw. aktivem Teilnehmer\*in gleichermaßen offen wie als bloße bzw. bloßem Zuschauer\*in. Eindeutige Parallelen zeigen sich aber insofern, als dass hier der bzw. dem einzelnen Sportler\*in der sozial übermächtige, strukturell überlegene Sportverband gegenübersteht, der über den Zugang zur Veranstaltung entscheidet.<sup>30</sup> Betroffen sind darüber hinaus nicht

<sup>22</sup> Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (2); zum Rechtsgeschäftscharakter BGHZ 128, 93 (96 f.); generell zum Fehlen der unmittelbaren Drittwirkung siehe BVerfGE 7, 198 (202); BVerfGE 148, 267 (276 f.); 152, 152 (176).  
<sup>23</sup> StRSpr des BVerfG, siehe BVerfGE 7, 198 (203 f.); 148, 267 (276 f. mwN).  
<sup>24</sup> Vgl. speziell für Reglements der Sportverbände: BGHZ 128, 93 (101 ff.).  
<sup>25</sup> BVerfGE 148, 267 (276 f.).

<sup>26</sup> BVerfGE 148, 267.

<sup>27</sup> BVerfGE 148, 267 (279); BVerfG NJW 2019, 3769 (3770).

<sup>28</sup> BVerfGE 148, 267 (279); BVerfG NJW 2019, 3769 (3770).

<sup>29</sup> BVerfGE 148, 267 (279).

<sup>30</sup> Zu diesen Kriterien siehe BVerfGE 148, 267 (277, 279); BVerfG NJW 2019, 3769 (3770); vgl. auch BVerfGE 128, 226 (243); zur ganzen Entwicklung Jobst, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privatrecht,

nur die gesellschaftliche Teilhabe, sondern mit der Berufsfreiheit (Art. 12 GG)<sup>31</sup> sowie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) in der Ausprägung der Teilhabe an sportlichen Wettbewerben<sup>32</sup> auch ausdrücklich grundrechtlich geschützte Bereiche, was die Dringlichkeit der zumindest mittelbaren Geltung der Freiheits- und Gleichheitsrechte verstärkt. Verfassungsrechtliche Wertentscheidungen, hier insbesondere der Gleichheitssatz nach Art. 3 I GG, müssen also mittelbar auch von Verbänden im Bereich des organisierten Sports beachtet werden. Die Teilhabe intergeschlechtlicher Sportler\*innen ist mithin grundrechtlich geschützt. Ein vollständiger Ausschluss wäre außerdem nach dem AGG unzulässig.<sup>33</sup>

Relevanz erlangt die Frage nach der Teilhabe intergeschlechtlicher Sportler\*innen, sobald konsequent nach Geschlecht getrennt wird, der Wettbewerb also nicht gleichermaßen allen Personen zugänglich ist. Dies trifft selbst bei »mixed« Wettbewerben zu, beispielsweise beim Biathlon oder Ultimate Frisbee. Denn auch dort ist vorgeschrieben, wie viele Männer und Frauen jeweils ein Team bilden, die binäre Einteilung ist mithin grundlegend.<sup>34</sup> Folglich ist festzuhalten, dass die Regelwerke der Sportverbände und die medizinisch-biologische<sup>35</sup>, gesellschaftliche und nunmehr auch rechtliche Wirklichkeit auseinanderklaffen und eine Lücke hinterlassen, die es durch Aufzeigen möglicher Alternativregelungen zu schließen gilt, um ein zufriedenstellendes Niveau des Diskriminierungsschutzes zu gewährleisten. Denn beschließt das BVerfG, dass der Mangel positiver personenstandsrechtlicher Anerkennung einer geschlechtlichen Zuordnung außerhalb von männlich und weiblich verfassungswidrig ist, muss diese Wertung auch für sämtliche Bereiche der Gesellschaft gelten – ansonsten liefe die Entscheidung faktisch ins Leere.

ter, NJW 2020, 11.

<sup>31</sup> Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (4); Wegmann, Im Blickpunkt: Rechtliche Probleme der Geschlechtsbestimmung im Sport, SpuRt 2010, 102 (102 f.); J. Block (Fn. 5), S. 358.

<sup>32</sup> Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (4); vgl. auch OLG Frankfurt SpuRt 2014, 74 (78); zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht allgemein siehe zum Beispiel BVerfGE 54, 148 (148 ff.); 101, 361 (361 ff.); Martini, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, 839.

<sup>33</sup> Siehe mit ausführlicher Herleitung Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (2 ff.); zur Eröffnung des Anwendungsbereichs des AGG für den Fall intergeschlechtlicher Sportler\*innen M. Block (Fn. 8), SpuRt 2012, 46 (46 ff.); J. Block (Fn. 5), S. 207 ff., 236 f. Das AGG setzt EU-Gleichbehandlungsrichtlinien um und soll zur Gewährleistung des Diskriminierungsschutzes iSd Art. 3 GG beitragen, schreibt damit das Verbot der Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts einfachgesetzlich vor, BT-Drs. 16/1780, S. 1 f., 20.

<sup>34</sup> So sind bei Ultimate Frisbee »mixed« Teams generell nicht unüblich, die Regeln enthalten aber einen Abschnitt zum Verhältnis von weiblichen und männlichen Spieler\*innen: WDFD »Rules of Ultimate«, Rule 5.1 Annotation iVm Appendix v2.0, A6. Meier (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (2), Fn. 8 sieht hier fälschlicherweise kein Problem.

<sup>35</sup> Siehe Fn. 2.

## II. Die Leichtathletin Caster Semenya oder das »Gleichheits-Dilemma«

Die Südafrikanerin Caster Semenya wurde bei der Geburt rechtlich als weiblich anerkannt und identifiziert sich als Frau.<sup>36</sup> Sie gehörte jahrelang zur Welt-Elite der Leichtathletik und konnte diverse Erfolge erzielen, unter anderem mehrere Siege bei den Olympischen Spielen.<sup>37</sup> Seit fast genauso langer Zeit bekommt die Läuferin jedoch Gegenwind vom Leichtathletik-Weltverband, World Athletics (ehemals IAAF). Denn sie besitzt Varianten der Geschlechtsentwicklung, sie produziert mehr Testosteron als andere Sportlerinnen.<sup>38</sup> Um etwaige Wettbewerbsvorteile für Sportler\*innen mit Varianten der Geschlechtsentwicklungen zu vermeiden, erließ der Leichtathletik-Weltverband die sogenannten DSD-Regelungen, die die Einhaltung eines bestimmten Testosteron-Werts zur Bedingung machen, um bei ausgewählten Disziplinen antreten zu dürfen.<sup>39</sup> Gegen diese Regelungen klagte Semenya vor dem Internationalen Sportgerichtshof – erfolglos.<sup>40</sup> Die Schwierigkeit des Prozesses bestand vor allem darin, auf Grundlage nicht unumstrittener medizinwissenschaftlicher Erkenntnisse<sup>41</sup> komplizierte rechtliche und ethische Fragestellungen abzuwägen.<sup>42</sup> Im Grunde erklären beide Seiten den Anspruch auf Chancengleichheit zum Kern ihrer Argumentation. Der Leichtathletik-Weltverband hat es sich zur Aufgabe gemacht, das »level playing field« sicherzustellen, insbesondere weibliche Athletinnen vor jeglicher »nicht-weiblicher« Konkurrenz zu schützen.<sup>43</sup> Auf diesem Wege solle es Sportlerinnen ermöglicht werden, sich unter ähnlichen Voraussetzungen auf höchstem Niveau mit der Konkurrenz zu messen und erfolgreich zu sein.<sup>44</sup>

Was aber macht jemanden zur – bei der weiblichen Konkurrenz teilnahmeberechtigten – Frau? Wie erfolgt die Grenzziehung zwischen den Geschlechtern? Dabei handelt es sich um komplexe Fragestellungen, die sich nicht durch einen schnellen Blick in das Personenstandsregister oder gar durch medizinische Tests beantworten lassen – zumindest nicht nur. Denn zum Geschlecht zählt nicht allein die bio-

logische Einordnung, sondern auch die individuelle Identität.<sup>45</sup> So identifiziert sich Semenya als Frau.<sup>46</sup> Sie führt an, dass die Regeln eine ungerechtfertigte Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen, da sie nur weibliche Athletinnen mit bestimmten körperlichen Eigenschaften betreffen.<sup>47</sup> Semenya macht also auf der anderen Seite ebenfalls ihr Recht auf gleiche Chancen geltend und beantragt, die DSD-Regelungen für nichtig erklären zu lassen, um ohne jegliche Beschränkungen an Wettbewerben der weiblichen Konkurrenz teilnehmen zu können.<sup>48</sup>

Die schwierige Frage, wessen »Anspruch auf Gleichheit« schwerer wiegt, hat der Internationale Sportgerichtshof letzten Endes zugunsten des Leichtathletik-Weltverbandes entschieden. Die Schiedsrichter\*innen sehen in den Regeln grundsätzlich eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, denn gestützt auf diese Regeln werden Sportler\*innen mit bestimmten physischen Eigenschaften anders behandelt als ihre männlichen Kollegen.<sup>49</sup> Die Diskriminierung sei aber gerechtfertigt: Das Schiedsgericht hält die Regeln für geeignet, erforderlich und angemessen, um den Zweck der Schaffung eines »level playing fields« zu erfüllen.<sup>50</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass kein operativer Eingriff erforderlich sei, sondern die Einnahme kontrazeptiver Mittel genüge.<sup>51</sup> Die Nebenwirkungen dieser Kontrazeptiva, die körperlichen Untersuchungen und die Vertraulichkeit der medizinischen Daten der Betroffenen wurden zwar in die Abwägung mit einbezogen, spielten aber eine gegenüber dem Zweck der Regelungen untergeordnete Rolle.<sup>52</sup> Gegen diese Entscheidung wehrte sich Semenya beim Schweizer Bundesgerichtshof, doch die Beschwerde wurde abgewiesen.<sup>53</sup> Semenya hat nun beim Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte Individualbeschwerde eingelegt;<sup>54</sup> die DSD-Regelungen kommen jedoch vorerst weiterhin zur Anwendung.

<sup>36</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (212).

<sup>37</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (212); *Ahrens*, Sie will nur laufen, 1.5.2019, <https://www.spiegel.de/sport/sonst/caster-semenya-kaempft-seit-zehnjahren-mit-dem-zweifel-a-1265184.html>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022; Munzinger-Archiv GmbH, Eintrag »Semenya, Caster«, <http://www.munzinger.de/document/01000008033>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

<sup>38</sup> Vgl. CAS SpuRt 2019, 211 (212).

<sup>39</sup> Vgl. CAS SpuRt 2019, 211 (212, 217); die aktuellen Regelungen: World Athletics, Eligibility Regulations for the Female Classification (Athletes with Differences of Sex Development), gültig ab 10.12.2021: »DSD« steht für »differences of sex development«, dt. »Varianten der Geschlechtsentwicklung«.

<sup>40</sup> CAS SpuRt 2019, 211.

<sup>41</sup> Vgl. *Seppelt/Wozny/Winderfeldt*, Testosteron-Debatte: Korrektur ohne Bedeutung, 27.8.2021, <https://www.sportschau.de/investigativ/debatte-testosteron-leichtathletik-100.html>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

<sup>42</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (213 f.); *Jakob* (Fn. 7), *Wirtschaftsführer für junge Juristen* 1/2018, 8 (10).

<sup>43</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (212): »protected class« weiblicher Athletinnen.

<sup>44</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (212).

<sup>45</sup> Unterschieden wird das biologische (»sex«), das psychische und das soziale Geschlecht (»gender«), Deutscher Ethikrat (Hrsg.), *Intersexualität – Stellungnahme*, 23.2.2012, S. 27 ff.; *Ankermann*, Dimensionen des Geschlechts, *MERKblatt* 2/2011, 6 (7); vgl. auch CAS SpuRt 2019, 211 (213).

<sup>46</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (212); Semenya ficht auch nicht die binäre Einteilung als Grundlage des Wettkampfsports an, CAS SpuRt 2019, 211 (213).

<sup>47</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (211); dazu, welche Athletinnen nach der aktuellen Fassung der Regelungen betroffen sind (»Relevant Athlete«) siehe World Athletics (Fn. 39), Rule 2.2. (a).

<sup>48</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (211).

<sup>49</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (215 f.).

<sup>50</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (216 ff.).

<sup>51</sup> CAS 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 590 ff.

<sup>52</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (217 f.).

<sup>53</sup> BGer, Urt. v. 25.8.2020, Az. 4A\_248/2019, 4A\_398/2019; Medienmitteilung des Bundesgerichts zum Urteil vom 25.8.2020, 8.9.2020; siehe auch *Stopper/Keidel/Fischer*, Wichtige Sportrechtsfälle 2020, SpuRt 2021, 6 (8 f.).

<sup>54</sup> European Court of Human Rights, Registrar of the Court, Pressemitteilung ECHR 148, 17.5.2021, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7021287-9471834>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022. Die Individualbeschwerde von ASA, dem südafrikanischen Leichtathletik-Verband, der ebenfalls wegen der DSD-Regelungen gegen den Leichtathletik-Weltverband geklagt hatte, wurde vom EGMR abgewiesen, EGMR BeckRS 2021, 33106.

Mit Blick auf den Fall Caster Semenya wird deutlich, dass neue Lösungswege aufgezeigt werden müssen. Zum einen hegt das Schiedsgericht ernsthafte Zweifel an der Umsetzbarkeit der DSD-Regelungen: So bestünde zum Beispiel die Möglichkeit, dass Betroffene medizinisch nicht in der Lage sind, trotz der vorgesehenen Behandlung ihr Hormonlevel ausreichend gering zu halten.<sup>55</sup> Während das Schiedsgericht also zugunsten des Leichtathletik-Weltverbands entschieden hat, hält es die Verantwortlichen gleichzeitig ausdrücklich an, die Anwendung der DSD-Regelungen fortlaufend zu überprüfen, um deren Verhältnismäßigkeit zu gewährleisten.<sup>56</sup> Zum anderen sind die Regeln nicht mit der psychischen und physischen Gesundheit der Betroffenen in Einklang zu bringen. Caster Semenya leidet einerseits körperlich und mental unter den Hormonwert senkenden Medikamenten,<sup>57</sup> andererseits darunter, dass ihr Geschlecht als Teil ihrer Identität öffentlich infrage gestellt wird<sup>58</sup>. Auch wenn das Schiedsgericht im Fall Semenya diese Faktoren nicht als ausschlaggebend angesehen hat,<sup>59</sup> muss ihnen im Geltungsbereich des Grundgesetzes mit Blick auf Art. 2 II 1 GG und Art. 1 I iVm Art. 2 I GG Bedeutung beigemessen werden.<sup>60</sup> Daneben sind Menschenrechte wie das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und das Recht auf Achtung des Privatlebens betroffen (Art. 14 Var. 1, 8 I EMRK).<sup>61</sup> Auf der anderen Seite stehen die Interessen der konkurrierenden Athletinnen. Vor diesem Hintergrund besteht die Notwendigkeit alternativer Lösungsansätze. Einige sollen im Folgenden dargestellt und bewertet werden.

### III. Einbezug Intergeschlechtlicher in den sportlichen Wettbewerb

Als Vorüberlegung soll zunächst das Spannungsfeld erläutert werden, in dem sich die Diskussion bewegt: Die Schwierigkeit besteht darin, dass persönliche Identifikation und biologisches Geschlecht nicht immer zueinander passen.<sup>62</sup>

<sup>55</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (218 f.).

<sup>56</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (219); siehe auch CAS, 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 592: Sollten die Kontrazeptiva nicht ausreichen, um den Hormonwert zu senken, muss die Verhältnismäßigkeit ggf. neu überprüft werden.

<sup>57</sup> CAS, 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 78 (Witness Statement Ms. Semenya); Rn. 100 (Witness Statement Dr. Dreyer); Rn. 105 f. (Witness Statement Dr. de Jager). Ähnlich erging es der Leichtathletin *Dutee Chand*, die einige Jahre vor *Semenya* ebenfalls vor dem Internationalen Sportgerichtshof gegen Hormonwert-Regelungen vorgegangen war: CAS, 2018/O/5794, *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 89 f. (Witness Statement Ms. Chand); siehe auch *Wegmann* (Fn. 31), SpuRt 2010, 102 (102).

<sup>58</sup> CAS 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 73 ff. (Witness Statement Ms. Semenya); siehe auch *J. Block* (Fn. 5), S. 351, 353.

<sup>59</sup> Siehe Fn. 52.

<sup>60</sup> *J. Block* (Fn. 5), S. 358. Auch wenn der Eingriff als solcher freiwillig bleibt (CAS, 2018/O/5794, *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 591), entsteht doch ein mittelbarer Zwang, wenn die Betroffenen ihren Sport (und Beruf) weiter ausüben möchten.

<sup>61</sup> Vgl. European Court of Human Rights, Registrar of the Court (Fn. 54), S. 1: Semenya macht daneben auch Art. 3, 6 und 13 EMRK geltend.

<sup>62</sup> Vgl. *Hoffmann*, Intersexualität, in: Grandel/Stockmann (Hrsg.), StichwortKommentar Familienrecht, 3. Auflage (2021), Rn. 1; LG Frankfurt am

Darauf aufbauend sollen verschiedene bereits existierende Lösungsansätze kritisch beleuchtet sowie daraus ein eigener entwickelt werden.

#### 1. Geschlechtliche Identifikation und biologische Eigenschaften im Spannungsfeld

Um dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) Geltung zu verschaffen, ist von herausragender Bedeutung, auch der persönlichen geschlechtlichen Identifikation der Betroffenen Beachtung zu schenken.<sup>63</sup> Sofern sich Betroffene als weiblich identifizieren – wie beispielsweise auch Caster Semenya – ist es problematisch, ihnen den Zugang zur weiblichen Startklasse zu verwehren. Ebenso müssen Menschen jenseits der binären Einordnung einbezogen werden. Vor diesem Hintergrund ist auch im Sport eine zumindest teilweise Verabschiedung von der binären Einteilung unausweichlich. Denn das BVerfG verurteilte ausdrücklich den Mangel positiver Anerkennung einer Geschlechtszuordnung außerhalb des binären Systems. Dies darf aber nicht nur auf dem Papier der Gesetzbücher, sondern muss auch in der Welt des Sports umgesetzt werden, ein Bereich, der nicht unerheblich zur persönlichen Entfaltung beiträgt.<sup>64</sup>

Es gilt eine Lösung zu finden, die gleichermaßen das Persönlichkeitsrecht der Betroffenen verwirklicht wie biologisch-medizinische Aspekte berücksichtigt. Auch in dieser Hinsicht ist die Lösung des Leichtathletik-Weltverbands unzureichend. Menschen, die sich jenseits von männlich und weiblich identifizieren, werden in keiner Weise einbezogen,<sup>65</sup> und die Schaffung eines »Sportgeschlechts«<sup>66</sup> diskriminiert Menschen wie Semenya in ihrer Identifikation als Frau.<sup>67</sup>

#### 2. Eine dritte Startklasse auf Grundlage des rechtlichen Geschlechts

Im Lichte dessen scheint auf den ersten Blick die Einführung einer dritten Startklasse für intergeschlechtliche Menschen neben der Startklasse »männlich« und »weiblich« die naheliegendste Lösung zu sein.<sup>68</sup> Parallel zum Beschluss des BVerfG könnte auch auf Wettkampfebene eine »dritte Option« eingerichtet werden.

Main VuR 2021, 232 (234 f.).

<sup>63</sup> Vgl. außerhalb des Sport-Kontextes BVerfG NJW 1997, 1632 (1633); LG Frankfurt am Main VuR 2021, 232 (234 f.); in diesem Sinne auch *J. Block* (Fn. 5), S. 360.

<sup>64</sup> Intergeschlechtliche Personen »könnten ihre Persönlichkeit möglicherweise ungehinderter entfalten, wenn der geschlechtlichen Zuordnung generell geringere Bedeutung zukäme«, BVerfGE 147, 1 (16). Das BVerfG räumt aber sogleich ein, dass momentan die geschlechtliche Zuordnung gesellschaftlich eine große Rolle spielt. So ist es auch im Sport.

<sup>65</sup> Vgl. CAS SpuRt 2018, 211 (213); World Athletics (Fn. 39), Rule 1.1.1 b.

<sup>66</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (213).

<sup>67</sup> *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5), der sich explizit gegen ein »sportspezifisches Geschlecht« ausspricht; zu Semenyas Sicht siehe CAS SpuRt 2019, 211 (213).

<sup>68</sup> Angedacht zum Beispiel von *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (146).

Bei näherem Hinsehen treten jedoch erhebliche Umsetzungsprobleme zutage. So ist zunächst einmal festzustellen, dass der Grund der Trennung nach Geschlecht nicht im unterschiedlichen Eintrag in das Personenstandsregister liegt, sondern in den biologischen Unterschieden.<sup>69</sup> Das rechtliche Geschlecht als Trennungskriterium scheidet also aus.<sup>70</sup> Denn es stellte sich – bei Betrachtung der nationalen Ebene – vorab die Frage, wer sich in Deutschland als »divers« eintragen lassen darf und mithin in der neuen Startklasse startberechtigt wäre. Voraussetzung für eine Änderung des Geschlechtseintrags ist, dass die Person Varianten der Geschlechtsentwicklung besitzt (§ 45b I 1 Hs. 1 PStG). Ob eine »lediglich empfundene«<sup>71</sup> Intergeschlechtlichkeit ausreicht, ist in der Literatur umstritten.<sup>72</sup> Aus der für die vorliegende Frage entscheidenden praktischen Perspektive hat dieser Streit jedoch keine Relevanz: Der BGH entschied im April 2020, dass zwar eine körperliche Intergeschlechtlichkeit Voraussetzung ist, um die personenstandsrechtliche Eintragung nach §§ 45b, 22 III PStG vornehmen zu lassen.<sup>73</sup> Allerdings erlaubt der BGH Menschen, die keine körperlichen Varianten der Geschlechtsentwicklung besitzen, sich jedoch selbst keinem Geschlecht zuzuordnen, die Änderung ihres Eintrags in analoger Anwendung von § 8 I TSG.<sup>74</sup> Denn dass Personen, die eindeutig dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können, sich aber mit keinem dieser beiden Geschlechter identifizieren, nicht von § 45b PStG erfasst sind, stellt eine planwidrige Regelungslücke dar.<sup>75</sup> Auch die Interessenlage ist vergleichbar, denn in beiden Fällen deckt sich das biologische mit dem bisher eingetragenen Geschlecht, es besteht jeweils aber eine Abweichung zur subjektiven geschlechtlichen Zuordnung.<sup>76</sup> Während der Weg über § 8 I TSG analog ein beschwerlicher ist,<sup>77</sup> wäre eine Änderung des Registereintrags letztendlich

möglich. Zöge man nun für die Einteilung der Startklassen das rechtliche Geschlecht als Grundlage heran, könnten in einer dritten Startklasse in der Theorie biologisch männliche, weibliche und intergeschlechtliche Personen konkurrieren.<sup>78</sup> Dies entspricht aber gerade nicht der ursprünglichen *ratio* der Trennung nach Geschlecht.

Auch auf internationaler Ebene zeigt ein solches Modell Schwächen. Aufgrund der abweichenden Regelungen in verschiedenen Ländern könnte keine Einheitlichkeit geschaffen werden.<sup>79</sup> Vor dem Hintergrund des geringen Anteils intergeschlechtlicher Personen an der Gesamtgesellschaft und insbesondere im Wettkampfsport würde die Einführung einer dritten Klasse zudem faktisch einen Ausschluss darstellen.<sup>80</sup> Denn eine den Frauen- und Männerklassen vergleichbare Konkurrenz zu schaffen wäre – zumindest im Teamsport – nahezu unmöglich.<sup>81</sup> Die Folge wäre eine mittelbare Benachteiligung aufgrund des Geschlechts, die mit Blick auf bestehende Alternativen unzulässig ist.<sup>82</sup> Im Ergebnis stellt die Einführung einer dritten Startklasse auf Grundlage des Personenstandsrechts keine Lösung dar, die den Interessen aller Beteiligten gleichermaßen gerecht wird.

### 3. Die Einteilung nach dem Hormonwert

Unter der Prämisse, dass der Hormonwert unmittelbar die sportliche Leistungsfähigkeit bedingt, erscheint dieser als Grundlage für die Einteilung in Startklassen sinnvoll.<sup>83</sup> Vergleichbar wäre dies im Prinzip mit der Klassifizierung im paralympischen Wettkampf, die ebenfalls über die Kriterien

<sup>69</sup> CAS 2018/O/5794 *Semenya v. IAAF*, 2018/O/5798 *ASA v. IAAF*, Rn. 558; *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (146).

<sup>70</sup> Zu diesem Ergebnis kommt auch das Schiedsgericht im Fall *Semenya*: CAS SpuRt 2019, 211 (212 f.); siehe ferner *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5).

<sup>71</sup> Begriffswahl des BGH: BGHZ 225, 166. Kritisch zum Beispiel *Theilen*, Der biologische Essentialismus hinter »lediglich empfundener Intersexualität«, 24.5.2020, <https://verfassungsblog.de/der-biologische-essentialismus-hinter-lediglich-empfundener-intersexualitaet/>, zuletzt abgerufen am 7.11.2022.

<sup>72</sup> Dafür zum Beispiel *Bruns*, Das »Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben«, StAZ 2019, 97 (100); OLG Düsseldorf FamRZ 2019, 1663 (1663 ff.); dagegen zum Beispiel *Berndt-Benecke*, Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, StAZ 2019, 65 (70); *Krömer*, Anwendungsbereich des § 45b PStG neu: Wer fällt unter den Begriff »Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung«, StAZ 2019, 280 (281) sowie die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/4669, S. 7.

<sup>73</sup> BGHZ 225, 166 (170 f.).

<sup>74</sup> BGHZ 225, 166 (177 ff.).

<sup>75</sup> BGHZ 225, 166 (179); zu den Voraussetzungen einer Analogie im Allgemeinen siehe zum Beispiel BGH NJW 2016, 3174 (3175 mwN).

<sup>76</sup> BGHZ 225, 166 (179 f.).

<sup>77</sup> Das Verfahren ist in seinen Voraussetzungen bedenklich und wird zu Recht stark kritisiert, siehe zum Beispiel *Sieberichs*, Die diversen Geschlechter, FamRZ 2019, 329 (331 f.); *Jäschke*, Überlegungen zur Abschaffung des Transsexuellengesetzes (TSG) – Zugleich eine Kritik am Referentenentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Änderung des Geschlechtsein-

trags vom 8.5.2019, NZFam 2019, 895. Siehe auch BT-Drs. 19/6467, S. 13 f. Als Reaktion ist im Koalitionsvertrag die Ersetzung des TSG durch das sogenannte Selbstbestimmungsgesetz vorgesehen und derzeit in Arbeit, siehe BMFSFJ/BMJ, Eckpunkte des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend und des Bundesministeriums der Justiz zum Selbstbestimmungsgesetz, Juni 2022.

<sup>78</sup> Ebenso wäre es denkbar, dass sich eine intergeschlechtliche Person als weiblich identifiziert und entsprechend registriert ist, *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (146). Unklar bliebe auch, wo Personen teilnahmeberechtigt sind, die auf einen Geschlechtseintrag verzichten.

<sup>79</sup> CAS SpuRt 2019, 211 (212); *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (146), siehe auch Fn. 33. Vgl. zum Umgang in anderen Ländern *Bigalke/Dörries/Kuhn* u. a., Ein eigenes Pronomen, Toiletten-Gesetze und »Herm Alex«, 10.11.2017, <https://www.sueddeutsche.de/leben/intersexualitaet-ein-eigenes-pronomen-toiletten-gesetze-und-herm-alex-1.3742059-0#seite-2>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.

<sup>80</sup> *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5); siehe auch *Pfister* (Fn. 18), SpuRt 2018, 1. Abhängig ist der Anteil davon, welche Erscheinungen mitumfasst werden, das BVerfG geht von ca. 160.000 intergeschlechtlichen Personen in Deutschland aus: BVerfGE 147, 1 (7 f.); die Bundesärztekammer gibt eine Zahl von 8.000 bis 10.000 an: Bundesärztekammer (Fn. 2), S. 4.

<sup>81</sup> *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5). Auch im paralympischen Wettkampf sollen zu kleine Startklassen vermieden werden, um die Spannung nicht zu beeinträchtigen: Deutscher Behindertensportverband e.V., Leitfadens für die Klassifizierung der paralympischen Sportarten, März 2021, S. 3.

<sup>82</sup> *Meier* (Fn. 5), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5).

<sup>83</sup> Angedacht zum Beispiel von *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (147 f.); ebenso die transsexuelle Sportlerin Kristen Worley, siehe *Wegmann* (Fn. 31), SpuRt 2010, 102 (104).

Alter und Geschlecht hinausgeht.<sup>84</sup> Allerdings ist aus wissenschaftlicher Sicht anzumerken, dass ein mit einem Mann vergleichbarer Wert männlicher Sexualhormone im Blut einer intergeschlechtlichen Person nicht automatisch dazu führt, dass die Leistungsfähigkeit mit der eines Mannes vergleichbar ist, sodass diese Lösung ebenfalls kein »level playing field« gewährleisten würde.<sup>85</sup> Zudem bestünde für Betroffene wie Semenya trotzdessen die Gefahr der Diskriminierung, wenn sie in einer Hormon-Klasse gegen voraussichtlich überwiegend männliche Konkurrenz antreten müssten.

Noch schwerwiegender sind praktische Umsetzungsprobleme. Vor jedem Wettkampf, zumindest sehr regelmäßig, sei es auf Amateur- oder professionellem Level, müsste der Hormonwert aller Teilnehmenden mittels Blutuntersuchung festgestellt werden.<sup>86</sup> Zudem ist die notwendige Preisgabe vertraulicher medizinischer Daten als solche unter Datenschutzgesichtspunkten höchstproblematisch.<sup>87</sup>

#### 4. Unterscheidung nach biologischem Geschlecht und Identifikation

Die hier vorgeschlagene Lösung baut auf der Erkenntnis auf, dass körperliche Unterschiede dem sportlichen Wettkampf immanent sind, gewissermaßen den Wettkampf ausmachen und in den meisten Fällen über Sieg und Niederlage entscheiden.<sup>88</sup> So machten ihre körperlichen Anlagen Athleten wie den Ausnahmeschwimmer Michael Phelps gerade zu den Helden ihrer Sportart.<sup>89</sup> Solchen Sportler\*innen vorzuschreiben, ihre natürlichen Vorteile durch körperliche Eingriffe zu vermindern, wäre undenkbar.<sup>90</sup>

Diese Erkenntnis rechtfertigt es zum einen, die männliche Startklasse Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung zugänglich zu machen: *Meier* schlägt vor, eine so-

genannte »offene Klasse« zu schaffen.<sup>91</sup> In dieser wären intergeschlechtliche Menschen der biologisch männlichen Konkurrenz zwar durchschnittlich unterlegen, dies sei aber hinzunehmen,<sup>92</sup> zumal die Trennung dem Schutz der Leistungsschwächeren und nicht der Leistungsstärkeren dient.<sup>93</sup> Dies kann aber nur für intergeschlechtliche Personen gelten, die sich als männlich identifizieren oder sich außerhalb des binären Systems einordnen. Denn selbst wenn man die männliche als »offene Klasse« betitelte, was erforderlich wäre, um Menschen außerhalb des binären Systems zu erfassen, bliebe es auf der anderen Seite bei der weiblichen Klasse – und diese wäre intergeschlechtlichen Personen, die sich als weiblich identifizieren, verschlossen. Dies wäre mit dem Persönlichkeitsrecht nicht vereinbar und bedeutete wiederum eine Diskriminierung aufgrund körperlicher Eigenschaften, stellte mithin für Betroffene wie Caster Semenya keine zufriedenstellende Lösung dar.

Aufgrund der Bedeutung des verfassungsrechtlich gewährleisteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Form des Schutzes der geschlechtlichen Identität muss es intergeschlechtlichen, die sich als Frau identifizieren, möglich sein, als Frau zu starten.<sup>94</sup> Denn die geschlechtliche Identität in Gestalt der subjektiven geschlechtlichen Zuordnung ist rechtlich geschützt.<sup>95</sup> Alles andere wäre eine unzulässige Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. *Meiers* Argument, dem Sport lägen körperliche Unterschiede zugrunde, mit denen Athlet\*innen rechnen müssten,<sup>96</sup> lässt sich in diese Richtung genauso anwenden. Benachteiligt ist dann die biologisch weibliche Konkurrenz, was jedoch hinzunehmen wäre.<sup>97</sup> Diese Lösung stellt einen Weg dar, das Recht intergeschlechtlicher Athlet\*innen auf Schutz ihrer geschlechtlichen Identität und auf körperliche Unversehrtheit zu wahren. Um eine gewisse Sicherheit für alle Beteiligten und Planbarkeit der Wettkämpfe sicherzustellen, müsste die Zuordnung zu der der Identifizierung entsprechenden Startklasse im Vorfeld des jeweiligen Wettkampfs, zum Beispiel im Zuge der Qualifikation oder Anmeldung, erklärt werden. Die Erklärung erfolgt gegenüber dem ausrichtenden Sportverband und ist für diesen ebenso wie für die Teilnehmenden für die Dauer des Wettbewerbs verbindlich. Ein beliebiger Wechsel zwischen den Startklassen und eine daraus resultierende Unübersichtlichkeit ist nicht zu befürchten. Denn es muss zwar grundsätzlich möglich sein, entsprechend der Entwicklung der Geschlechtsidentität auch die Startklasse (noch einmal) zu wechseln. Allerdings sind erneute Änderungen des personenstandsrechtlichen

<sup>84</sup> Vgl. Deutscher Behindertensportverband e.V. (Fn. 82), S. 3 ff.

<sup>85</sup> *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (147 f.); *J. Block* (Fn. 5), S. 349, 359.

<sup>86</sup> *Jakob* (Fn. 5) SpuRt 2018, 143 (147): Auf professioneller Ebene wäre dies im Rahmen der Doping-Kontrolle und damit einfacher möglich. Allerdings ist hiergegen einzuwenden, dass Doping-Kontrollen zeitlich unregelmäßig und dazu nicht flächendeckend stattfinden, vgl. NADA, Standard für Dopingkontrollen und Ermittlung, 1.1.2021, Art. 2, 3. Die Kontroll-Kapazitäten müssten also immens in die Höhe geschraubt werden.

<sup>87</sup> *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (147); *Wegmann* (Fn. 31), SpuRt 2010, 102. Zum (grundrechtlichen) Schutz persönlicher Daten im Allgemeinen BVerfGE 65, 1.

<sup>88</sup> Vgl. *Sachs*, Gleichheit im Sport, SpuRt 2019, 50; *Meier* (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (6); ausführlich *J. Block* (Fn. 5), S. 356 f., 381 ff., der auf verschiedene genetische Unterschiede eingeht.

<sup>89</sup> Vgl. zu diesem Beispiel *Ahrens* (Fn. 37); *Dahmer*, Intersexualität im Sport: »Sportverbände können intersexuelle Personen nicht länger ausschließen«, 27.10.2020, <https://www.zeit.de/zett/politik/2020-10/sport-verbände-koennen-intersexuelle-personen-nicht-laenger-ausschliessen-soziologie-caster-semenya-intersexualitaet>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022; *J. Block* (Fn. 5), S. 356.

<sup>90</sup> *J. Block* (Fn. 5), S. 356; *Wegmann* (Fn. 31), SpuRt 2010, 102; *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (147); *Dreger*, Where's the Rulebook für Sex Verification?, 21.8.2009, <https://www.nytimes.com/2009/08/22/sports/22runner.html>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022; siehe auch Redaktion beck-aktuell, Pressemitteilung becklink 2012978 vom 2.5.2019.

<sup>91</sup> *Meier* (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (5).

<sup>92</sup> *Meier* (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (6).

<sup>93</sup> »Abschottung [...] nach oben«: *Gutzeit* (Fn. 7), S. 55 (65 f.).

<sup>94</sup> Zu diesem Ergebnis kommt auch *J. Block* (Fn. 5), S. 379.

<sup>95</sup> Vgl. BVerfGE 115, 1 (12 f.); 121, 175 (186 ff.).

<sup>96</sup> *Meier* (Fn. 18), NVwZ-Extra 14/2018, 1 (6) würde hiergegen einwenden, dass aufgrund der Nähe zum männlichen Geschlecht eine Startberechtigung intergeschlechtlicher in der männlichen Klasse eher sinnvoll wäre.

<sup>97</sup> So im Ergebnis auch *Jakob* (Fn. 5), SpuRt 2018, 143 (148), die jedoch weiterhin die binäre Trennung zugrunde legen möchte und Personen, die sich nicht-binär identifizieren, nicht ausreichend berücksichtigt; vor der Einführung der Option »divers« bereits *J. Block* (Fn. 5), S. 362, 379, 382, der grundsätzlich das rechtliche Geschlecht als Basis heranzieht.



Geschlechtseintrags praktisch sehr selten,<sup>98</sup> nichts anderes ist auch im Rahmen des sportlichen Wettbewerbs zu erwarten.

Diese Lösung zeigt sicherlich ebenso Schwächen: Möglich – aber nichtsdestotrotz abwegig<sup>99</sup> – wäre, dass Betroffene vorgeben, sich als Frau zu identifizieren, um in der weiblichen Klasse starten zu dürfen. Der Leichtathletik-Weltverband und die biologisch-weibliche Konkurrenz sowie unter Umständen deren Unterstützer\*innen und Fans werden weiter darauf pochen, dass die Betroffenen ihren Hormonwert künstlich senken, um mögliche Vorteile zu minimieren. In der Tat geht dieser Ansatz zu Lasten des »level playing field«. Denkbar wäre, potenzielle Nachteile der Konkurrenz in der weiblichen Startklasse durch beispielsweise versetzte Starts oder Punktegutschriften auszugleichen, wie es in einigen paralympischen Disziplinen geschieht.<sup>100</sup> Allerdings ist ein Vergleich nur bedingt möglich. Zunächst ist unklar, inwieweit die hormonellen Unterschiede tatsächlich zu unterschiedlicher Leistungsfähigkeit führen.<sup>101</sup> Damit besteht bereits keine sinnvolle Grundlage für mögliche Ausgleichsregelungen.<sup>102</sup> Solche würden zudem der geschlechtlichen Identifikation der Betroffenen nicht gerecht. Sportliche Überlegenheit würde als Abweichung von einer vorgestellten »weiblichen Norm« eingestuft, die es auszugleichen gilt, und die Qualifizierung dieser Überlegenheit als Resultat von Training und Talent negiert. Hinsichtlich einer Übertragung auf die vorliegend behandelte Frage ist also Zurückhaltung geboten. Ausschlaggebend ist schlussendlich die Erkenntnis, dass absolute Chancengleichheit eine utopische Vorstellung darstellt.

Wie die vorgeschlagene Lösung umzusetzen wäre, macht der Deutsche Fußballbund nun zumindest auf Amateur-Ebene vor. Nach dem Vorbild des Berliner Fußball-Verbands<sup>103</sup> dürfen ab der Spielzeit 2022/23 Personen, die ihre Geschlechtsangabe offengelassen haben, sowie Personen, die als »divers« eingetragen sind, selbst entscheiden, ob sie bei den Männern oder Frauen spielberechtigt sein möchten.<sup>104</sup>

<sup>98</sup> Für den Anwendungsbereich des TSG siehe *Adamietz/Bager*, Gutachten: Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, November 2016, S. 205.

<sup>99</sup> Siehe zur Unwahrscheinlichkeit dieser Vorgehensweise bezogen auf den Fall, dass eine Geschlechtsangleichung erforderlich wäre, *J. Block* (Fn. 5), S. 358.

<sup>100</sup> Vgl. Deutscher Behindertensportverband (Fn. 82), S. 3: Ziel ist auch hier Herstellung von Chancengleichheit; siehe auch World Triathlon, Para Triathlon – The Interval Start System, 20.1.2022.

<sup>101</sup> Siehe Nachweise in Fn. 86.

<sup>102</sup> Siehe daneben zur Kritik am Klassifizierungssystem der Paralympics *Hendel*, Stichwort Klassifizierung – Chancengleichheit bei den Paralympics?, 10.3.2022, <https://www.sportschau.de/paralympics/stichwort-klassifizierung-chancengleichheit-paralympics-100.html>, zuletzt abgerufen am 7.11.2022.

<sup>103</sup> Im Geltungsbereich dessen Spielordnung dürfen Personen, die als »divers« eingetragen sind, entscheiden, bei welchem Geschlecht sie spielberechtigt sein möchten: § 3 Nr. 2 Meldeordnung des Berliner Fußball-Verbands e.V.

<sup>104</sup> Ebenso Personen, die ihr Geschlecht angleichen lassen: DFB, Regelung zum Spielrecht trans\*, inter\* und nicht nicht-binärer Personen, 23.6.2022,

## D. Fazit

Dass Art. 3 III GG und das allgemeine Persönlichkeitsrecht nicht nur biologisch männliche und weibliche Personen schützen, hat das BVerfG eindeutig klargestellt. Und auch im Lichte der begrüßenswerten gesellschaftlichen Entwicklung in Hinblick auf Akzeptanz vielfältiger geschlechtlicher Identitätsbilder werden sich Fragen wie die in dieser Arbeit behandelten in Zukunft für weitere Bereiche des gesellschaftlichen Zusammenlebens stellen.

In Bezug auf den sportlichen Wettbewerb steht die Schwierigkeit eines Lösungsweges außer Frage, der zwecks Realisierung eines tatsächlichen Grund- und Menschenrechtsschutzes im Wege praktischer Konkordanz alle Interessen gleichermaßen einbezieht. Fragen nach dem biologischen Geschlecht vermischen sich mit Fragen nach der Geschlechtsidentität. Beides ist vielfältig, und aus diesem Grund ist es fast unmöglich, alle Sportler\*innen in nur zwei unterschiedliche Startklassen zu pressen. Die Geschlechtsidentität ist verfassungsrechtlich geschützt, weswegen das biologische Geschlecht und damit zusammenhängende körperliche Eigenschaften keinesfalls die einzigen Kriterien für eine faire Einteilung sein dürfen. Während die Einteilung in verschiedene Leistungsklassen als solche weiter sinnvoll ist, muss auch der geschlechtlichen Identifizierung Bedeutung zukommen. Dabei müssen mögliche Vorteile intergeschlechtlicher Menschen in Kauf genommen werden – vielmehr noch: akzeptiert werden wie andere körperliche Unterschiede im sportlichen Wettbewerb.

»Geschlecht« wird neu geschrieben: Die Medizin hält schon länger nicht mehr an einem binären Geschlechter-Modell fest. Der deutsche Gesetzgeber zog nun nach und erkannte eine weitere Option an. Fraglich ist, ob der Sport, der sich regelmäßig die Botschaft von Anti-Diskriminierung und Inklusion auf die Fahne schreibt, diesen Worten Taten folgen lässt und sich anschließt.

<https://www.dfb.de/news/detail/regelung-zum-spielrecht-trans-inter-und-nicht-binaerer-personen-241346/>, zuletzt abgerufen am 25.9.2022.