

Die Bedeutung des Geschlechts im Recht

Eike Richter & Emily Laing

Einleitung

Der folgende Beitrag richtet sich auf die Frage nach der Bedeutung des Geschlechts oder des Geschlechtlichen in den Vorschriften des Rechts. Dabei geht er auch auf Fragen der Anwendung und Interpretation geltenden Rechts ein. Im Mittelpunkt stehen aber die Gestaltung des Rechts und insbesondere der Gesetze und damit die Perspektive der Gesetzgeber in Bund und Ländern und der sie jeweils vorbereitenden Ministerialverwaltungen. Welche grundsätzlichen Möglichkeiten und Strategien im Umgang mit Geschlecht oder dem Geschlechtlichen stehen offen, wenn Gesetze und andere rechtliche Vorschriften neu gestaltet werden? Wie sind diese Möglichkeiten gleichstellungs- und rechtspolitisch zu bewerten? Zur Beantwortung dieser Fragen bezieht der Beitrag auch den Kontext ein, der die rechtssetzenden, insbesondere gesetzgeberischen Verfahren prägt.

Zusammenfassend kommt der Beitrag zu dem Ergebnis, dass die Frage, ob und inwieweit das Recht auf das Geschlecht verzichten kann, nur in einem weiten Rahmen verfassungsrechtlich und damit juristisch angeleitet ist. Aus der Verfassung, insbesondere den Grundrechten, lassen sich nur bedingt Vorgaben an den Gesetzgeber ableiten, ob und inwieweit er dem Geschlecht keine Relevanz zuschreiben darf – oder auch umgekehrt: Relevanz zuschreiben muss. Aufgrund dieser grundsätzlich weiten verfassungsrechtlichen Grenzen findet die Frage, welche Relevanz das Geschlecht im Recht haben sollte, ihre Antwort in allererster Linie in der gesetzgeberischen Einschätzung und damit im demokratischen Diskurs. Als grundlegende Herausforderung erweist sich dabei, dass die Gesetzes- und Rechtsordnung zum großen Teil (und selten hinterfragt) auf einem binären, adynamischen Geschlechterverständnis aufbaut, das vor dem Hintergrund der Ausdifferenzierung

und Variabilität des Geschlechterbegriffs durch die medizinischen, psychologischen und soziologischen Wissenschaften unterkomplex erscheint.

Im Umgang mit dieser inhaltlich-strukturellen Herausforderung eröffnen sich vor allem zwei Lösungsstrategien: zum einen den Erhalt oder auch die Erhöhung der Relevanz des Geschlechts im Recht, zum anderen einen Prozess der ›Entgeschlechtlichung‹ des Rechts, also eine Reduktion der Relevanz von Geschlecht in Gesetzen und Vorschriften.¹ Die Verwendung von geschlechtlichen Begriffen und damit die Erhaltung oder sogar die Erhöhung der Relevanz des Geschlechtlichen im Recht findet ihre Legitimität in der Beseitigung von Nachteilen einzelner Geschlechter. Hiermit geht jedoch stets die Gefahr von Benachteiligungen anderer Geschlechter einher, zumal es zweifelhaft erscheint, ob die von den Sexualwissenschaften erkannte Ausdifferenzierung und Variabilisierung des Geschlechts durch die Rechtsordnung nachvollzogen werden kann, ohne die Leistungskraft rechtlicher Regulierung zu übersteigen. Ein Anknüpfen an das bzw. an ein bestimmtes Geschlecht erscheint demnach vor allem dann angezeigt, wenn und solange ein Lebensbereich eine gravierende Unausgewogenheit der Geschlechterverhältnisse aufweist und die in ihm waltenden Strukturen und Kräfte aus sich heraus nicht in der Lage sind, diese Unausgewogenheit auszugleichen. In allen anderen Fällen erscheint es tendenziell und auch langfristig rechtspolitisch angemessener, die Relevanz von Geschlecht im Recht zu senken. Dazu bedarf es allerdings im Vorhinein eines verständigen Umgangs mit Interessengruppen im demokratischen Diskurs. Jeder Versuch der Entgeschlechtlichung des Rechts trifft zudem regelmäßig auf die rechtsgestalterische Herausforderung, geschlechtlich geprägte Bezeichnungen und Begriffe und die von ihnen in der rechtlichen Regulierung übernommenen Funktions- und Orientierungsleistungen konstruktiv zu kompensieren.

1 Die Frage nach der Bedeutung des Geschlechts im Recht aus einer rechtsgestalterischen Perspektive

Alle aktuellen Fragen und Streitpunkte dazu, wie das geltende Recht etwa mit trans*geschlechtlichen Menschen umgeht und ob es hierbei gerecht ist, münden – freilich auf einer abstrakten Ebene – in der Frage nach der Bedeutung des Geschlechts im Recht. Beispiele hierfür sind etwa Fragen zu den rechtlichen Anfor-

¹ In jüngerer Zeit steht die Bezeichnung ›postgender‹ für eine Forderung, nach der Geschlechterkategorien im Recht und darüber hinaus auch im sozialen Leben überhaupt keine Rolle mehr spielen sollen (vgl. Deutscher Ethikrat, 2012, S. 30; Sieberichs, 2013, S. 1180).

derungen an den Wechsel des geschlechtlichen Personenstandes, zu rechtlichen Vorgaben zur Berücksichtigung von Geschlechtereinteilungen bei der Gestaltung von Sportanlagen oder anderen Einrichtungen oder auch zur Erstattung von Kosten für geschlechtsangleichende Maßnahmen. Die grundsätzliche Frage nach der Bedeutung des Geschlechtlichen im Recht stellt sich jedoch nicht nur in Hinblick auf trans*geschlechtliche Menschen. Letztlich stellt sie sich auch aus den Perspektiven anderer Geschlechterpolitiken, wie etwa der tradierten Frauenförderung oder in Hinblick auf intergeschlechtliche Menschen: Stets lässt sich die Frage stellen, welche Bedeutung das Geschlecht im Recht hat und haben sollte. Sie liegt letztlich rechtspolitisch umstrittenen Themen zugrunde, wie etwa dem Macht- und Verteilungsverhältnis von Frauen und Männern in Aufsichtsräten und anderen Gremien oder auch der Festlegung von Geschlechterkategorien im Personenstandsrecht vor dem Hintergrund eines zunehmend ausdifferenzierten und variabilisierten Geschlechterbegriffes.

In all diesen Rechtsfragen und Beispielen kann ganz grundsätzlich gefragt werden, warum das Recht nicht so gestaltet sein kann, dass es dem Geschlecht indifferent gegenübersteht; oder selbst wenn es einen Grund für eine Anknüpfung an das Geschlecht geben sollte, warum das geltende Recht dabei auf die derzeitige und nicht auf eine andere Weise verfährt.

Die Frage, welche Bedeutung das Geschlecht oder das Geschlechtliche im Recht hat und haben sollte, ist durch den immer komplexer werdenden Geschlechterbegriff in den medizinischen, psychologischen und sozialen Wissenschaften noch einmal virulenter geworden. Der Gesetzgeber ist besonders gefordert, eine Antwort darauf zu suchen, welche Relevanz das Geschlecht in Gesetz und Recht haben soll oder kann. Einerseits erscheint die Anknüpfung des Rechts an das Geschlecht als Notwendigkeit, um Geschlechtergerechtigkeit zu gewährleisten und Ungleichheitsstrukturen aktiv entgegenzuwirken. Andererseits und mithin gleichzeitig wohnt jeder Anknüpfung die Gefahr inne, Menschen nur wegen ihres Geschlechts und damit ohne sachlichen Grund ungleich zu behandeln. Es bleibt vor diesem Hintergrund also zu fragen, ob oder inwieweit das Geschlecht in den Gesetzen der einzelnen Lebens- und Gesellschaftsbereiche als regulatives Kriterium verzichtbar ist oder womöglich gerade nicht.

1.1 Geschlecht im geltenden Recht (*de lege lata*)

Führt man diesen ersten Blick in die geltende Rechts- und Gesetzesordnung weiter, zeigen sich ganz unterschiedliche Herangehensweisen an den Umgang mit Geschlecht.

In vielen Gesetzen, die ursprünglich (historisch) am Geschlecht anknüpfen, erscheint es heute selbstverständlich, dass dem Geschlecht keine rechtliche Bedeutung mehr zugemessen wird, das Recht seine Folgen (z. B. Verbote, Gebote, Leistungen, Teilhabe) also nicht mehr vom Geschlecht abhängig macht. Die Überwindung solcher Anknüpfungen ist vor allem das Ergebnis und der Erfolg der Frauen- und Gleichstellungsbewegung im letzten Jahrhundert, die sich um die gerechte und geschlechteroffene Teilhabe von Frauen bemühte. So schrieb das Reichswahlgesetz in der Fassung von 1919 nur Männern das Wahlrecht zu. Heute knüpfen die §§ 12, 13 Bundeswahlgesetz das aktive Wahlrecht in Hinblick auf persönliche Eigenschaften nur an ein Mindestalter.

Es lassen sich aber auch Gesetze finden, die nicht nur früher, sondern noch heute an Geschlechtlichkeit oder sogar an ein bestimmtes Geschlecht anknüpfen. Zum Beispiel werden im Mutterschutzgesetz (MuSchG) gemäß § 1 vom Anwendungsbereich des Gesetzes von vornherein nur »Frauen und weibliche Beschäftigte« erfasst. Im Strafvollzugsrecht sind gemäß § 98 Absatz 3 des Gesetzes über den Vollzug der Freiheitsstrafe (Hamburgisches Strafvollzugsgesetz – HmbStVollzG) »Frauen und Männer in getrennten Anstalten oder Abteilungen unterzubringen«. Weiter darf gemäß § 70 Absatz 1 Satz 3 HmbStVollzG »die Durchsuchung männlicher Gefangener nur von Männern, die Durchsuchung weiblicher Gefangener nur von Frauen vorgenommen werden«. Die Erwägungen hinter einer solchen Regelung sind aus einer adynamischen, abgeschlossenen Geschlechter-sicht im ersten Moment »gefühlsmäßig« richtig, der Gesetzgeber verhält sich hier erwartungsorientiert und einem binären Geschlechterverständnis entsprechend (welches Frauen und Männern basierend auf ihrer Geschlechtszugehörigkeit sowohl bestimmte Verhaltensweisen als auch bestimmte Bedürfnisse zuschreibt).

Schließlich lassen sich auch Gesetze identifizieren, die aus einer historisch-ge-nalogischen Perspektive ursprünglich nicht ans Geschlecht anknüpften, heute aber das Geschlecht oder ein bestimmtes Geschlecht zum relevanten Kriterium erheben. Aktuelle Beispiele sind die Frauenquote im Gesellschaftsrecht, im sogenannten Quotengesetz² oder die Geschlechterquote im öffentlichen Dienstrecht: Gemäß § 5 des Hamburgischen Gesetzes zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst (Hamburgisches Gleichstellungsgesetz – HmbGleiG) sind

»bei der Begründung eines Dienst-, Arbeits-, oder Ausbildungsverhältnisses, der Übertragung höherwertiger Tätigkeiten, der Übertragung eines Beförderungsdienst-

2 Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst, beschlossen am 6.3.2015.

postens oder der Beförderung in einem Bereich, in dem ein Geschlecht unterrepräsentiert ist, Personen dieses Geschlechts bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig zu berücksichtigen, bis die Unterrepräsentanz beseitigt ist.«.

Es ist nicht überraschend festzustellen, dass die Gesetze hier von einem binären Geschlechtersystem ausgehen, also von der ausschließlichen Existenz von Mann und Frau und keinen darüber hinausgehenden Geschlechteridentitäten. Sie folgen insofern einer Idee von Frauenförderung mit dem Ziel des langfristigen Ausgleiches der Machtverhältnisse in der Gesellschaft zugunsten der Frauen.

Dabei wird aus einer sprachlichen Sicht – und Recht besteht letztlich fast ausschließlich aus sprachlichen Sätzen – deutlich, wie Aspekte des Geschlechtlichen rechtliche Bedeutung erlangen können und dass dies eine Frage der Rechtsgestaltung ist: Rechtssätze müssen regelmäßig an etwas Vorausgesetztes anknüpfen, um daran eine Folge, Anordnung oder einen Befehl zu knüpfen, wie etwas sein soll. Quotenregelungen zur Gleichstellung von Frauen und Männern wie etwa § 8 Absatz 1 Satz 1 des Gesetzes für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Unternehmen und Gerichten des Bundes (Bundesgleichstellungsgesetz – BGleG)³ setzen (regelmäßig unthematisiert und gleichsam selbstverständlich) voraus, dass Menschen sich in Frauen und Männer einteilen lassen, um darauf aufbauend festzulegen, in welchem Verhältnis von Frauen und Männern ein Gremium besetzt sein muss oder ob ein bestimmtes Geschlecht zu bevorzugen ist. Die Rechtsordnung ist auf diese Weise in den verschiedensten Lebensbereichen und in einer unüberschaubaren Masse von Rechtssätzen geschlechtlich konnotiert. Im Vergleich zu diesen Beispielen wird dann auch die – rechtstechnische und -dogmatische, aber häufig nicht als solche erkannte – Sonderrolle des Personenstandsrechts deutlich. Denn hier fungiert das Geschlecht nicht als etwas Vorgefundenes, sondern ist Gegenstand der rechtlichen Definition und in diesem Sinne selbst Gegenstand der Folgenfestlegung.

1.2 Geschlecht aus Sicht der Rechtsgestaltung (*de lege ferenda*)

Mit der Frage nach der tatsächlichen und ›richtigen‹ Bedeutung des Geschlechts ist mehr als ein wissenschaftliches bzw. analytisches Erkenntnisinteresse verbun-

3 Die Vorschrift lautet: »Sind Frauen in einem bestimmten Bereich [...] unterrepräsentiert, hat die Dienststelle sie bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, bei Einstellung und beruflichem Aufstieg bevorzugt zu berücksichtigen«.

den. Aus einer rechtspolitischen und -gestalterischen Perspektive ist sie Ausdruck eines allgemeinen Gerechtigkeitsinteresses und Gradmesser gesellschaftlicher Akzeptanz: Eine an das Geschlecht anknüpfende Rechtsordnung steht in Verdacht, (strukturell) zu diskriminieren, während eine geschlechtsblinde Rechtsordnung – gleichsam nicht >weniger ungerecht< – als unsensibel für die tatsächlichen Geschlechterverhältnisse und als realitätsfern in Hinblick auf die Vielfalt und Variabilität der Geschlechter wahrgenommen werden kann.

Aus juristischer Sicht sind Gerechtigkeitsfragen in erster Linie Verfassungsfragen: Da die Frage, inwieweit das Recht auf das Geschlecht verzichten kann, zumindest auch eine Gerechtigkeitsfrage ist, ist sie an sich letztlich an philosophischen Maßstäben zu beantworten. Im verfassten Rechtsstaat übernimmt die Maßstabkontrolle für die Gerechtigkeit des geltenden Rechts indes grundsätzlich die Verfassung, jedenfalls als Zwischenstufe und als Leitlinie bei Wertstreitigkeiten. Die Verfassung setzt den Gesetz- und sonstigen Normgebern Grenzen, aber auch Spielräume zur Gestaltung des Rechts – und dies auch in der Frage, ob und welche Bedeutung oder Relevanz die Gesetz- und Normgeber dem Geschlecht zuweisen dürfen oder gar müssen, wenn sie die verschiedenen Lebensbereiche rechtlich regulieren. Als verfassungsrechtliche Grenzen sind die Grundrechte und hier insbesondere Artikel 3 des Grundgesetzes (GG) von Bedeutung. Vor diesem verfassungsrechtlichen Hintergrund und damit aus einer juristischen Sicht teilt sich die Frage nach der Bedeutung des Geschlechts im Recht aus einer rechtsgestalterischen Perspektive in drei Teilfragen auf:

1. Inwieweit muss das Recht auf das Geschlecht verzichten? Dies ist eine verfassungsrechtliche Frage. Sie richtet sich insbesondere auf Artikel 3 Absatz 1 GG, den allgemeinen Gleichheitssatz, welcher Gleichheit (und damit Nichtbeachtung von persönlichen Merkmalen) und Gleichbehandlung vor dem Gesetz voraussetzt (dazu nachfolgend 2.1).
2. Inwieweit darf das Recht nicht auf das Geschlecht verzichten bzw. muss das Recht sogar am Geschlecht anknüpfen? Hier ist das Augenmerk insbesondere auf Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 GG gerichtet, welcher eben an das Geschlecht anknüpft und auf diesem Wege die Beseitigung tatsächlicher Nachteile als Zielbestimmung grundgesetzlich festschreibt (dazu 2.2).
3. Soweit dann noch Spielraum verbleibt, ist die rechtspolitische und rechtsgestalterische Frage zu stellen, inwieweit das Recht auf das Geschlecht verzichten sollte (dazu 3).

Im Folgenden wird deutlich werden, dass die Verfassung den Gesetz- und Normgebern hinsichtlich der Frage, ob das Recht dem Geschlecht eine Relevanz zuweisen darf, einen beachtlichen Gestaltungsspielraum einräumt und somit gesellschaftlichen Entwicklungen gegenüber offen ist. Zentral ist damit die letzte – weniger juristische als rechtspolitische – Frage, inwieweit das Recht auf das Geschlecht verzichten sollte oder auch nicht. Anhand dieser – an sich ergebnisoffenen – Frage wird deutlich, welche Bedeutung Erkenntnisse der Sexual- und Geschlechterforschung für die Gesetze haben können. Dabei kann im vorliegenden Beitrag eine auch nur im Ansatz vollständige Analyse der bestehenden Gesetze angesichts deren Fülle nicht geleistet werden. Die folgenden Ausführungen orientieren sich an grundlegenden Erwägungen, wobei aber eine Illustration an konkreten Beispielen aus der geltenden Rechtsordnung stattfindet.

2 Verfassungsrechtliche Grenzen der Relevanz

Aus gesetzesgestalterischer Perspektive ist zunächst zu betrachten, wo das Verfassungsrecht Grenzen aufwirft, die eine Erhöhung oder Senkung der Relevanz des Geschlechtes im Recht erzwingen oder verhindern.

2.1 Zwingender Verzicht auf das Geschlecht?

Verfassungsrechtlich kommen vor allem zwei Grundrechte in Betracht, die einen Verzicht auf die Kategorie ›Geschlecht‹ im Recht zwingend erforderlich machen könnten. Diese sind das Gleichheitsgrundrecht in Artikel 3 GG in seinen verschiedenen Ausprägungen sowie das Allgemeine Persönlichkeitsrecht in Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG.

2.1.1 Gleichheitsgrundrecht (Artikel 3 GG)

Der allgemeine Gleichheitssatz normiert in Artikel 3 Absatz 1 Satz 1 GG: »Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich«, um im folgenden Absatz 3 Satz 1 sogar im Hinblick auf das Geschlecht zu konkretisieren: »Niemand darf wegen seines Geschlechtes [...] benachteiligt oder bevorzugt werden«. Daraus ist der Grundsatz zu schließen, dass jedwede rechtliche Anknüpfung an das Geschlecht unzulässig ist (siehe etwa Krieger, 2014). Dies entspricht auch dem grundsätzlichen Verständnis des Bundesverfassungsgerichts, wonach Artikel 3 Absatz 3 Satz 1 GG

ein Anknüpfungsverbot für die dortigen Merkmale darstellt (BVerfGE 107, 257 [269]). Auf der anderen Seite setzt Artikel 3 Absatz 2 GG ein Anknüpfen an das Geschlecht voraus, wenn er festschreibt: »Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin«. Das Grundgesetz differenziert also insoweit selbst nach »Männern« und »Frauen«, weitere Identitäten sind bislang auch in der herrschenden Interpretation des Begriffs »Geschlecht« nicht vorgesehen. Auch in Rechtsprechung und -anwendung scheinen überwiegend nur zwei Geschlechter zu existieren – wobei das Bundesverfassungsgericht immerhin schon 1978 in Hinblick auf das Geschlecht feststellte, dass es auch »Anomalien geben kann« (BVerfGE 49, 286).

Man kann also von dem Grundsatz eines Verbotes der Anknüpfung ausgehen, dem jedoch bis zu einem gewissen Grad das Förderungsgebot des Artikels 3 Absatz 2 Satz 2 GG gegenübergestellt werden kann. Dieses stellt sich so als Ausnahme dar, womit eine Anknüpfung an Geschlechter zur Bekämpfung von Ungleichbehandlungen oder bei »Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder Frauen auftreten können« (BVerfGE 114, 357 [364]), zumindest nicht kategorisch ausgeschlossen ist, sondern es hierbei auf den einzelnen Bereich gesetzlicher Regulierung ankommt.

Ein Blick in die Gesetzgebungspraxis zeigt, dass die Gesetzgeber in den Ländern dem Geschlecht sogar innerhalb derselben Gesetzesmaterie unterschiedliche Relevanz einräumen, so etwa im Strafvollzugsrecht: In einigen Ländern wird die Beschränkung auf »Mutter-und-Kind-Einrichtung« für zulässig gehalten (so z. B. in Hamburg: »[...] Kind einer Gefangenen [...] [kann] in der Anstalt untergebracht werden, in der sich seine Mutter befindet [...]«, § 22 Absatz 1 HmbStVollzG). Eine geschlechterneutrale Vorgabe haben hingegen etwa der hessische und der sächsische Gesetzgeber bevorzugt (§ 74 Absatz 1 Satz 1 HStVollzG⁴, § 14 Absatz 1 Satz 1 des Sächsischen Strafvollzugsgesetzes – SächsStVollzG).

2.1.2 Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG)

Ein verfassungsrechtlich fundiertes Verbot, dem Geschlecht eine Relevanz zuzuschreiben, könnte aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG folgen. Es ist das Freiheitsrecht der Integrität der menschlichen Person in geistig-seelischer Beziehung

4 Außer Kraft getreten am 31.12.2015.

(Murswiek, 2014). Als Teilbereich umfasst es unter anderem die Privat- und Intimsphäre, die wiederum den Sexualbereich, die Einstellung zum Geschlechtlichen und ihrer individuellen Entwicklung und das Recht auf Anerkennung der subjektiven Geschlechtszugehörigkeit enthält (bezüglich des Geschlechtslebens siehe BVerfGE 47, 46 [73]). Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht ist jedoch nur im innersten Kernbereich absolut geschützt, wo die Integrität des Einzelnen verletzt werden könnte. Eine rechtliche Anknüpfung an Geschlecht berührt diesen innersten Kernbereich nicht in jedem Fall, sodass sich ein kategorisches Verbot der Geschlechteranknüpfung aus Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG nicht per se ergeben dürfte. Das Grundrecht ist in diesem Sinne also abwägungs offen für das >Ob< und das >Wie< der Relevanz von Geschlecht. Es schließt dementsprechend auch nicht kategorisch die Nutzung von Geschlechterbegriffen aus.

2.2 Zwingende Anknüpfung an das Geschlecht?

Grundsätzlich denkbar ist umgekehrt, dass die Verfassung eine Anknüpfung an das Geschlecht in bestimmten Konstellationen zwingend gebietet.

Als Anknüpfungspunkt kommt Artikel 3 Absatz 2 GG in Betracht: »Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung [...]«. Letzteres ist allerdings (nur) eine sogenannte Staatszielbestimmung (Ossenbühl, 2012), die sich vor allem an den Gesetzgeber wendet, geeignete Regelungen für das Erreichen dieses Zieles zu finden, aber aus der sich keine Forderungen für *ein* bestimmtes Staatshandeln ableiten lassen. Zum Beispiel kann der Nichterlass von Quotenregelungen kaum als verfassungswidrig bezeichnet werden.

Auf der anderen Seite könnte man argumentieren, dass der Auftrag aus Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 GG, auf die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, unausführbar wäre und gleichsam bedeutungsleer würde, wenn der Gesetzgeber nicht zwischen Frauen und Männern unterscheiden würde (Froese, 2015, S. 607). Ähnlich lässt sich in Hinblick auf den Schutz der Ehe nach Artikel 6 GG argumentieren: Wenn das Geschlecht keine Kategorie mehr darstellt (eben weil das einfache Gesetz an keine geschlechtlichen Kategorien mehr anknüpft), könnte auch keine binäre Verschiedengeschlechtlichkeit festgestellt werden. Dies wiederum würde bei der Ehe im Sinne von Artikel 6 GG von Bedeutung sein, sofern man die Verschiedengeschlechtlichkeit als begriffsbilden-

des Merkmal der Ehe ansieht (vgl. BVerfGE 105, 313 [345]; offener EGMR, S. 1423). Eine Ehe im Sinne des Artikels 6 GG könnte dann niemand mehr eingehen, weil Verschiedengeschlechtlichkeit nicht mehr positiv festgestellt werden könnte (Froese, 2015, S. 606). In der Folge sähe das Grundgesetz zwar eine auf geschlechtlichen Kategorien aufbauende Ehe und deren Schutz vor; dieses Statut liefe aber leer, weil der Gesetzgeber nicht die notwendigen Voraussetzungen – sprich: die gesetzlichen Grundlagen – dafür geschaffen hätte, damit das Statut auch ausgefüllt werden kann, das heißt Ehen geschlossen werden können.

Ob aus der dargelegten Relevanz des Geschlechtlichen im Grundgesetz – insbesondere der Unterscheidung von Frauen und Männern für die Funktionsweise von Artikel 3 Absatz 2 GG und von Artikel 6 GG (man könnte auch noch Artikel 12a GG hinzunehmen, dazu Froese, ebd., S. 608f.) – auf eine generelle Pflicht des Gesetzgebers zur Anknüpfung an das Geschlecht oder sogar an die Unterscheidung von Frauen und Männern geschlossen werden kann, erscheint allerdings zweifelhaft. Denn zunächst ist nur zu konstatieren, dass die Verfassung zwar die genannten Rechte- und Schutzpositionen statuiert hat, diese aber zur Ausfüllung dem Gesetzgeber überantwortet hat. Als Institutsgarantie gewährleistet Artikel 6 Absatz 1 GG zwar den Bestand des Rechtsinstituts ›Ehe‹ dann insoweit, als die bestimmenden Strukturprinzipien dem Zugriff des Gesetzgebers, insbesondere der Aufhebung oder wesentlichen Umgestaltung, entzogen sind (BVerfGE 80, 81 [92]); aber selbst wenn man die Verschiedengeschlechtlichkeit der Ehe als ein solches Strukturprinzip ansähe (anders wohl BVerfGE 105, 313 [344]; dafür wiederum Sondervotum Papier in BVerfGE 105, 313 [344ff.]), könnte daraus doch zunächst nur gefolgert werden, dass der Gesetzgeber, *wenn* er im einschlägigen Lebensbereich Regelungen trifft, nicht von dem ehelichen Strukturprinzip der Verschiedengeschlechtlichkeit abweichen darf. Dann dürfte aber umgekehrt eine Anknüpfungspflicht des Gesetzgebers auch nur so weit reichen, als eine Anknüpfung an das Geschlecht bzw. die Unterscheidung von Frauen und Männern notwendig ist, um Eheschließungen im Sinne von Artikel 6 GG und um – soweit man dies auf Artikel 12a GG übertragen mag – die Wehr- und Ersatzdienstpflicht zu regeln. Von einer generellen Anknüpfungspflicht könnte dann aber nicht gesprochen werden. Sieht man hingegen die Verschiedengeschlechtlichkeit von vornherein nicht als bestimmendes Strukturprinzip der Institutsgarantie des Artikel 6 Absatz 1 GG, also vom verfassungsrechtlichen Begriff der Ehe als umfasst an, dann scheidet diese Vorschrift als Quelle einer verfassungsrechtlichen Anknüpfungspflicht für den Gesetzgeber ohnehin aus. Denn dann obläge es bereits dem Gesetzgeber zu bestimmen, ob die Ehe geschlechtlich geprägt ist oder nicht.

Ähnlich würde bei Artikel 3 Absatz 2 GG eine Anknüpfungspflicht nur so weit reichen, wie es für die Ermöglichung von Nachteilsausgleichen unabdingbar wäre. Als Staatszielbestimmung eröffnet die Vorschrift dem Gesetzgeber weite Spielräume. Es erscheint allerdings kaum denkbar, dass er zur Umsetzung der Staatszielbestimmung ohne die Verwendung von geschlechtlichen Begriffen auskommen könnte. Unter welchen Voraussetzungen er jedoch umgekehrt gehalten ist, am (zumal binären) Geschlecht anzuknüpfen, ist kaum allgemein festzustellen, sondern kann sich nur mit Blick auf den jeweils in Rede stehenden Einzelfallbereich ergeben. Insoweit dürfte es in erster Linie Sache des Gesetzgebers sein, zu bestimmen, auf welchen Wegen die Staatszielbestimmung zu erreichen und wie dabei insbesondere die geschlechtliche Ansprache zu erfolgen hat. Im jeweiligen Einzelfallbereich kann – muss dies aber nicht – in einer zwingenden Anknüpfung an (binäre) Geschlechter münden.

3 Rechtspolitische Strategien zur Ausfüllung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums

Auch unter den genannten Vorbehalten eröffnet das Grundgesetz dem Gesetzgeber bei der Regulierung einzelner Lebensbereiche somit einen durchaus weiten Spielraum, ob und inwieweit er dem Geschlecht eine rechtliche Relevanz zuschreibt. Aus der rechtsgestalterischen Perspektive des Gesetzgebers kommen so grundsätzlich zwei Lösungsstrategien in Betracht: Um etwaige Benachteiligungen für ein bestimmtes Geschlecht auszugleichen, kann er dieses privilegieren (>positiv diskriminieren<). Dazu muss er mit seinen Regelungen am Geschlecht anknüpfen, diesem folglich rechtliche Relevanz zuschreiben und den Geschlechterbegriff gegebenenfalls weiter ausdifferenzieren (dazu 3.1). Die damit einhergehende Gefahr des Festschreibens binärer oder verkürzter (wieder diskriminierender) Zustände, lenkt den Blick auf die zweite grundsätzliche Regulierungsstrategie, nämlich dem Geschlecht in den Gesetzen keine Relevanz zuzuschreiben bzw. eine vorhandene Relevanz abzubauen: Das Recht wird in Hinblick auf Geschlecht oder Geschlechtlichkeit neutral ausgerichtet und Geschlecht oder Geschlechtlichkeit bilden für das Recht keine Kriterien oder Gründe mehr (dazu 3.2).

Die somit an den Gesetzgeber gerichtete Frage, inwieweit er bei der Regulierung einzelner Lebensbereiche auf das Geschlecht verzichten sollte oder nicht, also welcher grundsätzlichen Regulierungsstrategie er folgen sollte, ist innerhalb der dargestellten verfassungsrechtlichen Grenzen keine juristische Frage, sondern eine Frage der politischen Einschätzung und Meinung. Das Verfassungsrecht zieht

lediglich in prozeduraler Hinsicht weitere Grenzen, indem es den notwendigen politischen Meinungsdiskurs über die richtige Relevanz des Geschlechts im Recht den Regeln des demokratischen Rechtsstaates unterwirft. Was im Hinblick auf das ›Ob‹ und ›Wie‹ der Relevanz von Geschlecht in bestimmten gesetzlichen Regelungen als ›richtig‹ oder gerecht gilt bzw. ob eher der einen oder anderen Regulierungsstrategie zugeneigt wird, ergibt sich aus dem Zusammenspiel der demokratisch legitimierten, in ihren Befugnissen begrenzten und sich gegenseitig kontrollierenden Akteure.

Logisch betrachtet stehen die beiden genannten Strategien in einem Alternativverhältnis: Entweder wird dem Geschlecht Relevanz im Gesetz zugewiesen oder eben nicht. Da allerdings die Gesetzgebungskompetenz im föderalen Staat des Grundgesetzes nicht nur in verschiedene Sachmaterien unterteilt, sondern auch zwischen Bund und Ländern aufgeteilt ist, erscheinen in der Praxis beide Alternativen als zugleich auftretende Varianten: Der Bundesgesetzgeber steigert in einem Teilbereich des Bundesrechts die Relevanz, während er sie zugleich in einem anderen Teilbereich absenkt. Oder der Gesetzgeber eines Landes steigert die Relevanz in einem Teilbereich seines Landesrechts, während der Gesetzgeber eines anderen Landes sie im selben sachlichen Landesrecht absenkt. Die Teilbereiche der Rechtsordnung entwickeln sich in diesem Sinne ungleichzeitig.

Im Folgenden sollen die beiden Regulierungsstrategien in ihren strukturellen Indikationen und Herausforderungen betrachtet werden.

3.1 Relevanzsteigerung und Ausdifferenzierung von Geschlecht

Soweit der Gesetzgeber in einzelnen Rechtsbereichen dem Geschlecht eine Relevanz zugeschrieben hat oder er dies beabsichtigt, wird dies regelmäßig von der Einsicht getragen, dass in dem jeweils regulierten Lebensbereich bestimmte Menschen tatsächlich Vor- oder Nachteile aufgrund ihres Geschlechts erfahren. Mit am Geschlecht anknüpfenden Regelungen verfolgt der Gesetzgeber dann die Intention, den jeweils benachteiligten Menschen einen Ausgleich zu verschaffen.

Dies wird deutlich an den Regelungen des Mutterschutzes. Neben Gesundheitsschutz ist es das Ziel des MuSchG, die Nachteile zu kompensieren, die durch Schwangerschaft und Geburt im Erwerbsbereich entstehen können: Risiken bezüglich Lohnausfall und Arbeitsplatzverlust sollen minimiert werden.⁵ Nach

⁵ Dies wird vor allem in den Regelungen zum Kündigungsverbot (§9 MuSchG) und zum Mutterschaftsgeld während der Schutzzeiten (§§ 13f. MuSchG) deutlich.

der Vorstellung des Gesetzgebers sind dabei nur Frauen von den Nachteilen in Arbeitsverhältnissen aufgrund von Schwangerschaft und Geburt betroffen. Dementsprechend knüpft das Gesetz explizit an Geschlecht an: Gemäß § 1 MuSchG gilt das Gesetz für Frauen und weibliche Beschäftigte.

Ein weiteres Beispiel ist die Entgeltgleichheit. Geht man davon aus, dass Frauen für dieselbe Arbeitsleistung durchschnittlich sieben Prozent weniger Entgelt erhalten als ein Mann (dazu BMFSFJ, 2015, S. 19), liegt es nahe, Frauen explizit zu fördern, um Entgeltgleichheit zu erreichen. Diese Anknüpfung kann allerdings unter Umständen zulasten Einzelner gehen, die zwar der bevorteilten Geschlechtergruppe – hier also den Männern – zuzuordnen, aber individuell nicht bevorteilt sind, oder auch zulasten anderer Gruppen, die – wie etwa intergeschlechtliche Menschen – zwar ebenso benachteiligt sein können, aber schon als Gruppe nicht von der Fördermaßnahme erfasst werden. Wenn sich Nachteile aus dem Geschlecht mittelbar oder unmittelbar ergeben, erscheint es häufig schwer, auf das Anknüpfen an das Geschlecht zu verzichten, um die Ungerechtigkeit auszuräumen.

Der Gesetzgeber sieht sich dann allerdings vor die Herausforderung gestellt, dass die sexualwissenschaftliche Forschung die binäre Geschlechterteilung und die adynamische Zuordnung eines Menschen zu den Geschlechterkategorien mehr und mehr als unterkomplex enttarnt. In der Konsequenz liegend erscheint es daher, in den Gesetzen an das Geschlecht auch entsprechend ausdifferenziert anzuknüpfen, also in diesem Sinne die Geschlechtersensibilität der Rechtsordnung qualitativ zu erhöhen und eine >geschlechterrealistische< Rechtsordnung anzustreben. So knüpft beispielweise § 116b Absatz 1 Satz 2 Ziffer 2 Buchstabe i des Sozialgesetzbuches (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung – zur Regulierung der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung explizit (nebst vielen anderen Bereichen) am Transsexualismus an.

Indes bedeutet jede Ausdifferenzierung des Geschlechts im Recht in der Regel eine Zunahme der regulativen Komplexität. Die Binarität der Geschlechterteilung und Adynamik der Geschlechterzuordnung mögen aus sexualwissenschaftlicher Sicht unterkomplex anmuten, sind jedoch tief im kollektiven und kulturellen Bewusstsein verankert und lassen den Umgang mit dem Geschlechtlichen für viele Menschen als klar und selbstverständlich erscheinen. Auch die geltende Rechtsordnung selbst setzt in vielen, häufig auch systemprägenden Vorschriften explizit oder jedenfalls implizit die binäre Unterscheidung von Frau und Mann sowie die adynamische Einordnung des einzelnen Menschen in diese beiden Geschlechterkategorien gleichsam als unhinterfragte Prämissen voraus. Kann es vor diesem Hintergrund praktisch überhaupt gelingen, die Ausdifferenzierung

und Variabilisierung des Geschlechts tatsächlich im Recht nachzuvollziehen und abzubilden? Wie würde zum Beispiel eine solche Ausdifferenzierung bei Quotenregelungen aussehen? Sind nur Frauen umfasst oder auch Männer? Nimmt man intergeschlechtliche Menschen hinzu? Die Grenzen und Zahlen der einzelnen Geschlechter sind unklar und wären in der Rechtsordnung ständig zu erneuern und zu überprüfen, wobei jedoch eine feste Einteilung einem spektralen Geschlechterverständnis widersprechen würde.

Hinzu kommt, dass jede geschlechtliche Ausdifferenzierung die Gefahr birgt, in der guten Absicht, Ungerechtigkeiten auszugleichen, neue Ungerechtigkeiten zu begründen. Dies beschrieb schon Habermas in Hinblick auf die nur auf Frauen bezogene Förderung durch Recht:

»Jede Regel, die Benachteiligungen von Frauen auf dem Arbeitsmarkt oder am Arbeitsplatz, in der Ehe oder nach einer erfolgten Scheidung, im Hinblick auf soziale Sicherheit, Gesundheitsvorsorge, sexuelle Belästigung, Pornografie usw. ausgleichen soll, beruht auf einer Interpretation von Unterschieden geschlechtstypischer Lebenslagen und Erfahrungen. Soweit sich Gesetzgebung und Justiz dabei an tradierten Deutungsmustern orientieren, befestigt das regulative Recht die bestehenden Stereotype der Geschlechtsidentität. Mit den ›Normalisierungseffekten‹, die Gesetzgebung und Justiz auf diese Weise erzeugen, werden diese selbst zum Teil des Problems, das sie lösen sollen« (Habermas, 1992, S. 510f.).

Jede Anknüpfung an ein binäres System reproduziert genau dieses Geschlechterbild inklusive all seiner negativ-stereotypen Rollenzuschreibungen. So wurden etwa im Bereich der schulischen Bildung zunächst besondere Mädchenpädagogik-Richtlinien erlassen, um den besonderen Bedürfnissen von Mädchen Rechnung zu tragen. Später wurde erkannt, dass auch Jungen spezifische Bedürfnisse im Bildungsbereich haben, weshalb Jungenpädagogik-Richtlinien nachfolgten. Intergeschlechtliche Kinder blieben dabei in beiden Fällen gänzlich unberücksichtigt.

Diese Überlegungen sollen nicht überdecken, dass es dennoch in einigen Bereichen notwendig sein kann, das Geschlechtliche zum rechtlichen Kriterium zu machen. Dabei ist jedoch Vorsicht zu wahren, denn selbst ungleichheitsüberwindende Maßnahmen reproduzieren bestimmte Geschlechterbilder und zeichnen ein unterkomplexes Bild der Geschlechteridentitäten und der damit einhergehenden Schwierigkeiten. Ein Anknüpfen an das bzw. ein bestimmtes Geschlecht – dies zeigt die gesetzliche Frauenquote – kann so gesehen vor allem dann geboten sein, wenn ein Lebens- oder Gesellschaftsbereich eine gravierende Ungleichgewogenheit der Geschlechterverhältnisse aufweist und die in ihm waltenden

Strukturen und Kräfte aus sich heraus nicht in der Lage sind, diese Unausgewogenheit auszutariieren. Geschlechtlich konnotierte Regelungen irritieren dann jedenfalls den jeweiligen Lebens- und Gesellschaftsbereich in seiner geschlechtlichen Schieflage und können ihm dazu verhelfen, sich auf lange Sicht in Hinblick auf die Geschlechter neu auszutariieren. Möglicherweise verliert eine geschlechterspezifische Regulierung ihre Legitimität aber auch zu diesem Zeitpunkt, in dem sie diese Ausgewogenheit erreicht hat.

3.2 Entgeschlechtlichung des Rechts

Die zweite mögliche Lösungsstrategie für den Gesetzgeber ist eine ›Entgeschlechtlichung des Rechts‹: Der Gesetzgeber kann die Relevanz des Geschlechts in der rechtlichen Regulierung abbauen oder sogar ganz auf geschlechtliche oder geschlechtlich geprägte Begriffe verzichten. Anstatt also regelmäßige neue In- und Out-Groups zu schaffen, zielt eine Entgeschlechtlichung auf ein in geschlechtlicher Hinsicht neutrales Recht ab – eine in Hinblick auf das Kriterium Geschlecht wirklich blinde Justitia, die Menschen von vornherein und grundsätzlich nicht nach Kategorien der Geschlechtlichkeit unterscheidet und an solche Unterscheidungen rechtliche Regelungen heftet.

Der grundlegende Vorteil dieser Regelungsstrategie liegt auf der Hand, meidet sie doch von vornherein insbesondere das Dilemma der oben beschriebenen ›diskriminierenden Entdiskriminierung‹. Mit ihr verbindet sich jedoch eine andere, kaum kleinere Herausforderung, die erst sichtbar wird, wenn man einen kurzen Blick auf die Bedeutung von Sprache und von sprachlichen Begriffen und Bezeichnungen für die rechtliche Regulierung wirft: Im demokratischen Rechtsstaat fungiert das Recht – und das heißt insbesondere die Gesetze – als zentrales Instrument zur Gewährleistung, zur Verteilung und zum Ausgleich von grundrechtlich garantierten Freiheiten und Werten. Hierzu ist das Gesetz auf Sprache und dabei insbesondere auf Begriffe und Bezeichnungen angewiesen, die in ihrer Bedeutung in einem Sinne stabil sind, sodass sie von vielen Menschen als eindeutig verstanden werden. Denn erst solche Begriffe und Bezeichnungen gewährleisten, dass mit rechtlichen Festlegungen die gewünschte und rechtsstaatlich auch notwendige Klarheit erzeugt wird, dass also etwa für den Rechtsadressaten (einschließlich der rechtsanwendenden Akteure, wie etwa die Gerichte) erkennbar und vorhersehbar ist, welche Erwartungen das Recht an ihn stellt und welche Wertungen es trifft. Dementsprechend spielt die sogenannte Alltagssprache für die Formulierung von Gesetzen eine besondere Rolle (BMJV, 2008, Randnum-

mern 54 u. 62). Sie trägt wesentlich dazu bei, den Anschluss rechtlicher Normen an die Wirklichkeit zu sichern.

Viele Begriffe und Bezeichnungen der Alltagssprache sind geschlechtlich geprägt oder konnotiert und vermitteln nicht zuletzt aufgrund dieser Prägung und Konnotation vielen Menschen eindeutige Sinngehalte. Die meisten Menschen scheinen im Alltag wie selbstverständlich davon auszugehen, dass sich alle Menschen in Frauen und Männer einteilen lassen, dass diese Zuordnung einem klaren Bild von Frauen und Männern folgt und dass die Zuordnung zudem praktisch nicht disponibel ist. Soweit nun Gesetze geschlechtliche Begriffe und Bezeichnungen verwenden, kann dies aus der Intention heraus erfolgen, das Geschlecht als solches zu regulieren. Beispiele bieten insbesondere solche Gesetze, die auf die oben dargestellte Ausdifferenzierung von Geschlecht im Recht zielen, wie etwa die Gleichstellungsgesetze im Recht des öffentlichen Dienstes. Bei vielen Gesetzen steht indes die Regulierung des Geschlechts nicht im Vordergrund. Sie bedienen sich aber – nicht selten vollkommen unreflektiert und manchmal auch erst auf den zweiten Blick erkennbar – geschlechtlich geprägter und konnotierter Begriffe und Bezeichnungen, um deren alltagssprachliche Bedeutungsstabilität rechtsfunktional zu nutzen, um andere Werte, Güter etc. zu regulieren. Auf der Suche nach den (funktional) richtigen Worten, um eine entsprechende Regulierung sprachlich eindeutig und klar zu adressieren, erscheinen dem Gesetzgeber geschlechtlich geprägte Begriffe und Bezeichnungen nicht selten attraktiv, eben weil ihr alltägliches Bedeutungsverständnis vielen Menschen beständig und eindeutig erscheint. Die bereits erwähnte tiefe kulturelle und gesellschaftliche Verankerung der binären und invariablen, wenn auch aus sexualwissenschaftlicher Sicht unterkomplex erscheinenden, Geschlechtervorstellung stellt sich aus Sicht des Gesetzgebers somit nicht nur als regulative Herausforderung, sondern zugleich – und durchaus paradox – als bedeutungsstabiler Ankerpunkt gesetzlicher Regulierung dar. So nutzt etwa das Familienrecht die alltagssprachlichen Bezeichnungen »Mutter« und »Vater«, um mit ihrer Hilfe die Verteilung von Rechten, Verantwortung und Ressourcen in der Familie zu regulieren. Dabei bestimmt § 1591 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) beinahe selbstverständlich, dass Mutter eines Kindes die Frau ist, die es geboren hat. Dabei dürfte es dem Gesetzgeber darum gegangen sein, den Vorgang der Geburt und damit die über die Geburt statuierte Verbundenheit zweier Menschen als für die Rechte- und Pflichtenverteilung erhebliches Moment zu erklären. Die alltagssprachlich gefestigte Bezeichnung »Mutter« erschien dem Gesetzgeber gleichsam als passende »Kurzbezeichnung« für die Kennzeichnung dieser Verbundenheit in der weiteren Regulierung der Familienverhältnisse. Bei der – in der Geschlechtervorstellung vieler Menschen

selbstverständlich erscheinenden – Annahme, dass nur Frauen Kinder gebären, übersah er jedoch, dass auch Trans*Männer ein Kind zur Welt bringen können (Kleinhubbert, 2013).⁶

Besieht man die geltenden Gesetze, wird schnell deutlich, wie selbstverständlich sie auf geschlechtlich geprägte Begriffe und Bezeichnungen aufsetzen, die ihrerseits Ausdruck eines binären und invariablen Geschlechterverständnisses sind.⁷ So spricht etwa § 15 Absatz 3 des Hamburger Sicherheits- und Ordnungsgesetzes (SOG) von »Personen des gleichen Geschlechts« oder eben der bereits erwähnte § 1591 BGB von »Mutter«. Damit wird leicht erkennbar, dass jeder Versuch, die Gesetze von diesen geschlechtlich geprägten Begriffen zu entkleiden und in diesem Sinne die Relevanz von Geschlecht im Recht abzusenken, sich vor die Herausforderung gestellt sehen muss, die mit diesen Bezeichnungen und Begriffen verbundene funktionale Orientierungsleistung zu kompensieren. Es reicht eben nicht aus, diese Bezeichnungen und Begriffe zu streichen. Um die Funktionalität rechtlicher Regulierung zu erhalten und auch um Akzeptanz für die Neuregulierung zu erhalten, ist es regelmäßig notwendig, die geschlechtlichen oder geschlechtlich geprägten Bezeichnungen sogleich konstruktiv durch funktional geeignete Begriffe und Bezeichnungen zu ersetzen. So wäre es etwa im genannten familienrechtlichen Beispiel denkbar, auf die Bezeichnung »Mutter« und seine Definition in § 1591 BGB zu verzichten und in den familienrechtlichen Vorschriften stattdessen an den entsprechenden Stellen etwa von »der gebärende Mensch, der [...]« zu sprechen. Denkbar wäre es aber auch, die Bezeichnung »Mutter« gesetzessprachlich weiter zu verwenden, die

- 6 Das Recht verwendet also nicht nur die Bezeichnung »Geschlecht« oder auch »Mann« oder »Frau«. Häufig verwendet es auch andere Bezeichnungen, die vermittelt über »Zwischenbezeichnung« oder durch ein bestimmtes Begriffsverständnis eine geschlechtliche Konnotation haben. Der Begriff »Mutter« im Sinne des § 1591 BGB wird als »Frau« auslegt, die Ehe im Sinne von Artikel 6 GG meint in der verfassungsgerichtlichen Auslegung »die Vereinigung eines Mannes und einer Frau« (u. a. BVerfGE 10, 59 [66]; 49, 286 [300]; 105, 313 [324 u. 345]).
- 7 Wie oben ausgeführt, differenziert selbst das Grundgesetz in Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 nach »Männern« und »Frauen« und scheint jedenfalls insoweit einen binären Geschlechterbegriff vorauszusetzen. Dies ist umso bemerkenswerter, als die Verfassung den Maßstab für den Gesetzgeber bildet (vgl. Artikel 1 Absatz 3 und 20 Absatz 3 GG sowie die Ausführungen unter 2). Auch das gleichheitsrechtliche, sprachlich geschlechterindifferent formulierte (»Geschlecht«) Anknüpfungsverbot in Artikel 3 Absätze 1 und 3 GG wird verbreitet unter Zugrundelegung eines binären, adynamischen Geschlechterverständnisses interpretiert. Die Prüfung der gleichheitsrechtlichen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Einzelakten würde sich womöglich anders darstellen, wenn man unter »Geschlecht« im Sinne von Artikel 3 Absatz 3 GG nicht nur das »Frausein« oder das »Mannsein« verstünde.

Bezeichnung aber entgeschlechtlicht zu definieren, indem in § 1591 BGB die Bezeichnung »Frau« etwa durch die Bezeichnung »Person« oder die Bezeichnung »Mensch« ersetzt wird.

Daneben zeigt ein anderes Beispiel, dass die Herausforderung schon häufig bei der Frage beginnt, warum eine gesetzliche Vorschrift überhaupt auf einer geschlechtlichen oder geschlechtlich geprägten Bezeichnung aufsetzt. So bestimmt der bereits genannte § 15 Absatz 3 SOG, dass Personen nur von Personen gleichen Geschlechts oder von Ärzten durchsucht werden dürfen. Eine auf den ersten Blick naheliegende Erklärung für die Geschlechtertrennung und damit für die Relevanz, die diese Norm dem Geschlechtlichen einräumt, wäre, dass so Handlungen, die als sexuelle Belästigung empfunden werden können, vorgebeugt werden soll. Diese Erklärung würde aber voraussetzen, dass man nur von Personen des jeweils anderen Geschlechtes belästigt werden kann, was wiederum die Frage aufwirft, warum es bei einer Durchsuchung durch Ärzte (Ärztinnen sind hier wohl mitgemeint) dann nicht auf das Geschlecht ankommen sollte. In der Konsequenz dieser Erklärung läge es, die gesetzliche Vorschrift weniger am Geschlecht als vielmehr an der sexuellen Orientierung anknüpfen zu lassen. Denkbar erscheint auch, dass die Vorschrift mit der Anknüpfung an das Geschlecht der Annahme Rechnung tragen wollte, dass Männer Männerkörper und Frauen Frauenkörper besser kennen, sie also dementsprechend effektiver durchsuchen können. Sollte diese Erklärung zutreffen – was auch in der Sache durchaus zu hinterfragen wäre –, müsste die Frage, wie die Vorschrift des § 15 Absatz 3 SOG unter Verzicht auf einen geschlechtlichen Anknüpfungspunkt gefasst werden könnte, anders zu beantworten sein, als wenn es darum geht, sexuellen Belästigungen vorzubeugen.

Schließlich dürfte es auch außerrechtliche Gründe geben, an der gesetzlichen Anknüpfung an das Geschlecht festzuhalten. So kommt dem Mutterbegriff über seine gesetzliche Funktion hinaus eine hohe gesellschaftliche Symbolwirkung zu. Ähnlich verhält es sich beim Begriff der Ehe, der sich nicht nur von der Frau-Mann-Beziehung auf die gleichgeschlechtliche Paarbeziehung erweitern ließe, sondern bei dem auch vollständig auf eine geschlechtliche Konnotation verzichtet werden könnte (»Beziehung zweier Menschen«). Nicht zuletzt an der nunmehr über drei Jahrzehnte währenden Diskussion zur Reform des Transsexuellen-Gesetzes (TSG) zeigt sich auch, dass es häufig in symbolträchtiger Weise um einen gerechten Umgang mit Geschlecht an und für sich geht, so dass die Frage der Entgeschlechtlichung des Rechts aus einer rechtspolitischen und gesellschaftlichen Perspektive nicht auf eine funktionale Ebene reduziert werden kann.

Literatur

- Bundesgleichstellungsgesetz (BGleG) vom 24. April 2015 (BGBl. I S. 642, 643).
- Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) (2015). *Transparenz für mehr Entgeltgleichheit*.
- Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (2008). *Handbuch der Rechtsförmlichkeit*.
- Bundeswahlgesetz (BWahlG), vom 23. Juli 1993 (BGBl. I, 1288, 1594), zuletzt geändert durch Artikel 9 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474).
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), vom 2. Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I, 738), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396).
- Deutscher Ethikrat (2012). *Stellungnahme des deutschen Ethikrates Intersexualität*, Bundestag-Drucksache 17/9088.
- Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR 2011). *Urteil vom 24. Juni 2010*. Neue Juristische Wochenschrift, 1421–1426.
- Froese J. (2015). Männlich, weiblich oder »weder noch«? – Zur Deutungshoheit über das Geschlecht. *Archiv des öffentlichen Rechts, Band 140* (Heft 4), 598–625.
- Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V), vom 20. Dezember 1988, (BGBl. I, 2477, 2482), zuletzt geändert durch Artikel 2 Absatz 12 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I, 203).
- Gesetz über den Vollzug der Freiheitsstrafe (Hamburgisches Strafvollzugsgesetz – HmbStVollG) vom 14. Juli 2009 (HmbGVBl. 2009, 257), zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes vom 21. Mai 2013 (HmbGVBl. S. 211, 233).
- Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung (SOG) vom 14. März 1966 (HmbGVBl. 1966, 77), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Oktober 2015 (HmbGVBl. S. 245).
- Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG); in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 23. Dezember 2014 (BGBl. I, 2438).
- Habermas, J. (1992). *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates*. Frankfurt a.M.: Suhrkamp.
- Hamburgisches Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst (Hamburgisches Gleichstellungsgesetz – HmbGleG) vom 2. Dezember 2014 (HmbGVBl. 2014, 495).
- Hessisches Strafvollzugsgesetz (HStVollG) vom 28. Juni 2010, Gesamtausgabe in der Gültigkeit vom 1. Juni 2013 bis 31. Dezember 2015 (GVBl. I 2010, 185).
- Kleinhubbert, G. (2013). Der Gebärvater. www.spiegel.de/spiegel/print/d-111320061.html (13.3.2016).
- Krieger, H. (2014), Art. 3. In B. Schmidt-Bleibtreu, H. Hofmann u. H.-G. Henneke (Hrsg.), *GG Grundgesetz Kommentar* (S. 229–256). Köln: Carl Heymanns Verlag.
- Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 29. Juli 1959 – 1 BvR 205/58 –, Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.). (1960). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 10*, 59–89. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 21. Dezember 1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 –, Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.). (1978). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 47*, 46–85. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11. Oktober 1978 – 1 BvR 16/72 –, Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.). (1979). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 49*, 286–304, Tübingen: Mohr Siebeck.

- Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 18. April 1989 – 2 BvR 1169/84 –, Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.). (1990). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 80*, 81–95, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 17. Juli 2002 – 1 BvF 1/01, 1 BvF 2/01 –, Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.). (2003). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 105*, 313–357, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 12. Februar 2003 – 2 BvR 709/99 –, Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.). (2004). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 107*, 257–275, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 25. Oktober 2005 – 2 BvR 524/01 –, Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts (Hrsg.). (2006). *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, Band 114*, 357–371 Tübingen: Mohr Siebeck.
- Murswiek, D. (2014), Artikel 2. In M. Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz GG Kommentar* (S. 112–170). München: C.H. Beck.
- Mutterschutzgesetz (MuSchG), vom 20. Juni 2002 (BGBl. I, 2318), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 23. Oktober 2012 (BGBl. I, 2246).
- Ossenbühl, F. (2012). Frauenquoten für Leitungsorgane von Privatunternehmen. *Neue Juristische Wochenschrift*, 65. Jahrgang, Heft 7, 417–421.
- Sächsisches Strafvollzugsgesetz (SächsStVollzG) vom 16. Mai 2013 (SächsGVBl., 250).
- Sieberichs, W. (2013). Das unbestimmte Geschlecht. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 60. Jahrgang, Heft 15, 1180–1184.