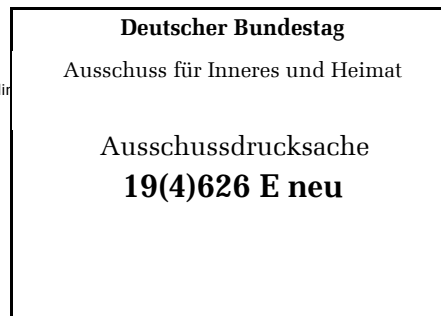




Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht
und Verbraucherschutz

per Email:
rechtsausschuss@bundestag.de



Juristische Fakultät

Prof. Dr. Ulrike Lembke

Öffentliches Recht und
Geschlechterstudien

Humboldt Law Clinic
Grund- und
Menschenrechte

Unter den Linden 6
10099 Berlin

Berlin, 31. Oktober 2020

**Schriftliche Stellungnahme
zur Anhörung des
Ausschusses für Inneres und Heimat
des Deutschen Bundestages
am 2. November 2020**

**zum Gesetzentwurf der Fraktion Bündnis 90/Die GRÜNEN
zur Aufhebung des Transsexuellengesetzes
und Einführung eines Selbstbestimmungsgesetzes,
BT-Drucksache 19/19755;**

**zum Gesetzentwurf der Fraktion der FDP
zur Stärkung der geschlechtlichen Selbstbestimmung,
BT-Drucksache 19/20048;**

**zum Antrag der Fraktion Die LINKE:
Fremdbestimmte Operationen an trans-und intergeschlechtlichen
Menschen – Aufarbeiten, Entschuldigen und Entschädigen,
BT-Drucksache 19/17791.**

Durch die von den Fraktionen Die LINKE, Bündnis 90/Die GRÜNEN und FDP vorgelegten Gesetzentwürfe und Anträge sollen der verfassungsrechtlich garantierte Schutz der geschlechtlichen Selbstbestimmung und der Schutz vor Diskriminierung auf Grund des Geschlechts, welche auch Diskriminierung auf Grund der Geschlechtsidentität umfasst, gesetzlich konkretisiert und damit effektiv verwirklicht werden. Dies umfasst zum einen Regelungen in Bezug auf Personenstand, Namensrecht, Abstammung, Gesundheit und Gewaltschutz sowie zum anderen die Aufarbeitung und Entschädigung fremdbestimmter Operationen an trans- und intergeschlechtlichen Menschen.

1. Die verfassungsrechtliche Ausgangslage

Die vorgelegten Gesetzentwürfe und Anträge werden im Schwerpunkt durch Bezugnahme auf das verfassungsrechtlich garantierte Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung begründet. Ohne wirksamen Diskriminierungsschutz bleibt das Recht auf Selbstbestimmung für Personen, die strukturell ausgegrenzten, stigmatisierten und benachteiligten Gruppen angehören oder zugeschrieben werden, jedoch ein Versprechen ohne rechtliche Wirksamkeit. Aus diesem Grund hat das Bundesverfassungsgericht in seiner hier viel zitierten Entscheidung zur sog. Dritten Option¹ dem Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts den Schutz vor Diskriminierung auf Grund des Geschlechts zur Seite gestellt. Gleiche Würde und Freiheit sind kein empirischer Befund, sondern staatliche Aufgabe.

1.1 Vom Persönlichkeitsrecht zum Diskriminierungsschutz

Seit fast vier Jahrzehnten widmet das Bundesverfassungsgericht seine kritische Aufmerksamkeit den Regelungen des sog. „Transsexuellengesetzes“ (TSG)², welches die rechtliche Situation von transsexuellen, transgeschlechtlichen und transidenten Personen regeln sollte, und hat weite Teile dieses Gesetzes für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt und ihre Anwendung bis zu einer verfassungskonformen gesetzlichen Neuregelung ausgeschlossen.³ Verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab war das Allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz.

Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewusst wird, und das Grundrecht der freien Persönlichkeitsentfaltung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz schützt die engere persönliche Lebenssphäre und den Intimbereich, von denen auch das Finden und Erkennen der eigenen geschlechtlichen Identität umfasst ist.⁴ Geschlechtszugehörigkeit richtet sich nicht allein nach äußeren Geschlechtsmerkmalen, sondern ist auch von psychischer Konstitution und selbstempfundener Geschlechtlichkeit abhängig.⁵ Daher besteht ein Anspruch auf Anerkennung des empfundenen Geschlechts und korrekte Adressierung nach der jeweiligen Geschlechtsidentität.⁶ Ferner darf „Transsexualität“ nicht gegen den Willen der Betroffenen offenbart werden, eine Bloßstellung greift in den Kernbereich des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts ein.⁷ Unvereinbar mit der verfassungsrechtlichen Anerkennung von Geschlechtsidentität sind der Zwang

¹ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16.

² Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen (Transsexuellengesetz - TSG) vom 10.09.1980, BGBl. I, S. 1654.

³ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 16. März 1982, 1 BvR 983/81; Beschluss vom 26. Januar 1993, 1 BvL 38, 40, 43/92; Beschluss vom 15. August 1996, 2 BvR 1833/95; Beschluss vom 6. Dezember 2005, 1 BvL 3/03; Beschluss vom 18. Juli 2006, 1 BvL 1 und 12/04; Beschluss vom 27. Mai 2008, 1 BvL 10/05; Beschluss vom 11. Januar 2011, 1 BvR 3295/07, und Beschluss vom 27. Oktober 2011, 1 BvR 2027/11.

⁴ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 6. Dezember 2005, 1 BvL 3/03.

⁵ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11. Oktober 1978, 1 BvR 16/72; Beschluss vom 6. Dezember 2005, 1 BvL 3/03.

⁶ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 15. August 1996, 2 BvR 1833/95.

⁷ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 26. Januar 1993, 1 BvL 38, 40, 43/92.

zur operativen Geschlechtsanpassung, der Zwang zur Fortpflanzungsunfähigkeit und der Zwang, entweder auf eine rechtlich gesicherte Partnerschaft oder auf den der Geschlechtsidentität entsprechenden Vornamen zu verzichten.⁸ In seiner Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht sukzessive überkommene Vorstellungen von „Transsexualität“ und Erwartungen an körperliche oder soziale Anpassungen sowie sexuelle Orientierungen aufgegeben.

Die wesentliche Innovation des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung zur sog. Dritten Option ist allerdings nicht die Entdeckung der Vielfalt biologischen Geschlechts als ein Element von Geschlecht(sidentität), sondern die Ergänzung des verfassungsrechtlichen Individualschutzes auf Grundlage des Persönlichkeitsrechts um den Schutz vor struktureller Diskriminierung auf Grund von Geschlecht(sidentität).⁹ Das Verständnis von Geschlechtsidentität als zentral für die geschützte Persönlichkeitsentfaltung wurde von der Transgender-Rechtsprechung bruchlos auf die rechtliche Bewertung von Intersexualität übertragen. Rechtsdogmatisch neu, wenn auch überfällig, war hingegen die explizite Klärung, dass Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz mit „Geschlecht“ auch die „Geschlechtsidentität“ meint. Die Aufregung im juristischen und rechtspolitischen Diskurs erstaunt, war doch seit längerem deutlich, dass es medizinisch-biologisch wie verfassungsrechtlich kein Geschlecht ohne Geschlechtsidentität gibt.

Der verfassungsrechtliche Schutz vor Diskriminierung auf Grund des Geschlechts inklusive der Geschlechtsidentität ist umfassend. Mit diesem verfassungsrechtlichen Schutz und mit dem Stand der Forschung unvereinbar sind Bemühungen, zwischen einem angeblich definierbaren biologischen Geschlecht und einem angeblich rein subjektiven Geschlechtsempfinden zu unterscheiden und den Schutz danach abzustufen bzw. teils zu verweigern. Geschlecht ist ein höchst komplexes Phänomen: biologisch multifaktoriell und kontingent, sozio-kulturell geformt und veränderbar, höchstpersönlich und von eminenter sozialer Bedeutung. Dies hat das Bundesverfassungsgericht 2005 und 2017 explizit seinen Entscheidungen zugrunde gelegt:

„Die Geschlechtszugehörigkeit kann nicht allein nach den physischen Geschlechtsmerkmalen bestimmt werden.“¹⁰

„Aus medizinischer Sicht wird an einer allein binären Geschlechtskonzeption nicht festgehalten. [...] In den medizinischen und psychosozialen Wissenschaften besteht zudem weitgehend Einigkeit darüber, dass sich das Geschlecht nicht allein nach genetisch-anatomisch-chromosomalen Merkmalen bestimmen oder gar herstellen lässt, sondern von sozialen und psychischen Faktoren mitbestimmt wird.“¹¹

Das Bundesverfassungsgericht hat die Notwendigkeit der Anerkennung weiterer Geschlechtseinträge jenseits von männlich oder weiblich bestätigt und es hat den Zwang zur operativen Geschlechtsherstellung aufgehoben und damit die

⁸ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11. Januar 2011, 1 BvR 3295/07.

⁹ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16.

¹⁰ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 6. Dezember 2005, 1 BvL 3/03, Rn. 50.

¹¹ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16, Rn. 9.

personenstandsrechtliche Geschlechtszuordnung jenseits eines rein physischen Befundes ermöglicht. Um Missverständnisse zu vermeiden, hat es auch klargestellt, dass weder Intersexualität¹² noch Transgeschlechtlichkeit¹³ als Krankheiten angesehen werden dürfen, sondern als marginalisierte geschlechtliche Identitäten vulnerable Positionen darstellen, die verfassungsrechtlichen Schutz genießen.

1.2 Der verfassungsrechtliche Schutz vor Diskriminierung auf Grund des Geschlechts: Frauen, Trans*, Inter*, non-binär, queer

Der verfassungsrechtliche Schutz vor Diskriminierung auf Grund des Geschlechts orientiert sich an *strukturellen* Ausgrenzungen und Benachteiligungen und damit an gesellschaftlichen Machtverhältnissen. Eine gesellschaftlich machtvolle Norm, die auch in dieser Anhörung immer wieder angerufen wurde, ist die Vorstellung der binären Heteronorm, also die – wissenschaftlich nicht haltbare – Imagination von „Geschlecht“ als angeboren, eindeutig, dual, komplementär und unveränderlich. Die binäre Heteronorm behauptet, dass es nur zwei „Geschlechter“ gäbe, die sich biologisch und sozial ergänzen würden, und erklärt alle anderen denkbaren und vorfindlichen Konstellationen zu Abweichungen von der Norm, also zu Krankheiten und/oder Persionen. Wissenschaftlich haltbar ist davon nichts.

Wissenschaftlich-technischer Fortschritt hat immer feinere Diagnostikmethoden mit einer immer höheren Zahl von Kriterien für die medizinisch-biologische Bestimmung von „Geschlecht“ ermöglicht, was zwangsläufig dazu führt, dass es nicht zwei „Geschlechter“, sondern eine mit der Vielzahl von möglichen Kriterien wachsende Vielfalt von geschlechtlichen Ausprägungen gibt.¹⁴ Angesichts der Multifaktorialität und Vielfalt erscheint es wissenschaftlich nicht mehr sinnvoll, überhaupt von Norm und Abweichungen zu sprechen, vielmehr ist von einem Kontinuum auszugehen.¹⁵ Hinzu kommt, dass auch im medizinisch-biologischen Fachdiskurs die Bedeutung nicht körperlich messbarer psychischer, sozialer und kultureller Einflüsse auf die Entwicklung von Geschlecht(sidentität) erkannt und

¹² Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16.

¹³ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 17. Oktober 2017, 1 BvR 747/17.

¹⁴ Die multifaktorielle Bestimmung von Geschlecht lässt die statistische Wahrscheinlichkeit sinken, dass alle diese Faktoren – äußere Geschlechtsorgane, innere Geschlechtsorgane, hormonelle Prozesse, Chromosomen, Gene und epigenetische Prozesse, sowie evtl. kühne Hypothesen über Hirnstrukturen – kongruent sind. Und da sind Wechselwirkungen mit Umwelteinflüssen noch gar nicht bedacht.

¹⁵ Siehe nur *Claire Ainsworth*, Sex redefined, in: Nature 518 (2015), S. 288-291; *Konstanze Plett*, Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin, in: F. Koher & K. Pühl (Hrsg.), Gewalt und Geschlecht. Konstruktionen, Positionen, Praxen, Opladen 2003, S. 21-44; *Heinz-Jürgen Voß*, Making Sex Revisited: Dekonstruktion des Geschlechts aus biologisch-medizinischer Perspektive, Bielefeld 2010; früh schon *Kerrin Christiansen*, Biologische Grundlagen der Geschlechterdifferenz, in: U. Pasero & F. Braun (Hrsg.), Konstruktion von Geschlecht, Pfaffenweiler 1995, S. 13-28.

aufgenommen wurde,¹⁶ und inzwischen Geschlecht weniger als statischer Befund denn als Prozess verstanden wird.¹⁷

Diskriminierung beruht aber nicht einfach auf dem Fehlen oder Veralten wissenschaftlicher Erkenntnisse und sie endet – wie die aktuelle Gesetzeslage und Realsituation in Deutschland zeigt – auch nicht mit wissenschaftlichem Erkenntnisfortschritt. Diskriminierung auf Grund des Geschlechts beruht wesentlich auf hierarchischen sozialen Verständigungen über geschlechtliche Normen und der (häufig gewaltsamen) Sanktionierung von Abweichungen. Das Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz muss daher bei der Etablierung der binären Heteronorm als Herrschaftsverhältnis ansetzen und zwei Dimensionen¹⁸ von Diskriminierung unterscheiden: die externe Dimension außerhalb der imaginierten Binarität und die interne Dimension innerhalb der statuierten Zweigeschlechtlichkeit.¹⁹

Laura Adamietz kommt das Verdienst zu, mit „Geschlecht als Erwartung“ die externe Dimension von Geschlechtsdiskriminierung präzise beschrieben und rechtsdogmatisch verarbeitet zu haben.²⁰ Danach ist die binäre Heteronorm Ausdruck der (sanktionierten) Erwartung, dass nur zwei stabile biologische Geschlechter existieren, die komplementäre soziale Eigenschaften aufweisen und die sich gegenseitig sexuell begehren. Diskriminierung auf Grund des Geschlechts betrifft danach alle von solchen binär-geschlechtlichen Erwartungen abweichenden Personen und Lebensformen, also Transgender-Personen, Inter*-Personen, bisexuell oder homosexuell begehrende Menschen und gleichgeschlechtliche Paare, aber auch Männer und Frauen, die ihnen zugewiesene Geschlechterrollen in sozial auffälliger Weise ablehnen. Das Verbot der

¹⁶ Siehe *Anna Katharina Mangold, Maya Markwald & Cara Röhner*, Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, 2. Dezember 2019, mwN. Abrufbar unter <https://eufbox.uni-flensburg.de/index.php/s/WwkHJkHaEaHpkQk#pdfviewer>.

¹⁷ *Bettina Bock von Wülfigen*, Diverse Biologien – Schwindende Geschlechter?, in: E. Greif (Hrsg.), *Körper que(e)r denken*, Linz 2006, S. 59-92. Jedenfalls hormonelle und epigenetische Prozesse sowie die Entwicklung von Hirnstrukturen sind keine Automatismen, sondern stehen in Wechselwirkung mit auch sozialen Umwelteinflüssen, siehe hierzu *Cordelia Fine*, *Testosteron Rex: Unmaking the Myths of Our Gendered Minds*, London 2017; *Kerstin Palm*, Biologische Dimensionen emanzipativer Körperkonzepte, in: D. Grisard, U. Jäger & T. König (Hrsg.), *Verschieden Sein. Nachdenken über Geschlecht und Differenz*, Sulzbach/Taunus 2013, S. 159-168.

¹⁸ Das ist ein vereinfachtes Modell für die vorliegenden Zwecke, denn selbstverständlich sind immer auch die Intersektionen mit anderen Diskriminierungsdimensionen einzubeziehen, siehe hierzu beispielsweise *LesMigraS et al.*, „... nicht so greifbar und doch real“. Eine quantitative und qualitative Studie zu Gewalt- und (Mehrfach) Diskriminierungserfahrungen von lesbischen, bisexuellen Frauen und Trans* in Deutschland. Wissenschaftliche Auswertung von Maria do Mar Castro Varela, Ute Koop, Sabine Mohamed, Gisela Ott-Gerlach und Lisa Thaler. Berlin, 2012. Abrufbar unter http://lesmigras.de/studie_mehrfachdiskriminierung.html.

¹⁹ Hierzu *Ulrike Lembke*, Alltägliche Praktiken zur Herstellung von Geschlechts-Körpern oder: Warum Unisex-Toiletten von Verfassungen wegen geboten sind, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 38(2) (2018), S. 208-243; *dies.*, Tackling sex discrimination to achieve gender equality? Conceptions of sex and gender in EU non-discrimination law and policies. *European Equality Law Review* 2016/2, S. 46-55. Abrufbar unter <https://www.equalitylaw.eu/downloads/3938-european-equality-law-review-2-2016>.

²⁰ *Laura Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität*, Baden-Baden 2011.

Diskriminierung auf Grund des Geschlechts in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz umfasst daher auch sexuelle Orientierung und Geschlechtsidentität.²¹

Zugleich ist aber auch die Existenz als „Mann und Frau“ innerhalb der gegenüber diesen (vielfältigen) Abweichungen privilegierten binären Heteronorm nicht gleichberechtigt organisiert, sondern als hierarchisches Geschlechterverhältnis.²² In diesem wird Weiblichkeit zwar rhetorisch wertgeschätzt, aber die Verteilung wesentlicher Ressourcen wie Arbeit, Zeit, Geld, körperliche Integrität und Selbstbestimmung sowie kulturelles Kapital und Anerkennung findet strukturell zum Nachteil von Frauen statt. Während die externe Dimension von Geschlechtsdiskriminierung auf der Non-Konformität mit dem binären Modell beruht, ist die interne Erscheinungsform häufig gerade mit (geschlechterrollen-) konformem Verhalten verknüpft.²³ Von Verfassungs wegen sind Frauen ebenso vor struktureller Benachteiligung geschützt wie trans- oder intergeschlechtliche oder non-binäre Personen, nicht-heterosexuell begehrende Personen oder gleichgeschlechtliche Paare.

1.3 Geschlechtsdiskriminierungsverbot und Frauenförderung

In der ausdifferenzierten Struktur der verfassungsrechtlichen Regelungen bildet sich das mehrdimensionale Verbot der Geschlechtsdiskriminierung ab, indem die insoweit speziellere Regelung in Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz die interne Dimension fokussiert und die Gleichberechtigung von Frauen und Männern sowie deren effektive Förderung durch den Staat vorschreibt, während die Regelung in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz mit dem Verbot der Diskriminierung auf Grund des Geschlechts inklusive Geschlechtsidentität die externe Dimension adressiert.

Die Verpflichtung des Staates aus Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz, die tatsächliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu fördern und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken, wird durch das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung nicht relativiert. Soweit es das Verhältnis von Frauen und Männern betrifft, geht vielmehr Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz als speziellere Regelung dem grundsätzlich auch für Frauen geltenden Geschlechtsdiskriminierungsverbot aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz in der Anwendung vor. Dies bedeutet für den Gesetzgeber sowie alle Gerichte und Behörden, dass Maßnahmen zur Förderung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen ebenso entschieden und effektiv wie Maßnahmen zur Verhinderung und Beseitigung von Diskriminierung auf Grund von Geschlecht(sidentität) zu ergreifen sind.

²¹ *Laura Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung. Das Geschlechtsdiskriminierungsverbot als Recht gegen Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung und der Geschlechtsidentität*, Baden-Baden 2011; *Susanne Baer & Nora Markard*, Art. 3 Abs. 2, Abs. 3, in H. v. Mangoldt, F. Klein & C. Starck (Hrsg.), *Kommentar zum Grundgesetz*. Band 1, München, 7. Auflage. 2018, Rn. 445 ff.

²² Grundlegend *Susanne Baer*, *Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, Baden-Baden 1995; *Ute Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*. Baden-Baden 1991.

²³ Zur externen und internen Dimension von Geschlechtsdiskriminierung *Ulrike Lembke*, *Alltägliche Praktiken zur Herstellung von Geschlechts-Körpern oder: Warum Unisex-Toiletten von Verfassungs wegen geboten sind*, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 38(2) (2018), S. 208-243.

In seiner viel zitierten Entscheidung zur sog. Dritten Option²⁴ hat das Bundesverfassungsgericht diese Parallelität des internen und externen Diskriminierungsschutzes explizit herausgestellt. Da diese Passagen gerne überlesen werden, seien sie hier noch einmal wiedergegeben:

„Aus dem Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG folgt, dass bestehende gesellschaftliche Nachteile zwischen Männern und Frauen beseitigt werden sollen. Stoßrichtung der Norm ist es vor allem, geschlechtsbezogene Diskriminierung zu Lasten von Frauen zu beseitigen, nicht jedoch, eine geschlechtliche Zuordnung im Personenstandsrecht festzuschreiben oder eine weitere Geschlechtskategorie jenseits von „männlich“ und „weiblich“ auszuschließen.“ (Rn. 50)

„Vor allem aber besitzt Art. 3 Abs. 2 GG gegenüber Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG eigenständige Bedeutung, die die engere Fassung von Absatz 2 erklärt. Der über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG besteht darin, dass er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt. Seit 1994 betont Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung im Geschlechterverhältnis.“ (Rn. 60)

Der Gesetzgeber muss sowohl die Diskriminierung von Frauen auf Grund ihres Geschlechts als auch die Diskriminierung von Trans*, Inter* und non-binären Personen auf Grund ihres Geschlechts effektiv beseitigen und verhindern. Der Schutz vor Diskriminierung auf Grund von Abweichungen von der Heteronorm darf dabei nicht auf Kosten des Schutzes von Frauen vor Benachteiligung und Gewalt innerhalb der Logik binärer Geschlechterverhältnisse gehen und umgekehrt. Das ist eine große Herausforderung an den Gesetzgeber, der er sich jedoch stellen muss.

2. Aktueller Regelungsbedarf

Aus der dargelegten verfassungsrechtlichen Ausgangslage ergibt sich gesetzlicher Regelungsbedarf. Die Klarstellung, dass Geschlecht in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz nicht liebgezwonnene Vorstellungen von angeblich biologisch verifizierbarer Binarität schützt, sondern diejenigen, die bei der Etablierung solch hierarchischer Geschlechterordnungen marginalisiert, strukturell benachteiligt, ausgegrenzt und gewaltsam unterworfen werden, bedingt einige gesetzliche Konkretisierungen des Rechts auf diskriminierungsfreie Anerkennung von Geschlechtsidentitäten und sich daraus ergebende Folgeregelungen.

2.1 Diskriminierungsfreie Anerkennung von Geschlecht(sidentitäten)

In der Transgender-Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht die rechtliche Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität aus dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht hergeleitet. Diese Rechtsprechung hat es für Inter*-

²⁴ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 10. Oktober 2017, 1 BvR 2019/16.

Personen bestätigt und überdies das Recht auf Schutz vor Diskriminierung auf Grund der Geschlechtsidentität aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 Grundgesetz expliziert. Das Recht auf diskriminierungsfreie Anerkennung von Geschlecht(sidentitäten) erfasst Transgeschlechtlichkeit und Intersexualität gleichermaßen – anderenfalls wird die Bedeutung von Geschlecht als Rechtsbegriff ebenso verkannt wie der Stand der Forschung. Die rechtliche Anerkennung von Geschlechtsidentitäten kann daher nicht in verschiedene Regelungsgegenstände aufgespalten werden.

Derzeit sind noch Reste des TSG in Kraft – dass die für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärten Normen vom Gesetzgeber teils über Jahrzehnte keiner Neuregelung zugeführt wurden, ist eine Schande für den Rechtsstaat. Wenig zielführend war es auch, die Regelung der rechtlichen Anerkennung von Inter*-Personen von der überfälligen Ersetzung des TSG zu trennen. Die Regelung hat einheitlich zu erfolgen, da eine Unterscheidung zwischen biologischem Geschlecht und Geschlechtsidentität verfassungsrechtlich eben ausscheidet. Weder Intersexualität noch Transgeschlechtlichkeit sind Krankheiten und daher als solche nicht therapiebedürftig. Die bislang im TSG vorgesehenen ärztlichen Gutachten stehen unter einem massiven Rechtfertigungsdruck, da die jeweilige Qualifikation für die Feststellung der Geschlechtsidentität ebenso zweifelhaft ist wie die Verfassungskonformität der Voraussetzungen in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 TSG, über welche das Bundesverfassungsgericht bislang explizit noch nicht entschieden hat.²⁵ Das verfassungsrechtliche Verständnis von Geschlecht (-sidentität) und die Pathologisierungstendenzen lassen einen Verzicht auf Begutachtung und Prognose sinnvoll erscheinen. Sperrfristen bis zu einer erneuten Änderung des Geschlechtseintrags sind denkbar, um eine Überlastung der Behörden zu vermeiden, sollten aber ein Jahr nicht überschreiten. Der Ausbau von Beratungsstrukturen ist wünschenswert und entspricht dem Ziel einer Förderung von geschlechtlicher Selbstbestimmung.

Die Angst vor missbräuchlicher Nutzung der Möglichkeit zur Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität im Personenstandsrecht ist ausgeprägt, aber eher irritierend als zielführend. Es bleibt bei den Ausführungen dazu, dass der Schutz von Frauen vor Geschlechtsdiskriminierung und die Förderung der Gleichberechtigung durch den verfassungsrechtlich geforderten Schutz anderer Personen nicht in Frage gestellt werden darf. Die Geltendmachung des Grundrechts auf Schutz und Förderung sollte sich aber nicht in den Dienst neuer biologischer „Wahrheiten“ mit dem Ziel der Abwertung, Ausgrenzung und Benachteiligung geschlechtlicher Minderheiten stellen lassen. Solidarisches Handeln führt meist weiter als der Streit marginalisierter Gruppen um bewusst zu knapp gehaltene Ressourcen. Vor diesem Hintergrund ist beispielsweise auch kritisch zu überprüfen, ob gewohnte binäre Geschlechtertrennungen tatsächlich in jedem

²⁵ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 17. Oktober 2017, 1 BvR 747/17. Entschieden hat das Gericht allerdings, dass die ärztliche Begutachtung nicht über die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen hinausgehen und insbesondere kein therapeutisches Angebot bezüglich der Geschlechtsidentität selbst enthalten darf.

Einzelfall dem Schutz und der Förderung von Frauen dienen oder nur die kostengünstigste staatliche Handlungsform sind.²⁶

Im Übrigen ist die Anzahl von Rechtsnormen, die explizit an Geschlecht anknüpfen, ebenso überschaubar wie ihre praktische Wirksamkeit. Noch vor einigen Jahren galten zentrale Regelungen zu Ehe, Familie, Wehrpflicht, Frauenförderung und geschlechtsbezogenem Gewaltschutz als wesentliche Hindernisse, von binären Geschlechternormen abzurücken. Die Ehe ist nun für gleichgeschlechtliche Paare geöffnet. Das Familien- und Abstammungsrecht dürfte in seinem Verharren in Imaginationen von der binären Heteronorm verfassungswidrig sein. Die Wehrpflicht ist ausgesetzt und die Rückkehr zu einer alle jungen Männer erfassenden Dienstpflicht mehr als unwahrscheinlich. Frauenförderung bleibt eine drängende staatliche Aufgabe und es ist faszinierend, in dieser Anhörung so innige Bekenntnisse zu diesem weitgehend vernachlässigten und gern der praktischen Bedeutungslosigkeit oder dem konzertierten juristischen Angriff ausgesetzten Feld zu sehen. Geschlechtsbezogener Gewaltschutz muss geschlechtsbezogene Gewalt in all ihren Formen, also Gewalt gegen Frauen und sog. häusliche Gewalt ebenso wie homophobe und transphobe Gewalt sowie intersektionale geschlechtsbezogene Gewalt adressieren.

2.2 Rechte von Kindern und Jugendlichen

Eine spezifische Form geschlechtsbezogener Gewalt sind genitalverändernde chirurgische Eingriffe an intergeschlechtlichen Kindern, die von beiden Gesetzentwürfen explizit verboten werden. Geschlechtszuweisende Operationen erfordern eine Reihe von schwerwiegenden operativen Eingriffen an den Genitalien, die sich negativ auf das Körpergefühl und sexuelle Lusterleben auswirken können und oft mit der Folge von Fortpflanzungsunfähigkeit verbunden sind.²⁷ Diese Eingriffe sind kaum jemals medizinisch indiziert, weit überwiegend geht es darum, kulturelle Normen exklusiver und natürlicher Zweigeschlechtlichkeit zu bestätigen.

²⁶ Dies ist ausgesprochen fraglich beispielsweise bei geschlechtersegregierten Toiletten, wenn die Alternative wäre, Unisex-Toiletten einzurichten, welche ernstlichen Anforderungen an Sicherheit, Intimitätsschutz und Inklusion genügen. Es geht eben nicht darum, männliche Toiletten für Frauen zu öffnen. Ähnliches gilt für die Trennung im Strafvollzug, welche mit nicht unerheblichen Nachteilen für Frauen (sehr begrenzte Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten, weite Anreisen für Besucher*innen, Vertiefung von geschlechterstereotypem Verhalten) verbunden sein kann, während ein anspruchsvolles Konzept hierarchische Geschlechterverhältnisse und eigene Handlungsoptionen adressiert und dabei selbstverständlich nicht auf (auch räumlich ausgestalteten) Schutz von Frauen und LGBTI* verzichtet. Geht es um Schutzräume für Betroffene von geschlechtsspezifischer Gewalt, ist die absolut mangelnde Ressourcenausstattung so offensichtlich, dass Debatten über die Ausgestaltung müßig sind, bevor nicht der Staat endlich seiner Pflicht zu effektiver Unterstützung der Betroffenen von geschlechtsspezifischer Gewalt nachkommt – erst, wenn Ressourcen zu verteilen sind, kann über die konkrete Verteilung überhaupt gesprochen werden.

²⁷ Siehe hierzu *Angela Kolbe*, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010; *Konstanze Plett*, Intersexuelle – gefangen zwischen Recht und Medizin in: F. Koher/K. Pühl (Hg.), Gewalt und Geschlecht. Konstruktionen, Positionen, Praxen, 2003, S. 21-41; *Konstanze Plett*, Intersex und Menschenrechte, in: C. Lohrenscheit (Hg.), Sexuelle Selbstbestimmung als Menschenrecht, 2009, S. 151-167; *Britt Tönsmeier*, Die Grenzen der elterlichen Sorge bei intersexuell geborenen Kindern, 2012.

Mit Blick auf § 1631c Bürgerliches Gesetzbuch, wonach Eltern nicht in die Sterilisation des Kindes einwilligen können, sofern diese nicht unvermeidbare Nebenfolge lebensrettender oder erhebliche Gesundheitsschädigungen vermeidender medizinischer Maßnahmen ist, liegt es nahe, genitalverändernde chirurgische Eingriffe an intergeschlechtlichen Kindern mit der Folge der Fortpflanzungsunfähigkeit als schwere Körperverletzung gemäß § 226 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Strafgesetzbuch anzusehen.²⁸ Eine Verfolgung findet jedoch offensichtlich nicht statt. Auch ist die Anzahl kosmetischer Genitaloperationen im Kindesalter nicht rückläufig, wie Studien aus den Jahren 2016 und 2019 zeigen.²⁹

Dies ist umso überraschender, als die Bundesrepublik Deutschland seit fast zehn Jahren beharrlich vom UN-Anti-Folter-Ausschuss,³⁰ vom UN-Behindertenrechtskonventionsausschuss³¹ und vom UN-Frauenrechtskonventionsausschuss³² aufgefordert wird, eindeutige gesetzliche Verbote von chirurgischen Maßnahmen an intergeschlechtlichen Kindern zu verabschieden und Altersgrenzen zu etablieren, bis diese ihr informiertes und freies Einverständnis hierzu geben können; Familien von intergeschlechtlichen Kindern eine angemessene Beratung und Unterstützung anzubieten; Zugang zum Recht, Schadensersatz und Schmerzensgeld für solche Eingriffe ohne Einwilligung vorzusehen; und medizinisches Fachpersonal über das gesetzliche Verbot solcher chirurgischer Maßnahmen zu informieren. Auch der UN-Sozialpaktausschuss verurteilt „*medically unnecessary, irreversible and involuntary surgery and treatment performed on intersex infants or children*“.³³

Dass angesichts dessen eine explizite gesetzliche Regelung notwendig sein sollte, ist einerseits kaum nachvollziehbar, andererseits liegt die Notwendigkeit einer effektiven rechtlichen Unterbindung seit Jahren offen zu Tage. Nach Art. 24 Abs. 3 der UN-Kinderrechtskonvention treffen die Vertragsstaaten alle wirksamen und geeigneten Maßnahmen, um überlieferte Bräuche, die für die Gesundheit der Kinder schädlich sind, abzuschaffen. Das entscheidende Problem scheint in traditionellen Geschlechterordnungen und strikt normativ orientierten

²⁸ *Deutscher Juristinnenbund*, Themenpapier 10 zur Istanbul-Konvention: Unterbindung geschlechtszuweisender Operationen an Kindern (Artikel 38, 39, 46 IK) vom 5. Februar 2020. Abrufbar unter https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st20-08_IK10_OperationenInter.pdf.

²⁹ *Ulrike Klöppel*, Zur Aktualität kosmetischer Operationen „uneindeutiger“ Genitalien im Kindesalter, ZtG-Bulletin 2016. Abrufbar unter https://www.gender.hu-berlin.de/de/publikationen/gender-bulletins/texte-42/kloepfel-2016_zur-aktualitaet-kosmetischer-genitaloperationen; *Josch Hoenes, Eugen Januschke & Ulrike Klöppel*, Häufigkeit normmangleichender Operationen „uneindeutiger“ Operationen im Kindesalter. Follow Up-Studie, 2019.

³⁰ *UN-Ausschuss gegen Folter*, Abschließende Bemerkungen zum 5. Staatenbericht Deutschlands, CAT/C/DEU/CO/5 (2011), Rn. 20(a).

³¹ *UN-Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen*, Abschließende Bemerkungen zum ersten Staatenbericht Deutschlands, CRPD/C/DEU/CO/1 (2015), Rn. 29(d).

³² *CEDAW-Ausschuss*, Abschließende Bemerkungen zum 7./8. Staatenbericht Deutschlands, CEDAW/C/DEU/CO/7-8 (2017), Rn. 24(d).

³³ *Committee on Economic, Social and Cultural Rights*, General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22, para 59. Download: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/GC/22&Lang=en.

Behandlungsmethoden einerseits und im traditionell eher defizitären Verständnis der Einverständnisfähigkeit und –notwendigkeit von Kindern und Jugendlichen in medizinische Eingriffe in Deutschland andererseits zu liegen. Dieses Verständnis war lange Zeit ausgesprochen paternalistisch und ließ die Einwilligung von Ärzt*innen und Eltern unabhängig vom Willen des Kindes, solange dieses das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, genügen. Erst langsam beginnt ein Umdenken hin zu einer Stärkung der individuellen und altersgemäßen Selbstbestimmung von Kindern und Jugendlichen. Dazu tragen Diskussionen um Kinderrechte ins Grundgesetz, die nicht selten jedoch eher den Eindruck bestärken, es würde davon ausgegangen, dass minderjährige Menschen keine Grundrechte hätten, sowie menschenrechtliche Verpflichtungen aus Kinder- und Behindertenrechtskonvention bei.

Die deutsche Rechtsordnung hat ohnehin Nachholbedarf beim Paradigmenwechsel von paternalistischen Schutzkonzeptionen zur Garantie und Stärkung der Bedingungen kindlicher und jugendlicher Autonomie. Nach Art. 12 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention sichern die Vertragsstaaten dem Kind, das fähig ist, sich eine eigene Meinung zu bilden, das Recht zu, diese Meinung in allen das Kind berührenden Angelegenheiten frei zu äußern, und berücksichtigen die Meinung des Kindes angemessen und entsprechend seinem Alter und seiner Reife. Die Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität bzw. des Prozesses der Entwicklung einer eigenen Geschlechtsidentität ist hierbei ein wichtiges Feld, und die Regelungen sollten einem kinderrechtskonformen Verständnis von unterstützter und wachsender Selbstbestimmung Rechnung tragen.

2.3 Diskriminierungsfreies Familien- und Abstammungsrecht

Schon mit den Änderungen des Personenstandsrechts vom 7. Mai 2013, in Kraft ab 1. November 2013, wonach Eltern den Geschlechtseintrag ihrer intergeschlechtlichen Kinder offenlassen konnten, um sie nicht als „weiblich“ oder „männlich“ klassifizieren zu müssen, lag auf der Hand, dass entsprechende Folgeregelungen im Recht der Eheschließung und der Elternschaft notwendig waren.³⁴ Angesichts der weitgehenden Unanwendbarkeit des TSG drängte sich auch in Bezug auf transgeschlechtliche Personen die Notwendigkeit von Regelungen bezüglich Bildung, Gesundheit, Datenschutz, Ehe, Elternschaft usw. auf.³⁵ Seit der Öffnung der Ehe für gleichgeschlechtliche Paare liegt der Änderungsbedarf hin zu einem geschlechtsunabhängigen Abstammungs- und Familienrecht auch insofern auf der Hand.

Elternschaft ist daher richtigerweise unabhängig vom Geschlecht zu regeln, das beendet nicht nur die Diskriminierung von intergeschlechtlichen Personen, die derzeit rechtlich keine Eltern werden können, sondern auch von

³⁴ Dazu *Wolf Sieberichs*, Das unbestimmte Geschlecht, in: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2013, S. 1180-1184.

³⁵ Siehe nur *Laura Adamietz & Katarina Bager*, Regelungs- und Reformbedarf für transgeschlechtliche Menschen, Berlin 2016. Abrufbar unter <https://www.bmfsfj.de/blob/114064/460f9e28e5456f6cf2ebdb73a966f0c4/imag-band-7-regelungs-und-reformbedarf-fuer-transgeschlechtliche-menschen---band-7-data.pdf>.

gleichgeschlechtlichen Paaren, und dient überdies dem vom Bundesverfassungsgericht mehrfach bestätigten Offenbarungsverbot einerseits und mit der rechtssicheren Zuordnung sorgebereiter Eltern dem Kindeswohl andererseits. Das Recht des Kindes auf Kenntnis der Abstammung bleibt davon unberührt und wird ohnehin durch anderweitige Regelungen gewahrt.

2.4 Namen, Anrede und Offenbarungsverbot

Aus der diskriminierungsfreien Anerkennung der eigenen Geschlechtsidentität und dem Offenbarungsverbot folgt auch ein Berichtigungsanspruch in Bezug auf Zeugnisse, amtliche Dokumente und sonstige relevante Bescheinigungen. Die derzeitigen Diskussionen um die Verwendung des gewählten Namens trans- und intergeschlechtlicher Schüler*innen und Studierender auch vor dem Abschluss der offiziellen Namensänderungsverfahren zeigen teils einen erheblichen Mangel an Kenntnis von der Bedeutung des Namens für die Persönlichkeitsentfaltung sowie der entsprechenden verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung in den betreffenden Schulen und Hochschulen bzw. deren Verwaltungen. Zugleich gibt es durchaus pragmatische Lösungen zur Wahrung des Persönlichkeitsrechts. Eine gesetzliche Regelung, welche hier Klarheit schafft und auch den Verwaltungen Rechtssicherheit gibt, ist zu begrüßen.

2.5 Angemessene Gesundheitsversorgung

Die Eingliederung der Gesundheitsversorgung von trans- und intergeschlechtlichen Personen in die Regelversorgung nach aktuellen medizinischen Standards ist zu begrüßen.

Im menschenrechtlichen Diskurs wird die diskriminierungsfreie Gesundheitsversorgung durchaus weiter verstanden, so vom UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte in Bezug auf sexuelle und reproduktive Gesundheit: *„Non-discrimination, in the context of the right to sexual and reproductive health, also encompasses the right of all persons, including lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex persons, to be fully respected for their sexual orientation, gender identity and intersex status. Criminalization of sex between consenting adults of the same gender or the expression of one’s gender identity is a clear violation of human rights. Likewise, regulations requiring that lesbian, gay, bisexual, transgender and intersex persons be treated as mental or psychiatric patients, or requiring that they be “cured” by so-called “treatment”, are a clear violation of their right to sexual and reproductive health. State parties also have an obligation to combat homophobia and transphobia, which lead to discrimination, including violation of the right to sexual and reproductive health.“*³⁶

³⁶ Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights), E/C.12/GC/22, para 23. Download: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/GC/22&Lang=en.

2.6 Aufarbeitung, Rehabilitation, Entschädigung

Die medizinisch nicht indizierten, geschlechtszuweisenden Operationen an intergeschlechtlichen Kindern stellen eine schwerwiegende und seit Jahren von UN-Ausschüssen gerügte Menschenrechtsverletzung dar, deren Unterbindung bislang nicht gelingt, obwohl das deutsche Recht die notwendigen, auch strafrechtlichen, Regelungen längst enthält. Ärzt*innen setzen Eltern unter Druck, ihre Kinder nicht so zu akzeptieren, wie sie geboren wurden, sondern angeblich für das Kindeswohl, tatsächlich aber zur Durchsetzung eigener oder gesellschaftlicher Normvorstellungen schwerwiegenden Eingriffen mit meist lebenslangen Folgen zuzustimmen.

Bis zur Feststellung der Verfassungswidrigkeit der entsprechenden Regelungen im Jahr 2011³⁷ waren überdies geschlechtsanpassende Operationen und die Herstellung der Fortpflanzungsunfähigkeit zwingende Voraussetzungen der personenstandsrechtlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität von transgeschlechtlichen Personen, was die Voraussetzungen an eine informierte und freie Entscheidung sehr selten erfüllt haben dürfte.³⁸ Ihre Körper mussten den Imaginationen der Mehrheitsgesellschaft von binären Geschlechternormen und geschlechtlicher Natürlichkeit entsprechen, wofür auch ihre Zurichtung und Verletzung in Kauf genommen wurde.

Das Beharren auf überkommenen Geschlechterordnungen und vorgeblich biologischen Wahrheiten hat zu erheblichem Leid bei den Betroffenen und zu schwerwiegenden Verletzungen ihrer Grund- und Menschenrechte geführt. Auch wenn diese Rechtsverletzungen überwiegend erst im letzten Jahrzehnt vom Verfassungsgericht sowie von internationalen Ausschüssen explizit thematisiert wurden, galten die Grund- und Menschenrechte auf körperliche Unversehrtheit, den Schutz von Ehe und Familie, Intimitätsschutz und Menschenwürde schon weitaus länger. Auch im Rechtsstaat kann Unrecht geschehen, aber die Stärke des Rechtsstaats ist es, dieses Unrecht zu beseitigen, zu verhindern und zu entschädigen. Im Lichte heutiger Erkenntnisse ist eine Aufarbeitung, Rehabilitation und Entschädigung der Betroffenen von fremdbestimmten Operationen nachdrücklich zu befürworten.

³⁷ Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11. Januar 2011, 1 BvR 3295/07.

³⁸ Zur Unzumutbarkeit der Entscheidung für Operation und Fortpflanzungsunfähigkeit, um eine der eigenen Geschlechtsidentität und sexuellen Orientierung entsprechende rechtliche Absicherung der Partnerschaft zu ermöglichen, Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11. Januar 2011, 1 BvR 3295/07, Rn. 57: „Die personenstandsrechtliche Anerkennung des empfundenen Geschlechts darf nicht von Voraussetzungen abhängig gemacht werden, die schwere Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit bedingen und mit gesundheitlichen Risiken verbunden sind, wenn diese nach wissenschaftlichem Kenntnisstand keine notwendige Voraussetzung einer dauerhaften und erkennbaren Änderung der Geschlechtszugehörigkeit sind.“