

Geschlecht als Kategorie des Rechts

Anja Schmidt

I. Einleitung

Feministisch-geschlechterkritische Rechtsphilosophie/theorie fragt grundlegend nach dem Zusammenhang von Geschlecht und Recht. Genauer hinterfragt sie, ob und wie Recht an der Etablierung einer gesellschaftlichen Ordnung der Geschlechter beteiligt ist sowie ob und wie Recht eine Ordnung der Geschlechter regeln sollte.¹ Beispielsweise wird aufgedeckt, wie Frauen in der Ideengeschichte der Rechtsphilosophie gegenüber Männern als vollwertigen Rechtssubjekten marginalisiert wurden² und wie es Geschlechterrollen dabei mitkonstruiert³. Es wird untersucht, wie Recht nicht nur im Hinblick auf das traditionell männlich konnotierte Ideal der Selbstständigkeit, sondern auch im Hinblick auf die traditionell weiblich konnotierte Abhängigkeit/Fürsorge geschlechtergerecht gedacht werden kann.⁴ Es wird gefragt, wie Recht bei mehrdimensionalen, vor allem intersektionalen Diskriminierungen mitwirkt und wie es solche verhindern kann.⁵ Recht greift durch seine regulierende Wirkung nicht nur auf gegebene Sachverhalte zu, Recht formt soziale Positionen und Identitäten auch mit, und zwar auch dann, wenn wir sie gewöhnlich als biologische Tatsachen denken. Dies gilt für das, was als Geschlechterrollen bezeichnet wird, also bestimmte Eigenschaften, die Männern und Frauen typischerweise sozial zugeschrieben werden. So führte rechtshistorisch etwa die Bewertung der Frau als weniger vernünftig als der Mann zur Verweigerung öffentlicher Rechte, wobei die Rechtsstellung der Frau ihre Bewertung als weniger vernünftig bestätigte, also die gesellschaftliche Position von und Identitätszuschreibungen zu Frauen mitformte. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, formt das Recht die vermeintlich biologische Tatsache Geschlecht mit. Es wird gezeigt, dass die Recht an Geschlecht als naturhaft gegebene Tatsache der Unterscheidung von Menschen in Männer und Frauen anknüpft. Dem werden kritische Ansätze zur Dekonstruktion der Kategorie Geschlecht als naturhaft gegebene Tatsache gegenüber gestellt und erläutert,

¹ Einen Überblick über Fragestellungen, Themen und Strömungen feministisch-geschlechterkritischer Rechtsphilosophie/theorie geben *Elsuni*, Feministische Rechtslehre, in: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl. 2009, 157 ff.; *Schmidt*, § 3 Grundannahmen des Rechts in der feministischen Kritik, in: *Foljanty/Lembke*, *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, 74 ff.

² Vgl. dazu *Wapler* in diesem Heft sowie *dies.*, Im toten Winkel der Rechtsphilosophie? Der Liberalismus und die Autonomie der Frau, in: *Kaufmann/Renzikowski* (Hrsg.), *Zurechnung und Verantwortung*, 2012, 79 ff.

³ Vgl. dazu *Holzleithner* in diesem Heft.

⁴ Vgl. dazu *Holzleithner*, Geschlechterrolle und Fürsorge, in: *Kaufmann/Renzikowski* (Hrsg.), *Zurechnung und Verantwortung*, 2012, 63 ff.

⁵ Vgl. dazu *Mangold* in diesem Heft; *Markard*, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analyse-kategorie im Recht, *KJ* 2009, 353 ff.

das Recht Geschlecht auch als biologisches Geschlecht mit herstellt, also daran beteiligt ist, die Vorstellungen von einem naturhaft gegebenen binären Geschlecht männlich/weiblich sozial mitkonstruiert.

II. Rechtliche Bezugnahmen auf geschlechtliche Kategorien

Rechtliche Normen nehmen noch immer vielfach auf geschlechtliche Kategorien Bezug: Gemäß Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG sind Männer und Frauen gleichberechtigt, gem. Art. 3 Abs. 3 S. 1 I. Alt. GG darf niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden. Ziel des AGG ist, Benachteiligungen unter anderem wegen des Geschlechts zu verhindern oder zu beseitigen (§ 1). Art. 12a Abs. 1 GG sieht vor, dass Männer zum Dienst in den Streitkräften usw. verpflichtet werden können, nach Abs. 4 können Frauen im Verteidigungsfall zu bestimmten zivilen Dienstleistungen, dürfen aber keinesfalls zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden. Art. 6 Abs. 1 GG stellt Ehe und Familie unter den Schutz der staatlichen Ordnung, ohne den Ehebegriff zu definieren; in der Rechtsanwendung wird die Ehe aber fast ausschließlich als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau verstanden.⁶ Gem. Art. 6 Abs. 4 GG hat jede Mutter Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft. § 1591 BGB regelt, dass die Mutter eines Kindes diejenige ist, die das Kind geboren hat, § 1592 BGB legt fest, wann jemand rechtlich als Vater eines Kindes gilt. Gem. § 183 Abs. 1 StGB ist ein Mann, der eine andere Person durch eine exhibitionistische Handlung belästigt, zu bestrafen. Das StVollzG enthält besondere Regelungen für die männlichen und weiblichen Gefangenen, für schwangere Gefangene und für gefangene Frauen, die Mütter sind (§§ 57 Abs. 4, 76 ff.). Das Mutterschutzgesetz gilt für Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen und für weibliche in Heimarbeit Beschäftigte und ihnen Gleichgestellte (§ 1). Das Gesetz für die gleichberechtigte Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom 24. April 2015⁷ sieht für Gremien, an deren Besetzung der Bund mitwirkt, für den öffentlichen Dienst und für Führungspositionen in der Privatwirtschaft Quoten, Bevorzugungsregelungen und Zielvorgaben für den Anteil von Männern und Frauen und Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen vor (u.a. § 4 BGremBG, §§ 5 ff. BGleiG, §§ 76 Abs. 4, 96 Abs. 2 und 3, 111 Abs. 5 AktG). Auch die Landesgleichstellungs- oder Frauenfördergesetze beziehen sich auf Männer und Frauen (u.a. § 2

⁶ Vgl. u.a. BVerfGE 115, 1 (18 f., 23); BVerfG, NJW 1993, 3058; OLG Celle, Das Standesamt 1993, 216; LG Frankfurt/Main, Das Standesamt 1993, 217; Roth, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2013, § 1353 Rn. 4; vgl. zu einer Ausnahme BVerfGE 121, 175 (195 ff.): das Anliegen des Gesetzgebers, die Ehe als Lebensgemeinschaft von Mann und Frau zu schützen, sei berechtigt, aber es müsse rechtlich garantiert werden, dass Ehepartner*innen, bei denen für eine*n Partner*in die geschlechtliche „Gegenidentität“ gem. § 8 TSG personenstandsrechtlich anerkannt wird, in einer rechtlich gesicherten Partnerschaft verbleiben können. Wenn dadurch gleichgeschlechtliche Ehen entstehen, sei dies hinnehmbar, da es sich nur um eine geringe Zahl von Fällen handle. Für eine grundsätzliche Öffnung des Ehebegriffs hingegen u.a. die Gesetzesentwürfe von Bündnis 90/Die Grünen BT-Drs. 18/5098 und Die Linke BT-Drs. 18/8; Brosius-Gersdorf, Die Ehe für alle durch Änderung des BGB, NJW 2015, 3557 ff.; AG Frankfurt/Main, NJW 1993, 940 (941); Schimmel/Meyer, Das Standesamt 1993, 210 ff.

⁷ BGBl. I, 642.

SächsFFG, § 1 LGG NRW, § 1 FrFG ST, § 1 LGG Saarl). Die Rechtsfigur des Verbots der mittelbaren Diskriminierung verweist ebenfalls auf geschlechtliche Kategorien. Ihr zufolge kann eine geschlechtsneutrale Regelung oder Maßnahme, die die Angehörigen eines Geschlechts benachteiligt, nicht gerechtfertigt werden, wenn sie der Erreichung eines Zieles dient, das mit geschlechtlicher Benachteiligung zu tun hat bzw. wenn die Regelung nicht verhältnismäßig zur Erreichung eines anderen Zieles ist.⁸

Dass eine Person rechtlich ein Geschlecht haben muss, resultiert aus § 21 Abs. 1 Nr. 3 PStG, wonach das Geschlecht eines neu geborenen Kindes zu beurkunden ist. Es entsprach bis zum Oktober 2013 der herrschenden Rechtsauslegung und -praxis, dass als Geschlecht nur „männlich“ oder „weiblich“ eingetragen werden konnte;⁹ seit dem 29. März 2010 bestätigte dies auch 21.4.3. der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zum PStG (PStG-VwV)¹⁰. Seit dem 1. November 2013 ist gemäß § 22 Abs. 3 PStG¹¹ der Geschlechtseintrag wegzulassen, wenn das Kind weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann. 21.4.3. PStG-VwV wurde am 3. Juni 2014 dahingehend ergänzt, dass in diesen Fällen eine Eintragung unterbleibt und Umschreibungen wie „ungeklärt“ oder „intersexuell“ nicht zulässig sind.¹² Das TSG¹³ sieht vor, dass der Vorname einer Person auf Antrag gerichtlich unter anderem dann zu ändern ist, wenn sie sich auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet, seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang dieser Vorstellung steht und nicht zu erwarten ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht wieder ändern wird (§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2). Auch die Zugehörigkeit zum „anderen Geschlecht“ ist inzwischen unter den Voraussetzungen der Vornamensänderung personenstandsrechtlich anzuerkennen (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG). Die weiteren Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Nr. 2-4 TSG für die personenstandsrechtliche Anerkennung des „anderen Geschlechts“ sind aufgrund bundesverfassungsgerichtlicher Beschlüsse entfallen: Die antragstellende Person muss nicht mehr unverheiratet sein,¹⁴ sie muss nicht mehr fortpflanzungsunfähig sein und muss sich nicht einer geschlechtsanpassenden Operation unterzogen haben.¹⁵

⁸ Vgl. nur BVerfGE 113, 1 (15 f., 20 f.); 126, 29 (53 f.); EuGH v. 13.7.1989, C-171/88 (*Rinner-Kühn gegen FWW Spezialgebäudereinigung GmbH & Co. KG*), Slg. 89, 2743; EuGH v. 23.10.2003 C-4/02, 5/02 (*Schönheit gegen Stadt Frankfurt am Main und Becker gegen Land Hessen*), Slg. 03, I-12575.

⁹ Vgl. *Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010, 87 ff.

¹⁰ Vgl. BAnz 15.4.2010, 26.

¹¹ Eingeführt durch das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz vom 7. Mai 2013, BGBl. I, 1122.

¹² BAnz AT 12.6.2014 B1, 5.

¹³ Begriffe wie Transsexualität, Intersexualität usw. werden hier nur im Zusammenhang mit rechtlichen Diskursen verwendet, die diese Begriffe gebrauchen, damit macht sich die Autorin die Begriffe nicht zu Eigen. Im Übrigen werden Bezeichnungen wie Trans* oder Inter* verwendet, um Menschen, die sich nicht innerhalb der binären Geschlechtermatrix verorten, möglichst umfassend gerecht zu werden.

¹⁴ § 8 I Nr. 2 wurde durch das TSGÄndG vom 17.7.2009 (BGBl. I, 1978) aufgehoben und zuvor durch BVerfGE 121, 175 ff. am 27.5.2008 für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 und 6 Abs. 1 GG erklärt.

¹⁵ § 8 I Nr. 3, 4 wurden durch BVerfGE 128, 109 ff. am 11.1.2011 für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG und für nicht anwendbar bis zum In-Kraft-Treten einer Neuregelung erklärt.

III. Rechtliche Verständnisweisen der Kategorie Geschlecht

Diese, nicht abschließend aufgezählten, Bezugnahmen rechtlicher Normen auf Männer, Frauen, das Geschlecht, Mütter und Väter verdeutlichen, dass Geschlecht für das Recht relevant ist. Dabei wird der Begriff des Geschlechts in rechtlichen Normen nicht definiert, vermutlich weil scheinbar klar ist, was Geschlecht ist, nämlich eine naturgegebene Unterscheidung zwischen weiblich und männlich.

1. Binarität des Geschlecht als männlich/weiblich

Dass das Recht als spezifische geschlechtliche Kategorien nur Männer/Frauen und Mütter/Väter und nicht als männlich/weiblich zuordenbare Personen kennt, deutet darauf hin, dass es rechtlich als geschlechtliche Erscheinungsweisen von Rechtspersonen nur Männer und Frauen gibt. Hiervon sind § 22 Abs. 3 PStG und 21.4.3. PStG-VwV, wonach der personenstandsrechtliche Geschlechtseintrag offen bleiben muss, wenn ein Kind weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann, nur eine gewisse Ausnahme. Denn eine Zuordnung zu einem der Geschlechter männlich/weiblich hat demnach zwar nicht zu erfolgen, die Regelung lässt aber eine andere Zuordnung als männlich oder weiblich nicht zu.¹⁶

In Bezug auf Art. 3 Abs. 3 S. 1 1. Alt. GG wird gewöhnlich davon ausgegangen, dass Geschlecht ein Merkmal ist, welches Männer und Frauen voneinander unterscheidet.¹⁷ Das Verständnis von Geschlecht als Erscheinungsweise von Menschen als Männer oder Frauen ist so selbstverständlich für das Gericht, dass es den Begriff „Geschlecht“ als solchen im Sinne dieser Norm nie definiert hat.¹⁸

Das BVerfG ist auch in seinen Beschlüssen zur Transsexualität in Bezug auf die Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit gem. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG bislang nicht von dem binären Geschlechterverständnis männlich/weiblich abgewichen. In seinem ersten Beschluss zur Transsexualität aus dem Jahr 1978 stellte es fest, dass jeder Mensch „unabhängig von möglichen Anomalien im Genitalbereich“ männlichen oder weiblichen Geschlechts ist und dass es Formen somatischer Intersexualität gibt.¹⁹ Körperliche Abweichungen von einer „eindeutig“ männlichen oder weiblichen Körperkonstitution werden hier also pathologisiert. Auch in seinen weiteren Beschlüssen zur

¹⁶ Umfassender zur Kritik des § 22 Abs. 3 PStG vgl. *Lettrari/Willer*, Aktuelle Aspekte der Rechtslage für intersexuelle Menschen, in: Schochow/Gehrmann/Steger (Hrsg.), *Inter* und Trans*identitäten*, 2016, 257 ff.; *Plett*, W, M, X – schon alles?, *Psychosozial* 2014, 7 (9 f.); *Remus*, *Inter*Realitäten*. Variabilität und Uneindeutigkeit des Geschlechts als Herausforderung für Recht und Gesellschaft, in: Schmidt/Schondelmayer/Schröder (Hrsg.), *Selbstbestimmung und Anerkennung geschlechtlicher Vielfalt*, 2015, 63 (72 f.); zu den offenen durch § 22 Abs. 3 PStG nicht gelösten Rechtsfragen vgl. auch *Sieberichs*, Das unbestimmte Geschlecht, *FamRZ* 2013, 1180 ff.; vgl. zudem die Kleine Anfrage der BT-Fraktion B90/Die Grünen vom 17.12.2015 zu intergeschlechtlichen Menschen in Deutschland, die Fragen zur Anwendung des § 22 Abs. 3 PStG umfasst (BT-Drs. 18/7140) und die Antwort der Bundesregierung vom 20.1.2016 (BT-Drs. 18/7310).

¹⁷ Vgl. *Heun* in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 127; *Lerke Osterloh* in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl. 2011, Art. 3 Rn. 259; „Hermaphroditen“ bezieht aber *Jarass* in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), GG, 13. Aufl. 2014, Art. 3 Rn. 120, ein.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 92, 92 (109); *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 129; *Kolbe*, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, 120.

¹⁹ Vgl. BVerfGE 49, 286 (298).

Transsexualität²⁰ musste es nie entscheiden, ob auch weitere Geschlechter, wie etwa Trans*- oder Inter*-Identitäten anzuerkennen sind, da keine der Beschwerdeführer*innen, die personenstandsrechtliche Anerkennung eines weiteren Geschlechts neben den Kategorien männlich oder weiblich begehrte. Das AG München und darauf folgend das LG München I lehnten in den Jahren 2002 und 2003 die Eintragung von Bezeichnungen wie Zwitter, Hermaphrodit, Intersexueller oder Intrasexueller in das Personenstandsregister ab. Das AG München bemerkte zwar, dass die Begriffe Zwitter und Intersexualität der Rechtsordnung nicht fremd sind. Es sah sich aber außerstande, eine dritte geschlechtliche Kategorie anzuerkennen, da das BVerfG die Zuordnung zu einem der Geschlechter männlich oder weiblich nicht in Frage gestellt hat und Wehrpflicht und Ehe zwei wesentliche rechtliche Institute seien, die eine Zuordnung zu einem der Geschlechter männlich oder weiblich notwendig machen.²¹ Das LG München I ging davon aus, dass die Bezeichnungen „intersexuell“ und „intrasexuell“ nicht eintragungsfähig sind, weil „diese Begriffe kein bestimmtes Geschlecht kennzeichnen, sondern Oberbegriffe für eine Reihe von Störungen der sexuellen Differenzierung darstellen, ...“.²²

Derzeit verfolgt wieder eine Person, „Vanja“, auf gerichtlichem Weg das Ziel, die Eintragung „inter“ oder „divers“ im Personenstandsregister zu erreichen. Die Beschwerde gegen den abweisenden Beschluss des OLG Celle liegt seit dem April 2015 beim BGH.²³ Das OLG Celle wies den entsprechenden Antrag zurück, weil der Geschlechtseintrag gem. § 22 Abs. 3 PStG und 21.4.3. PStG-VwV offen zu lassen sei.²⁴ Rechtliche Normen und die herrschende Rechtsanwendung erkennen bislang als Geschlecht also nur männlich oder weiblich an, für den Fall, dass jemand nicht eindeutig in diese Kategorien eingeordnet werden kann, ist ausnahmsweise die Nichtzuordnung vorgesehen.²⁵

2. Geschlecht als naturgegebene Tatsache

Die scheinbare Eindeutigkeit der Zuordnung von Menschen zum weiblichen oder männlichen Geschlecht wird darauf gestützt, dass sich Menschen von Natur aus so einteilen lassen. Dies scheint zum Beispiel in den eben zitierten Beschlüssen des BVerfG und des LG München I auf, wenn sie Intersexualität pathologisieren. Denn das Krankhafte bestimmt sich gemeinhin am Maßstab des als von Natur aus gesund und normal Gedachten. Auch der Verzicht auf eine Definition des Begriffs Geschlecht deutet daraufhin, dass dieses als selbstverständlich naturgegeben gedacht wird. Letztlich verweist zudem die bislang andauernde Verhaftung des Rechts in einem binären Verständnis von

²⁰ Einen Überblick zu diesen Beschlüssen geben *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 125 ff.; *Schmidt*, *Das Recht „auf“ Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität“* gem. Art. 2 I, 1 I GG im Hinblick auf den geschlechtlichen Personenstand, in: *Schochow /Gehrmann /Steger* (Hrsg.), *Trans*- und Inter*Identitäten*, 2016, 231 (234 ff.).

²¹ Vgl. AG München NJW-RR 2001, 1586 (1587).

²² LG München I NJW-RR 2003, 1590 (1591).

²³ Vgl. <http://www.dritte-option.de> (letzter Zugriff am 25.2.2016), Az. beim BGH: XII ZB 52/15.

²⁴ Vgl. OLG Celle v. 21.1.2015 – 17 W 28/14, Rn. 9 ff. (zit. nach juris) mit krit. Anm. *Gössl*, *Das Standesamt 2015*, 171 ff.

²⁵ In Frankreich hat ein Gericht in einer noch nicht rechtskräftigen Entscheidung vom 20.8.2015 die Bezeichnung „neutral“ anerkannt, vgl. <http://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/frankreich-gericht-erlaubt-neutral-als-geschlecht-13856501.html> (letzter Zugriff am 25.2.2016).

Geschlecht auf die vorgegebene Ordnung der Natur. Ein Beschluss des BGH vom 21.9.1971²⁶ stellte ausdrücklich klar, dass das Geschlecht eine vorgängig binäre Kategorie ist. Er wies den Antrag einer transsexuellen Frau auf personenstandsrechtliche Anerkennung des weiblichen Geschlechts unter Streichung des bei der Geburt anhand körperlicher Geschlechtsmerkmale zugewiesenen männlichen Geschlechts ab. Seine Ablehnung begründete er damit, dass „gewisse Grunderfahrungen als selbstverständliche Gegebenheiten“ für die geschlechtliche Einordnung von Menschen angenommen worden seien, und zwar „dass es keine Geschlechtslosigkeit gibt, sondern dass jeder Mensch als geschlechtliches Wesen in die alternative Kategorie ‚männlich‘ – ‚weiblich‘ einzuordnen ist“ und „dass das Geschlecht eines Menschen auf Grund körperlicher Geschlechtsmerkmale bestimmbar und auch zu bestimmen und ihm angeboren, unwandelbar ist“.²⁷ Er setzte also voraus, dass es nur Männer und Frauen gibt und dass sich das Geschlecht eindeutig anhand körperlicher angeborener Merkmale bestimmen lässt, also eine naturgegebene, am Körper ablesbare Tatsache ist.

Der erste Beschluss des BVerfG zur Transsexualität 11. Oktober 1978²⁸ erging im Verfassungsbeschwerdefahren gegen diese Entscheidung des BGH. Auch das BVerfG ging in seinem Beschluss davon aus, dass jeder Mensch, unabhängig von möglichen Anomalien im Genitalbereich, männlichen oder weiblichen Geschlechts ist. Es stellte aber fest, dass „die ‚Grunderfahrung‘, dass das Geschlecht eines Menschen wegen seiner körperlichen Merkmale bestimmbar, ihm angeboren und *unwandelbar* sei“, durch medizinische Erkenntnisse ernsthaft in Frage gestellt sei.²⁹ Es kam zu dem Schluss, dass aufgrund der Menschenwürde gem. Art. 1 Abs. 1 GG und des Grundrechts freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG der Personenstand eines Menschen dem Geschlecht zuzuordnen sei, „dem er nach seiner psychischen und physischen Konstitution zugehört“.³⁰ Aus dem Leitsatz wird deutlich, dass dies jedenfalls dann gelten sollte, „wenn es sich nach den medizinischen Erkenntnissen um einen irreversiblen Fall von Transsexualismus handelt und eine geschlechtsanpassende Operation durchgeführt worden ist“,³¹ was bei der Beschwerdeführerin der Fall war. Das BVerfG rückte also vom Grundsatz der Unwandelbarkeit des angeborenen Geschlechts ab und erweiterte den Begriff des Geschlechts über die körperlichen Merkmale hinaus auf das der psychischen Geschlechtszugehörigkeit. Es ging aber davon aus, dass diese nur rechtlich anerkannt werden kann, wenn die körperlichen Merkmale auch operativ angepasst werden. Geschlecht ist in diesem Verständnis also etwas, das grundsätzlich aufgrund gegebener körperlicher Merkmale bestimmt werden kann, also eine naturgegebene Tatsache. Eine gewisse Ausnahme wurde für Trans*-Personen gemacht, deren Identität dem „Gegengeschlecht“ männlich oder weiblich zugeordnet werden kann und die ihren Körper operativ dieser Identität anpassen lassen haben. Darin liegt eine gewisse Anerkennung der Relevanz der geschlechtlichen Identität für die Zuordnung zum Geschlecht männlich oder weiblich. Die Notwendigkeit einer geschlechtsanpassenden Operation (die nicht mehr besteht) verwies dennoch weiter auf die naturhaft-körperliche Prägung des Geschlechtsbegriffs.

²⁶ BGHZ 57, 63 ff.

²⁷ Ibid., 67.

²⁸ BVerfGE 49, 286 ff.

²⁹ Ibid., 298 f.

³⁰ Ibid., 298.

³¹ Ibid., 286.

In den weiteren Beschlüssen des BVerfG zur Transsexualität gewinnt die Geschlechtsidentität, wie im Folgenden noch gezeigt wird, zunehmend an Bedeutung, aber auch sie wird „naturalisiert“: Sie wird nur anerkannt, wenn es sich um einen „irreversiblen Fall von Transsexualismus“ handelt, der medizinisch als solcher erwiesen ist. Aufgrund dessen war und ist gem. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2, 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG Voraussetzung für die Vornamens- und die Personenstandsänderung, dass sich die Trans*Person „auf Grund ihrer transsexuellen Prägung nicht mehr dem in ihrem Geburtseintrag angegebenen Geschlecht, sondern dem anderen Geschlecht als zugehörig empfindet und seit mindestens drei Jahren unter dem Zwang steht, ihren Vorstellungen entsprechend zu leben“ und „mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen ist, dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird“. Die Geschlechtsidentität wird hier nur unter den sehr engen Voraussetzungen der Zwanghaftigkeit und Irreversibilität anerkannt. Diese verweisen auf ein „Ausgeliefertsein“ an unausweichlich vorgegebenes und damit auf eine natürliche Gegebenheit. Dieser Befund wird dadurch bestätigt, dass die Voraussetzungen der Zwanghaftigkeit und Irreversibilität gem. § 4 Abs. 3 TSG durch Gutachten zweier unabhängiger Sachverständiger, die sich auf medizinische Erkenntnisse beziehen müssen, erwiesen werden müssen. Denn damit wird die Geschlechtsidentität nicht als solche, also wie sie für die betroffene Person wahrnehmbar ist, anerkannt, sondern nur im Rahmen medizinischer Beurteilungen anhand (scheinbar) vorgegebener Maßstäbe.

3. Geschlechtsidentität und medizinisch-sexualwissenschaftliche Erkenntnisse

Der Aspekt der Geschlechtsidentität hat sich in den folgenden Beschlüssen des BVerfG zur Transsexualität zunehmend als Einbruchsstelle gegen ein rein naturwissenschaftliches Verständnis von Geschlecht im rechtlichen Diskurs erwiesen. Es bestätigte, dass die Geschlechtszugehörigkeit nicht nur anhand physischer Geschlechtsmerkmale bestimmt werden kann, sondern auch von der psychischen Konstitution als „nachhaltig selbst empfundene[r] Geschlechtlichkeit“ abhängt.³² Es formulierte en passant sogar, dass aus Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG ein „Recht auf Anerkennung der selbstbestimmten geschlechtlichen Identität“ folgt.³³ Es könne zudem nicht mehr davon ausgegangen werden, dass Transsexuelle immer heterosexuell veranlagt seien, sich also sexuell nur zu Personen ihres „neuen Gegengeschlechts“ hingezogen fühlen.³⁴ Schließlich sei eine sichere Diagnose der Transsexualität nicht mehr zwingend mit der Indikation für geschlechtsumwandelnde Maßnahmen, also dem Erfordernis der Anpassung der körperlichen Geschlechtsmerkmale an das Identitätsgeschlecht verbunden.³⁵ Das BVerfG misst der Geschlechtsidentität also zunehmend Bedeutung für den rechtlichen Personenstand auch unabhängig von der körperlichen Konstitution zu. Für diese Annahmen stützt sich das Gericht aber weiterhin auf den Stand neuerer, gesicherter sexualwissenschaftlicher und medizinischer Erkenntnisse.³⁶ Die Geschlechtsidentität gewinnt so zwar zunehmend an Bedeutung, sie wird aber nicht als etwas Höchstpersönliches, das

³² Vgl. BVerfGE 115, 1 (15); 128, 109 (124).

³³ BVerfGE 121, 175 (191), vgl. auch 192, 200, 202); ferner BVerfGE 128, 109 (127).

³⁴ Vgl. BVerfGE 115, 1 (17).

³⁵ Vgl. BVerfGE 128 109 (129).

³⁶ Vgl. BVerfGE 115, 1 (4 ff., 15, 17, 20 ff.); 128, 109 (115 ff., 132 f.).

nur die betreffende Person selbst bestimmen kann, begriffen. Ihre Feststellung ist gem. § 4 Abs. 3 TSG nach wie vor Privileg sachverständiger Beurteilung auf dem Stand medizinischer Erkenntnisse. Zudem geht das BVerfG davon aus, dass es ein berechtigtes Anliegen des Gesetzgebers ist, ein Auseinanderfallen von biologischer und rechtlicher Geschlechtszugehörigkeit zu vermeiden.³⁷ Hier bleibt es bei der Annahme, dass Geschlecht etwas Biologisches und damit Naturgegebenes sei. Das Gericht changiert somit eigentümlich zwischen einem naturhaften-biologischen Verständnis von Geschlecht, das nach dem Stand der Sexualwissenschaft und Medizin sowie durch Sachverständige bestimmt werden kann und einem identitätsbezogenen Verständnis von Geschlecht. Dass die Geschlechtsidentität nur begrenzt für die rechtliche Bestimmung des Geschlecht relevant ist, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass bislang nur die Geschlechter männlich und weiblich als geschlechtliche Bezeichnungen anerkannt sind, obwohl es davon abweichende geschlechtliche Identitäten gibt, wie etwa die Begehren nach rechtlicher Anerkennung von Kategorien wie inter oder divers zeigen.

4. Zusammenfassung

Der herrschende Rechtsdiskurs geht also davon aus, dass Geschlecht eine naturgegebene Tatsache ist, die durch Aspekte der Identität mitbestimmt wird. Die Geschlechtsidentität wird dabei nur auf der Basis sachverständiger Beurteilung mit Bezug auf den Stand medizinischer und sexualwissenschaftlicher Erkenntnisse als weibliche oder männliche Identität anerkannt. Es gibt zudem rechtlich nicht in diese Kategorien einordenbare Personen.

IV. Kritik der Kategorie Geschlecht als naturgegebene und binäre Tatsache

Geschlechterkritischen Perspektiven zufolge lässt sich Geschlecht auch als biologisches Geschlecht nicht als rein natürlich Gegebenes vorstellen, das sich naturwissenschaftlich, biologisch oder medizinisch und zudem nur binär bestimmen lässt. Dass Geschlecht nichts rein Natürliches sein kann, zeigt sich bereits erkenntnistheoretisch: „körperliche Fakten“ treten uns nie als „reine Natur“, sondern immer nur im Rahmen wissenschaftlicher oder sonstiger kultureller Zuordnungen entgegen.³⁸ Ob ein Geschlecht, eine Geschlechtsidentität oder ein Geschlechtskörper als normal/gesund oder als abweichend/pathologisch eingeordnet wird, ist also Ergebnis menschlicher zuordnender Verstandesleistung und nicht eindeutig von der Natur vorgegeben.

Geschlecht wird in geschlechterkritischer Perspektive als ein machtvolleres gesellschaftliches Konstrukt verstanden, das durch vielerlei Aspekte mitbestimmt wird und zuvörderst der Zuweisung gesellschaftlicher Positionen dient.³⁹ Beispielsweise geht Judith Butler davon aus, dass die binäre Geschlechtsidentität durch die „institutionali-

³⁷ Vgl. BVerfGE 128, 109 (129).

³⁸ Vgl. *Gildemeister/Wetterer*, Wie Geschlechter gemacht werden, in: *Wetterer/Knapp* (Hrsg.), *TraditionenBrüche*, 1992, 210; *Buckel/König*, Körperwünsche im Recht, KJ 2009, 337 (345); vgl. auch *Rentsch*, Die Konstitution der Moralität, 1999, 92 f.

³⁹ Einen Überblick über die Anfänge und die inzwischen ausgesprochen ausdifferenzierten Forschungen geben z.B. *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 62 ff.; *Gildemeister/Wetterer* in:

sierte Heterosexualität erfordert und produziert“ wird.⁴⁰ Die gesellschaftliche Norm der Heterosexualität erfordert also einerseits die Annahme zweier gegensätzlicher Geschlechter und produziert die Annahme, dass diese von Natur aus gegeben sind, mit. Das „eigentümliche Phänomen des ‚natürlichen Geschlechts‘ [...]“ werde durch die „Sedimentierung der Geschlechter-Normen“ hervorgebracht. Diese produziere „mit der Zeit einen Satz leiblicher Stile [...], die in verdinglichter Form als natürliche Konfigurierung der Körper in [binäre] Geschlechter [...] erscheinen.“⁴¹ In diesem Rahmen forme sich die Geschlechtsidentität als „wiederholte Darbietung“, also als eine „Reinszenierung und ein Wieder-Erleben eines bereits gesellschaftlich etablierten Bedeutungskomplexes“⁴² der natürlichen Zweigeschlechtlichkeit. Geschlecht ist dann etwas, das performativ, also als sich selbst konstituierte Identität, hervorbracht wird,⁴³ wenn dies auch in dem Glauben geschieht, es sei von Natur aus vorgegeben. Der Körper ist dann

„kein ‚Seiendes‘ [...], sondern eine variable Begrenzung, eine Oberfläche, deren Durchlässigkeit politisch reguliert ist, eine Bezeichnungspraxis in einem kulturellen Feld der Geschlechter-Hierarchie und der Zwangsheterosexualität [...]“.⁴⁴

In diesem Prozess der Herstellung der biologischen Zweigeschlechtlichkeit sind kollektiv-öffentliche und individuelle Dimensionen miteinander verwoben: Identität formt sich anhand der gesellschaftlichen Erwartung der biologischen Zweigeschlechtlichkeit, etwa indem das Umfeld eines Kindes permanent die Bedeutungshaftigkeit der eigenen Zuordnung zu Jungen oder Mädchen vermittelt. Die immer wieder betätigte Inszenierung als Junge oder Mädchen, als Mann oder Frau bestätigt zugleich die kollektive Überzeugung, dass es nur zwei Geschlechter von Natur aus gibt. Diese Inszenierung, dieses Erleben kann für sich selbst erfolgen, etwa durch die Überzeugung männlich oder weiblich zu sein. Sie wird auch in sozialen Interaktionen vielfach hervorgebracht und bestätigt: Im Alltagslebens stützen zahlreiche unhinterfragte Handlungen die Vorstellung natürlicher Zweigeschlechtlichkeit, etwa Bemerkungen wie „Jungen weinen doch nicht“ oder „Wird es ein Junge oder ein Mädchen?“. In wissenschaftlichen Diskursen wird die Annahme eines natürlichen binären Geschlechts immer wieder produziert, indem sie als wissenschaftlich gesichert gilt, etwa wenn die herrschende Auffassung in der Medizin davon ausgeht, dass normal und gesund nur ein Geschlecht männlich oder weiblich ist und bei Kindern mit intergeschlechtlichen Körpermerkmalen zu „vereindeutigenden“ Operationen raten.⁴⁵ Dass die Zuweisung zu einem binären

Wetterer/Knapp (Hrsg.), *TraditionenBrüche*, 1992, 201 ff.; *Kolbe*, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, 30 ff.; *Maihofer*, *Geschlecht als Existenzweise*, 1995, 19 ff.; *Voss*, *Making Sex Revisited. Dekonstruktion des Geschlechts aus biologisch-medizinischer Perspektive*, 3. Aufl. 2011; vgl. auch *Holzleithner* in diesem Heft unter IV.

⁴⁰ *Butler*, *Das Unbehagen der Geschlechter*, 1991, 45.

⁴¹ *Ibid.*, 206.

⁴² *Ibid.*, 206 (im Original mit Hervorhebungen).

⁴³ Vgl. *ibid.*, 49, 205.

⁴⁴ *Ibid.*, 204.

⁴⁵ Vgl. zur medizinischen Praxis der geschlechtsvereindeutigenden Maßnahmen an Inter*Kindern *Tönsmeier*, *Die Grenzen elterlicher Sorge bei intersexuell geborenen Kindern*, 2012, 38 ff.; vgl. auch *Remus*, *Inter*Realitäten*, in: Schmidt/Schondelmayer/Schröder (Hrsg.), *Selbstbestimmung und Anerkennung geschlechtlicher Vielfalt*, 2015, 63 (75 ff.); *Brachthäuser/Richarz*, *Der rechtsfreie Raum zwischen den Geschlechtern*, *KritV* 2014, 292 (297 ff.).

natürlich gedachten Geschlecht eine Konstruktion ist, zeigt sich schließlich daran, dass sie sich durch performative Akte brechen lässt, etwa indem Inter*Personen ihr Recht auf Anerkennung einer intergeschlechtlichen Identität und damit eines Inter-Geschlechts mit dem Verweis einfordern, dass (auch) ihr Körper den binären von Natur aus nur scheinbar eindeutigen Merkmalen nicht entspricht. Auch die Beschlüsse des BVerfG zur Transsexualität sind fortschreitende Leistungen der Dekonstruktion der Vorstellungen eines natürlichen, angeborenen, eindeutig anhand von Körpermerkmalen bestimmbar und unwandelbaren Geschlechts männlich oder weiblich.

Das Geschlecht als biologisches Geschlecht ist demnach eine „kulturell generierte Geschlechter-Kategorie“⁴⁶, die nicht nur naturwissenschaftlich-medizinisch bestimmbar ist, sondern auch durch die geistes- und sozialwissenschaftlichen Disziplinen, also etwa philosophisch, soziologisch, historisch, kulturwissenschaftlich oder, in unserem Zusammenhang, rechtsphilosophisch/theoretisch zu hinterfragen ist.⁴⁷ Geschlecht wird dann durch körperliche Gegebenheiten und naturwissenschaftliche Zuordnungen ebenso bestimmt wie durch die Identität und soziale Interaktion jenseits der Naturwissenschaften. Vor diesem Hintergrund bestimmte der deutsche Ethikrat in seiner Stellungnahme zur Intersexualität Geschlecht als ein „mehrdimensionales Merkmal“, das eine komplexe Kombination unterschiedlicher körperlicher Aspekte, der Selbstwahrnehmung und der sozialen Zuordnung zu einem Geschlecht ist.⁴⁸ Dies trifft hinsichtlich der Mehrdimensionalität von Geschlecht zu. Allerdings lässt sich nicht davon ausgehen, dass Geschlecht ein Merkmal einer Person ist, da man Geschlechtszugehörigkeit aufgrund ihrer Performativität „im strikten Sinne nur ‚hat‘, indem man sie ‚tut‘“,⁴⁹ indem sie also persönlich und sozial immer wieder erlebt, reinszeniert, bestätigt und in Frage gestellt wird.

Auch wenn Geschlecht ein soziales Konstrukt auch im Hinblick auf seine biologischen Komponenten ist, so ist es doch eine sehr wirkmächtige Konstruktion, die unser individuelles (Er)Leben, unsere Identität und unser soziales Miteinander verdinglichend (so dass das Geschlecht als etwas Materielles empfunden und eingeordnet wird) prägt oder prägen kann.⁵⁰ Geschlecht ist insofern, wie *Andrea Maihofer* herausgearbeitet hat, eine *Existenzweise*, also etwas, das nicht reine Idee ist, sondern auch materiell existiert, etwa in gesellschaftlichen Institutionen, Verhältnissen, Verfahrensweisen, Körperpraxen. Geschlecht ist also weder bloße Idee, noch ist es ein bloß äußerliches Merkmal, das wir ablegen könnten wie Kleidung, noch ist es in seinen historisch-kulturellen Erscheinungsweisen bloß material oder dinglich.⁵¹

Dieses kritische Verständnis von der Kategorie Geschlecht geht weit über ein rein biologisches Verständnis und ein Verständnis, das neben den biologischen Aspekten auch die Geschlechtsidentität berücksichtigt, hinaus, da es die komplexe Verwobenheit natürlicher Gegebenheiten, von Aspekten der Identität, der sozialen Interaktion und der

⁴⁶ *Butler*, Das Unbehagen der Geschlechter, 1991, 24.

⁴⁷ Vgl. *Maihofer*, Geschlecht als Existenzweise, in: Institut für Sozialforschung Frankfurt (Hrsg.), Geschlechterverhältnisse und Politik, 1994, 168 (185): Geschlecht wird zu einem im „gesellschaftstheoretischen Sinne erklärungsbedürftigen Phänomen“.

⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 17/9088, 10 ff.

⁴⁹ *Gildemeister/Wetter* in: Wetterer/Knapp (Hrsg.), TraditionenBrüche, 1992, 212; vgl. auch *Butler*, Das Unbehagen der Geschlechter, 1991, 49.

⁵⁰ Vgl. *Maihofer*, Geschlecht als Existenzweise, 1995, 75; *Buckel/König*, KJ 2009, 345.

⁵¹ Vgl. *Maihofer*, Geschlecht als Existenzweise, 1995, 83 f.; vgl. auch *dies.* in: Institut für Sozialforschung Frankfurt (Hrsg.), Geschlechterverhältnisse und Politik, 1994, 168 (180 ff.).

Verdinglichung bei der Herstellung des Geschlechts berücksichtigt. Geschlecht kann demnach nicht als naturgegebene binäre Tatsache verstanden werden, die sich nur naturwissenschaftlich angemessen erfassen lässt. Auch eine Trennung zwischen biologischen Geschlecht (sex) und sozialem Geschlecht (gender) ist dann nicht mehr sinnvoll, weil ein naturhaft vorgegebener biologischer Geschlechtskörper als Basis dieser Unterscheidung nicht mehr taugt. Vielmehr wird Geschlecht zum Gesamtphänomen, das körperliche Aspekte, Aspekte der Identitätsbildung in der sozialen/diskursiven Interaktion und der Aspekte der Verdinglichung in komplexer Verwobenheit umfasst. Es kann weder in rein natürliche, rein soziale oder rein identitätsbezogene, noch in rein ideelle oder rein materielle Aspekte aufgespaltet werden.

V. Kritik der rechtlichen Verständnisweise der Kategorie Geschlecht

Die Kritik des herkömmlichen Verständnisses des Begriffs Geschlecht zeigt, dass rechtliche Diskurse letztlich von „unwissenschaftlichen Fiktionen“⁵² ausgehen, wenn sie Geschlecht als naturgegebenes binäres Faktum voraussetzen, das sich zuvörderst naturwissenschaftlich-medizinisch bestimmen lässt. Die Berücksichtigung des Empfindens der Geschlechtszugehörigkeit oder Geschlechtsidentität bei der personenstandsrechtlichen Anerkennung des Gegengeschlechts männlich oder weiblich, wie sie das BVerfG in seinen Beschlüssen zur Transsexualität entwickelt hat, stellt eine im Ansatz zutreffende Erweiterung des rechtlichen Begriffs des Geschlechts dar, da es neben den körperlichen Merkmalen die Geschlechtsidentität berücksichtigt. Allerdings ist auch dies noch kein angemessenes Verständnis von Geschlecht, da es in einem binären Geschlechtsverständnis verharrt und die Relevanz der Geschlechtsidentität nur insoweit anerkannt wird, als auch medizinisch-sexualwissenschaftliche Diskurse und Beurteilungen von Sachverständigen auf deren Basis die Relevanz der Geschlechtsidentität bestätigen. Zudem wird der Umstand der sozialen Herstellung von Geschlecht und der komplexen Verwobenheit identitärer, naturbezogener, interaktiver, ideeller und verdinglichender Dimensionen des Geschlechts gewöhnlich nicht reflektiert.

VI. Recht als Mittel der Konstruktion von Geschlecht und Geschlechterhierarchien

Geschlechterkritische Perspektiven gehen nicht nur davon aus, dass das Recht geschlechtlich geprägte Lebenssachverhalte unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich regelt, sie nehmen auch an, dass das Recht unsere Vorstellungen davon, was Geschlecht ist, mit herstellt, wenn es in irgendeiner Form auf die angenommene biologische Zweigeschlechtlichkeit Bezug nimmt. Recht ist damit ein Aspekt unseres Miteinanders, der das Konstrukt Geschlecht mit formt, es ist ein Faktor bei der sozialen Zuweisung und damit der interaktiven Herstellung von Geschlecht. Wenn Recht auf Männer und Frauen oder die Zweigeschlechtlichkeit Bezug nimmt, wie in Art. 3 Abs. 2 S. 1 GG, bei der Auslegung von Geschlecht in Art. 3 Abs. 3 GG, §§ 21 I Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG, 21.4.3. PStG-VwV und im TSG, nimmt es nicht nur auf Vorgegebenes Bezug, es inszeniert oder

⁵² Adamietz, *Geschlecht als Erwartung*, 2010, 249.

konstruiert das als natürlich Vorgegebene zugleich als natürlich Vorgegebenes mit, da es die angenommene biologische Zweigeschlechtlichkeit affirmativ bestätigt.⁵³ Der Einfluss des Recht ist dabei immens, denn die Notwendigkeit einer klaren und verbindlichen geschlechtlichen Zuordnung eines neu geborenen Kindes entspringt nicht nur allgemein-gesellschaftlichen Bedürfnissen und Normalitäten, sondern auch dem Recht, nämlich der Notwendigkeit der personenstandsrechtlichen Eintragung des Geschlechts eines neugeborenen Kindes gem. §§ 18, 19, 20, 21 I Nr. 3 PStG. Die in § 22 Abs. 3 PStG und 21.4.3. PStG-VwV vorgesehene Nichtzuordnung von Personen bestätigt dabei, wie aufgezeigt, die natürliche Zweigeschlechtlichkeit.

Auch die Argumentation des BGH in seinem Beschluss aus dem Jahr 1971 macht die Konstruktionsleistungen rechtlicher Diskurse transparent:

„Bei der Einordnung der Menschen in die Kategorien der Geschlechtlichkeit sind bislang gewisse Grunderfahrungen als selbstverständliche Gegebenheiten angenommen worden: Außer der Erkenntnis, dass es keine Geschlechtslosigkeit gibt, sondern dass jeder Mensch als geschlechtliches Wesen in die alternative Kategorie ‚männlich‘ – ‚weiblich‘ einzuordnen ist, ist dies die Erfahrung, dass das Geschlecht eines Menschen auf Grund körperlicher Geschlechtsmerkmale bestimmbar und auch zu bestimmen und ihm angeboren, unwandelbar ist. Gelegentlich auftretende Schwierigkeiten bei der Geschlechtseinordnung von Zwittern können nicht als Durchbrechung dieser Grundsätze verstanden werden. Sie haben weder zu einer besonderen Behandlung dieser Menschen im allgemeinen Lebensbereich noch zu einer speziellen rechtlichen Regelung ihrer Belange geführt (vgl. Motive I, 26). Vielmehr durchzieht das Prinzip der eindeutigen und unwandelbaren Einordnung des Menschen in die alternative Kategorie ‚männlich‘ – ‚weiblich‘ als selbstverständliche Voraussetzung nicht nur das gesamte soziale Leben, sondern auch die gesamte Rechtsordnung.“⁵⁴

Der BGH erkennt, dass die Zweigeschlechtlichkeit als selbstverständliche Gegebenheit „angenommen“ wird. Diese Annahme der Zweigeschlechtlichkeit sieht der BGH nicht durch das Auftreten von Zwittern erschüttert, das heißt er hält die Annahme der *vorgegebenen* Zweigeschlechtlichkeit durch, obwohl er selbst davon ausgeht, dass dies eine *Annahme* ist, und obwohl er sieht, dass es Menschen gibt, die sich anhand ihrer *gegebenen* körperlichen Merkmale nicht eindeutig dem männlichen oder dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen. Dass das Auftreten von Zwittern nicht als Durchbrechung des Grundsatzes der Zweigeschlechtlichkeit, Angeborenheit und der Unwandelbarkeit des Geschlechts gelten kann, begründet der BGH damit, dass dies weder allgemein zu einer besonderen Behandlung dieser Menschen noch zu speziellen rechtlichen Regelungen ihrer Belange geführt habe. Hier schließt der BGH offensichtlich von kulturell-sozialen Leistungen auf die Zweigeschlechtlichkeit als natürliche Tatsache, die konstruktive Leistung des beschließenden Senats bei der Affirmation der Zwei-

⁵³ Vgl. u.a. *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 150 f.; *Buckel/König*, KJ 2009, 338, 344 f.; *Büchler/Cottier*, *Transsexualität und Recht*, FamPra.ch 1/2002, 20 (45 ff.); *de Silva*, *Zur Normalisierung heteronormativer Zweigeschlechtlichkeit im Recht*, KJ 2008, 266 ff.; *Duncker*, *Gleichheit und Ungleichheit in der Ehe*, 2003, 257; *Elsuni*, *Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juristische Kategorisierungen am Beispiel „Geschlecht“*, in: Behmenburg/Berweger (Hrsg.), *Wissenschaft(f)t Geschlecht*, 2007, 133 (136 f.); *Greif*, *Dubiose Hermaphroditen und zweideutige Situationen*, in: dies. (Hrsg.), *Körper que(e)r denken*, 2006, 93 (102, 117 ff.); *Schmidt*, § 3 Grundannahmen des Rechts in der feministischen Kritik und § 10 Geschlecht, Sexualität und Lebensweisen, in: *Foljanty/Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 21, § 10 Rn. 5.

⁵⁴ BGHZ 57, 63 (67).

geschlechtlichkeit „als selbstverständliche Gegebenheit“ wird offensichtlich.⁵⁵ Im Übrigen ist festzuhalten, dass Recht Geschlecht natürlich auch anders regeln kann. So waren die Belange der Zwitter unter anderem in den I 1 §§ 19–23 des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (1794) geregelt.⁵⁶

Diese soziale Herstellung der binären Geschlechterdifferenz hat die Funktion, soziale Positionen zuzuweisen. *Regina Gildemeister* und *Angelika Wetterer* etwa zeigen historisch anhand der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung, dass Berufe geschlechtsspezifisch zugewiesen werden und in den historischen Abläufen „ihr Geschlecht wechseln“, ohne dass das Geschlecht als binäre Konstruktion aufgegeben wird. Damit verbunden sei ein „Gleichheitstabu“ nach dem Männer und Frauen, nicht vergleichbar sein dürfen. Sie schlussfolgern daraus, dass mit der Geschlechterdifferenz ein Status in einem Über-Unterordnungs-Verhältnis zugewiesen wird, dass Geschlecht also, unter dem Deckmantel des naturhaften Gegebenseins, eine „soziale Statuskategorie“ oder ein gesellschaftlicher „Platzanweiser“ ist.⁵⁷ Plastisch wird die gesellschaftliche Platzanweisung durch Recht aufgrund des Geschlechts an, hierzulande, historischen Regelungsbeispielen wie dem Versagen des aktiven und passiven Wahlrechts für Frauen. Heute drückt sie sich beispielsweise in Art. 12a Abs. 1 und 4 GG aus, wonach Männer zum Dienst an der Waffe verpflichtet werden dürfen, Frauen aber nicht.

VII. Kritische Verwendung geschlechtlicher Kategorien im Recht

Die Erkenntnis, dass Geschlecht ein soziales Konstrukt ist, an dessen Herstellung das Recht beteiligt ist, wirft die Frage auf, wie das Verhältnis von Recht und Geschlecht angemessen zu bestimmen ist.

1. Grundlegendes

Der bislang fast umfassend praktizierte Zugriff rechtlicher Diskurse auf Geschlecht als naturhaft vorgegebene binäre und wissenschaftlich eindeutig zu bestimmende Tatsache verbietet sich nach dem unter IV. Gezeigten.

a) Recht ohne Geschlecht?

Die problematische Rolle des Rechts bei der Konstruktion von Geschlecht könnte nahe legen, rechtlich ganz auf Bezugnahmen zum Geschlecht zu verzichten. Denn dann könnten die Konstruktionsleistungen des Rechts bei der Formung von Geschlecht entfallen, was ungerechtfertigte Positionszuweisungen, also Bevorzugungen und Benachteiligungen, durch Recht im Zusammenhang mit Geschlecht weitgehend beseitigen könnte. Dass ungerechtfertigte Bevorzugungen und Benachteiligungen in Bezug auf Geschlecht allein durch geschlechtsneutrale Formulierungen entfallen würden, ist jedoch nicht zu erwarten. Denn Normen, die verdeckt, also ohne unmittelbar auf das

⁵⁵ Vgl. zum Ganzen auch *Schmidt* in: *Foljanty/Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, § 10 Rn. 5.

⁵⁶ Einen rechtshistorischen Überblick über spezifische Regelungen gibt *Kolbe*, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 73 ff., zum ALR vgl. 79 f.

⁵⁷ *Gildemeister/Wetterer* in: *Wetterer/Knapp* (Hrsg.), *TraditionenBrüche*, 1992, 214 ff., insb. 226 f.

Geschlecht Bezug zu nehmen, bestimmte geschlechtstypische Lebensweisen bevorzugen, wären damit nicht beseitigt. Ein Beispiel dafür ist das Rentenrecht, das dem sogenannten „Eckrentner“ eine Rente sichern soll, die den Lebensstandard gewährleistet. Eine diesem Maßstab entsprechende Person hat 45 Jahre lang Vollzeit gearbeitet und immer durchschnittlich verdient.⁵⁸ Dies entspricht hinsichtlich der fehlenden Unterbrechungen wegen Schwangerschaft und Elternzeiten einer typisch männlichen Lebensweise und bevorzugt diese mittelbar. Dass ein geschlechtsneutral formuliertes Recht in unserer Gesellschaft nicht zwingend geschlechtsneutral regelt, liegt darin begründet, dass unser soziales Miteinander zutiefst vergeschlechtlicht ist, denn wie oben unter IV. gezeigt existieren wir trotz der und durch die sozialen Konstruktion des Geschlechts als geschlechtliche Personen und diese Vergeschlechtlichung wird wesentlich durch soziale Positionszuweisungen bewirkt. Solange aber Geschlecht für gesellschaftliche Positionen relevant ist, wird auch das Recht damit umgehen müssen. Die Verwendung geschlechtlicher Kategorien im Recht kann deshalb sinnvoll sein, um vor Diskriminierungen zu schützen oder Benachteiligungen zu beseitigen.

b) Kritische Bezugnahmen auf Geschlecht und feministisches Dilemma

An ausdrücklichen rechtlichen Bezugnahmen auf geschlechtliche Kategorien ist problematisch, dass diese durch die Bezugnahmen affirmativ bestätigt werden, also einen Beitrag zur Herstellung von Geschlecht leisten. Beispielsweise kann eine Frauenquote sinnvoll sein, um die Diskriminierung von Frauen zu beseitigen, sie schreibt aber Weiblichkeit erneut fest, und zwar als Tatsache, dass es Frauen gibt und dass diese besonders förderwürdig sind. Zudem kann eine Bevorzugungsregelung für das unterrepräsentierte Geschlecht diskriminierend wirken, weil sie nur die Personen des unterrepräsentierten Geschlechts erfasst, die die weiteren Voraussetzungen der Stellenbesetzung erfüllen, also eine innerhalb des unterrepräsentierten Geschlechts privilegierte Gruppe.⁵⁹ Dieses Problem wird „feministisches Dilemma“ genannt,⁶⁰ auch die Begriffe „Differenzdilemma“⁶¹ und „Essentialismusfalle“⁶² wurde dafür geprägt. Wie *Butler* gezeigt hat, ist es ein Dilemma der Konstruktion von Subjekten. Subjekte bilden sich in einem ständigen Prozess durch die Abgrenzung von anderen, sie sind also immer auch ausschließend. In diesem Prozess kann das Subjekt immer wieder bestätigt, aber auch umgedeutet und in Frage gestellt werden.⁶³ Das bedeute nicht, dass Identitätskategorien wie „Frau“ nicht verwendet werden dürfen, sie dürfen nur nicht totalisiert werden, sondern sollten sich in einen „Schauplatz ständiger Offenheit und Umdeutbarkeit“ verwan-

⁵⁸ Vgl. *Wersig*, Der unsichtbare Mehrwert: Unbezahlte Arbeit und ihr Lohn, in: *Foljanty/Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, § 8 Rn. 40; vgl. auch die Kleine Anfrage der BT-Fraktion B90/Die Grünen vom 8.9.2015 zur Rentenlücke zwischen Männern und Frauen (BT-Drs. 18/5951) und die Antwort der Bundesregierung vom 25.9.2015 (BT-Drs. 18/6148).

⁵⁹ Vgl. dazu *Holzleithner*, *Gerechtigkeit*, 2009, 81.

⁶⁰ Vgl. *Baer*, Dilemmata im Recht und Gleichheit als Hierarchisierungsverbot, *KrimJ* 1996, 242 (243, 244, 250 ff.); *Holzleithner*, Emanzipation durch Recht?, *KJ* 2008, 250 (252 f.); *Schmidt*, Grundannahmen, in: *Foljanty/Lembke* (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, § 3 Rn. 22.

⁶¹ Vgl. *Holzleithner* in diesem Heft unter III.2.b).

⁶² *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, Wege aus der Essentialismusfalle, *KJ* 2012, 209.

⁶³ Vgl. *Butler*, *Kontingente Grundlagen*, in: *Benhabib/Butler/Cornell/Fraser* (Hrsg.), *Der Streit um Differenz*, 1995, 31 (44 ff.).

deln.⁶⁴ Auch das Recht ist ein Regelungsmechanismus, der ständig einschließt und ausschließt, indem er an tatbestandliche Begriffe Rechtsfolgen knüpft. Es bevorzugt oder benachteiligt Sachverhalte, die unter die tatbestandlichen Begriffe fallen, im Vergleich zu denen, die nicht unter sie fallen. Soweit eine Bezugnahme auf geschlechtliche Kategorien notwendig ist, wird dies also unumgänglich diskriminierende, ausschließende Wirkungen zeitigen. Dies ist kein Grund, ganz auf geschlechtliche Kategorien im Recht zu verzichten, da sonst das emanzipatorische Potential des Rechts nicht genutzt werden kann.⁶⁵ Allerdings sind diese Kategorien immer wieder darauf hin zu hinterfragen, ob und gegebenenfalls wie ihre Verwendung konkret notwendig ist.⁶⁶

c) Maßstab der kritischen Bezugnahme des Rechts auf geschlechtliche Kategorien

Woran bemisst sich aber, dass eine Bezugnahme auf das Geschlecht durch das Recht angemessen ist? Die Funktion des Rechts ist, die gleiche Freiheit oder Selbstbestimmung aller in einem solidarischen Miteinander zu sichern.⁶⁷ Dies schließt ein, dass Recht gleichheitswidrige Hierarchien abbaut.⁶⁸

Die rechtliche Absicherung der Selbstbestimmung bedeutet nach *Elisabeth Holzleithner* zudem, dass das Recht gleiche Möglichkeiten der Identifikation – also des unabschließbaren Prozesses der Herausbildung, Weiterentwicklung und Veränderung der Identität von Personen – als selbstbestimmten Prozess und, in Bezug auf noch nicht selbstbestimmte Personen, als Prozess des Offenhaltens der Möglichkeiten der Selbstbestimmung abzusichern hat. Dies schließt die geschlechtliche Identifikation ein, weil Geschlecht eine komplexe verdinglichte Konstruktion ist, die durch herrschende gesellschaftliche Konstruktionsleistungen als persönliches Merkmal zugeschrieben wird und Aspekt der Subjektbildung oder Identifikation, ist, die sich im Prozess der Identitätsbildung mit herausbildet, fortentwickelt und sich auch verändern kann.⁶⁹ Recht darf deshalb mit *Laura Adamietz*‘ Worten keine Erwartung an bestimmte geschlechtliche Lebensweisen und damit auch an bestimmte geschlechtliche Identitäten stellen,⁷⁰ es muss gesellschaftlichen Zwängen, die einer selbstbestimmten geschlechtlichen Identifikation entgegenstehen, entgegenwirken.⁷¹ Rechtlich ist die selbstbestimmte geschlechtliche Identität und die Selbstbestimmung über den eigenen geschlechtlichen Körper anzuerkennen.

⁶⁴ *Ibid.*, 49 f.

⁶⁵ Vgl. *Holzleithner*, KJ 2008, 253, 256.

⁶⁶ Vgl. *Elsuni*, ReProduktion von Machtverhältnissen, in: Behmenburg/Berweger (Hrsg.), *Wissenschaft(f) Geschlecht*, 2007, 133 (141 ff.).

⁶⁷ Vgl. *Schmidt*, Strafe und Versöhnung, 2012, 87 f.; zur Gewährleistung von Selbstbestimmung durch Recht vgl. u.a. *Holzleithner*, *Geschlecht und Identität im Rechtsdiskurs*, in: Rudolf (Hrsg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, 37 (40); *Enders* in: *Berliner Kommentar zum GG*, Bd. 1, 49. EL (Februar 2016), Art. 1 Rn. 3 ff.

⁶⁸ Vgl. zum Recht als Hierarchisierungsverbot *Baer*, *Würde oder Gleichheit*, 1995, S. 231 ff. sowie *diets.*, *KrimJ* 1996, 254 f.

⁶⁹ Vgl. *Holzleithner* in: Rudolf (Hrsg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, 39 ff.

⁷⁰ So grundlegend in Bezug auf das Antidiskriminierungsrecht *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, 258.

⁷¹ Vgl. *Holzleithner* in: Rudolf (Hrsg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, 42 f.

2. Differenzierte Konkretisierungen

Es sind verschiedene konkrete Möglichkeiten vorgeschlagen worden, kritisch mit geschlechtlichen Kategorien im Recht umzugehen. Einige sollen hier vorgestellt werden.

a) Postkategoriale Bezugnahmen des Rechts gegen Hierarchisierungen

Liebscher, Naguib, Plümecke und *Remus* schlagen vor, „postkategoriale“ Bezugspunkte für das Antidiskriminierungsrecht zu schaffen. „Postkategorial“ bedeutet, dass im Rechtstext/diskurs nicht mehr die Kategorie, wegen der diskriminiert wird, verwendet wird, weil diese Verwendung die Kategorie selbst und als Anknüpfungspunkt für Diskriminierungen festschreibt. Vielmehr soll die Diskriminierung als solche gekennzeichnet werden. Zum Beispiel soll statt der Formulierung „Diskriminierung wegen des Geschlechts“ die Formulierung „sexistische Diskriminierung“ verwendet werden. Dies umgeht nicht nur die Festschreibung der Kategorie Geschlecht, sondern kennzeichnet auch in der Formulierung den Prozess, in dem Geschlecht durch eine konkrete diskriminierende Maßnahme hergestellt wird, nämlich die sexistische Diskriminierung.⁷² Bei dieser Verwendungsweise bleibt zutreffend offen, ob und wie sich die betroffene Person selbst geschlechtlich verortet, es wird also keine geschlechtsbezogene Erwartung an sie gestellt. Dieser Ansatz ist ein Beispiel dafür wie geschlechtliche Kategorien hinterfragt und umgedeutet werden können.

b) Kategoriale Bezugnahmen des Rechts gegen Hierarchisierungen

Die Möglichkeit postkategorialer Formulierungen im Rechts betrifft rechtliche Maßnahmen gegen konkrete Diskriminierungen in einzelnen Fällen. Wenn es um die Beseitigung von Diskriminierungen geht, die auf der Ebene der konkreten Entscheidung nicht (ausreichend) wirksam rechtlich bekämpft werden können, geht es um die Veränderung von Verhältnissen⁷³, wie eben die Unterrepräsentanz von Frauen in Führungspositionen. Diese Veränderung von Verhältnissen durch Recht kann kategoriale Bezugnahmen erfordern, wenn nicht auf „Männer“ und „Frauen“, so doch zumindest auf „Geschlecht“. Wie aufgezeigt wirken Kategorisierungen immer auch diskriminierend, weil sie etwas ausschließen. Dennoch halte ich ihre Verwendung in Bezug auf die Beseitigung grundlegender vergeschlechtlichter gesellschaftlicher Hierarchisierungen für angemessen, wenn ihnen mit anderen Maßnahmen nicht deutlich wirksamer begegnet werden kann. Das emanzipatorische Potenzial des Rechts sollte an dieser Stelle nicht verschenkt werden.⁷⁴

⁷² Vgl. *Liebscher/Naguib/Plümecke/Remus*, KJ 2012, 212 ff., 217 f.; *Baer*, Entwicklung und Stand feministischer Rechtswissenschaft in Deutschland, in Rudolf (Hrsg.), *Geschlecht im Recht*, 2009, 15–36; *Kocher*, „Geschlecht“ im Antidiskriminierungsrecht, KJ 2009, 386 (400 f.); *Markard*, Die andere Frage stellen: Intersektionalität als Analysekategorie im Recht, KJ 2009, 352 (355 ff.). Zur Kritik vgl. *Mangold* in diesem Heft unter V.

⁷³ Zwischen Einzelentscheidungen, der Veränderung von Verhältnissen und Empowerment unterscheidet Susanne Baer, Chancen und Risiken positiver Maßnahmen, in Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Positive Maßnahmen*, 2010, 23 (37 f.).

c) Sicherung selbstbestimmter Identifikation ohne rechtliche Erwartung
hinsichtlich der Geschlechtlichkeit

Eine wesentliche Aufgabe des Rechts ist die Sicherung selbstbestimmter Identifikation im Hinblick auf das Geschlecht. Das Recht darf deshalb unter anderem keine Erwartung an die geschlechtliche Verortung der Person stellen. Dies tut es aber im Personenstandsrecht, wenn gem. §§ 21 Abs. 1 Nr. 3, 22 Abs. 3 PStG i.V.m. 21.4.3. PStG-VwV nur das Geschlecht männlich oder weiblich in das Personenstandsregister eingetragen werden kann oder der Geschlechtseintrag offen zu bleiben hat. Der Deutsche Ethikrat hat in seiner Stellungnahme zur Intersexualität vorgeschlagen, auch „anderes“ als Geschlechtseintrag vorzusehen. Zudem solle geprüft werden, ob eine Eintragung des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrages überhaupt noch notwendig ist.⁷⁵ Meines Erachtens wäre es konsequent, wenn der personenstandsrechtliche Eintrag des Geschlechts entfällt. Der Vielfalt der Geschlechtsidentitäten und der Wandlungsmöglichkeiten der Geschlechtsidentität im Prozess der Identifikation über das Leben hinweg ließe sich nur gerecht werden, wenn der Personenstandseintrag aufgrund der persönlichen Angaben der betreffenden Person in Bezug auf ihre geschlechtliche Selbstverortung möglich wäre. Recht darf also keine geschlechtlichen Kategorien vorgeben und auch nicht vorschreiben, welcher Kategorie jemand zuzuordnen ist. So ist es möglich, dass eine Inter*Person sich als solche oder dass sie sich als Mann oder Frau verortet; es kann auch sein, dass sich diese Verortung im Laufe ihres Lebens mehrfach ändert. Aufgrund der Vielfalt und Wandlungsfähigkeit geschlechtlicher Identitäten dürfte das Geschlecht ohnehin an Bedeutung als aussagekräftiges Unterscheidungsmerkmal verlieren.⁷⁶

VIII. Ausblick

Der Beitrag hat, ansetzend an der Frage nach dem Verhältnis von Recht und Geschlecht, einen Überblick über das in Rechtsdiskursen herrschende Verständnis der Kategorie Geschlecht als naturgegebene binäre Tatsache und die Kritik geschlechterkritischer Perspektiven hieran gegeben. Es wurde verdeutlicht, dass Recht auf Geschlecht nicht als naturhaft gegebene Tatsache Bezug nimmt und Bezug nehmen kann, sondern dass es selbst ein wesentlicher Faktor der Konstruktion des biologischen Geschlechts als naturhaft gegebene Unterscheidung von Männern und Frauen ist. Es wurden Ansätze erläutert und diskutiert, die zeigen, wie Recht angemessen mit diesem Befund umgehen kann, insbesondere welche Bezugnahmen auf geschlechtliche Kategorien rechtlich möglich, teils sogar notwendig sind. Dieser Prozess der Auseinandersetzung ist in vollem Gange und dürfte bei weitem nicht abgeschlossen sein. Das liegt auch darin begründet, dass die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Geschlecht weit über eine Kritik der rechtlichen Verwendung der Kategorie Geschlecht als solcher hinausgeht, wie der Gedanke zeigt, dass die Zuweisung gesellschaftlicher Positionen

⁷⁴ Vgl. *Mangold* in diesem Heft unter VI.; *Baer* in Heinrich-Böll-Stiftung (Hrsg.), *Positive Maßnahmen*, 2010, 37 f.; *Holzleithner*, *Emazipation durch Recht?*, KJ 2008, 250 (253, 256).

⁷⁵ Vgl. BT-Drs. 17/9088, 59.

⁷⁶ Ausführlicher und mit Nachweisen zu weiteren Positionen *Schmidt*, in: Schochow/Gehrmann/Steger (Hrsg.), *Trans*- und Inter*Identitäten*, 2016, 251 ff.; umfassend diskutiert werden die Lösungsmöglichkeiten für das Personenstandsrecht von *Kolbe*, *Intersexualität*, 2010, 182 ff.

anhand des Geschlechts auch durch Recht bewirkt wird und dass die binäre Konstruktion dieser Kategorie vor allem nötig ist, um gesellschaftliche Positionen zuzuweisen. Exemplarisch für diese Positionszuweisungen stehen die fehlende rechtliche Anerkennung geschlechtlicher Identitäten jenseits der Kategorien männlich / weiblich und die Zuweisungen bestimmter Positionen an Männer und Frauen durch rechtliche Diskurse, wie sie etwa durch die Beiträge von *Friederike Wapler* und *Elisabeth Holzleithner* in diesem Heft dargestellt werden. Wünschenswert wäre eine Zusammenführung all dieser Aspekte in einer umfassenden systematischen Untersuchung dazu, wie sich Recht und Geschlecht zueinander verhalten und verhalten sollten, um die gleiche Möglichkeiten geschlechtlicher Identifikation und Nichtidentifikation zu ermöglichen.

Anja Schmidt,

Universität Leipzig, E-Mail: anja.schmidt@rz.uni-leipzig.de