

BASJ

**Bundesarbeitsgemeinschaft
Schwule Juristen**

BASJ, c/o RA u. N Dirk Siegfried, Keithstr. 2-4, 10787 Berlin

c/o Dirk Siegfried
Rechtsanwalt und Notar
Keithstraße 2 - 4
10787 Berlin

Tel.: 030 215 68 03
eMail: dirk.siegfried@web.de

Berlin, den 03.12.2021 gi

Lieber Frank Krüger,
lieber Vorstand des BV Trans*,

wir danken für die Anfrage vom 18. Oktober 2021 und möchten unsere Einschätzung zu der Frage, ob trans-, intergeschlechtliche und nicht-binäre Personen besser geschützt sind, wenn zusätzlich zu dem Begriff "sexuelle Identität" auch die geschlechtliche Identität explizit durch Art. 3 Abs. 3 GG geschützt wird, wie folgt abgeben:

In seiner Entscheidung zur sogenannten "Dritten Option" stellt das Bundesverfassungsgericht klar, Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG schütze auch diejenigen Menschen, die sich den binären Geschlechtskategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen können, vor Diskriminierung wegen dieses nicht eindeutigen Geschlechts (BVerfGE 147, 1 (Rn. 58)). Zudem hält es diese weite Interpretation des Geschlechtsmerkmals in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG für möglich und geboten (BVerfGE 147, 1 (Rn. 58 ff.)). Der Wortlaut lasse eine Einbeziehung dieser Personen ohne Probleme zu. Eine weite Interpretation entspreche dem Sinn und Zweck des Gleichheitssatzes, denn die Vulnerabilität von Menschen mit weder männlicher noch weiblicher Geschlechtsidentität sei in einer überwiegend nach binären Geschlechtsmustern agierenden Gesellschaft besonders gegeben (BVerfGE 147, 1 (Rn. 59)).

Darüber hinaus sieht ein Großteil der Rechtswissenschaft die Ungleichbehandlung wegen des Geschlechtseintragungswechsels (transgeschlechtliche Personen) vom Geschlechtsbegriff des Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG erfasst¹.

Zudem bezieht der Gerichtshof der Europäischen Union bereits seit 1996 transgeschlechtliche Personen in den Schutz vor Geschlechtsdiskriminierung ein (Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 30. April 1996, Az.: C-13/94, Slg. 1996, I-2143, Rn. 20). Auch die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien subsumieren trans- und intergeschlechtliche sowie nicht binäre Menschen unter dem Merkmal "Geschlecht", was ihnen einen deutlich umfassenderen Schutz garantiert.

Wenn nun in Art. 3 Abs. 3 GG gleichrangig neben das Merkmal "Geschlecht" das Merkmal "geschlechtliche Identität" gesetzt werden würde, würde dies den bisher schon bestehenden Schutz in Frage stellen und überdies eine Hierarchisierung von Geschlechtern etablieren: einerseits Frauen und Männer, subsumiert unter dem Begriff "Geschlecht" mit der ganzen Rechtsprechung dazu und mit dem damit verbundenen Schutz - und die "Übrigen", subsumiert unter dem neuen, dem Grundgesetz bisher nicht bekannten Begriff. Die gleichrangige Benennung des Merkmals "geschlechtliche Identität" zusätzlich zum Merkmal "Geschlecht" brächte also die Gefahr mit sich, dass ein Gegensatz zwischen beiden Merkmalen abgeleitet werden könnte. Wir teilen die Auffassung des BV Trans*, dass das unbedingt vermieden werden muss.

Die Frage ist nun, ob es sinnvoll wäre, das Merkmal "Geschlecht" um den Zusatz "einschließlich der geschlechtlichen Identität" zu ergänzen. Dabei wäre die Gefahr, dass ein Gegensatz zwischen beiden Merkmalen abgeleitet werden könnte, zumindest vermieden.

Es könnte allenfalls von böswilligen Interpret*innen daraus geschlossen werden, dass das Merkmal "Geschlecht" ohne diesen Zusatz die ge-

¹ Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz Kommentar, 16. Auflage 2020, Art. 3 Rn. 138; Krieger, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, Grundgesetz, 14. Auflage 2017, Art. 3 Rn. 77; Sachs, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, 3. Auflage 2010, § 182 Rn. 42; Kingreen, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Stand Februar 2020, Art. 3 Rn. 484.

schlechtliche Identität nicht umfasst. Diese könnte die Selbstverständlichkeit des Schutzes durch Regelungen, die lediglich den Begriff "Geschlecht" enthalten, in Frage stellen. Diese Gefahr dürfte in dem Fall, dass das Grundgesetz entsprechend geändert wird, relativ gering sein.

Das Grundgesetz kann aber nur mit einer Zweidrittelmehrheit geändert werden, aktuell also nur mit zumindest Teilen von CDU/CSU. Gelingt dies nicht, ergibt sich hieraus die große Gefahr, dass aus dem Scheitern geschlossen wird, dass das Merkmal "Geschlecht" das Merkmal "geschlechtliche Identität" nicht umfassen soll. Dies würde den aktuell bestehenden Schutz gefährden. (Entsprechend hat z.B. der BGH im Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18, aus dem Vorliegen eines Gesetzentwurfes zur Gleichstellung lesbischer Mütter, der (noch) nicht beschlossen worden war, gefolgert, dass der Gesetzgeber diese Gleichstellung nicht wollte.)

Diese Gefahr wird vermieden, wenn die Klarstellung, dass das Merkmal "Geschlecht" auch die geschlechtliche Identität umfasst, in der Gesetzesbegründung erfolgt. Denn über die Begründung muss nicht mit Zweidrittelmehrheit abgestimmt werden. Sie kann auch nicht scheitern, so dass auch nicht aus einem etwaigen Scheitern negative Schlüsse gezogen werden können. Die Klarstellung in der Gesetzesbegründung würde also auf jeden Fall die Rechtsprechung, wonach das Merkmal "Geschlecht" die geschlechtliche Identität umfasst, explizit verfestigen und also den Schutz trans- und intergeschlechtlicher sowie nicht-binärer Menschen stärken.

Wir freuen uns, wenn wir zu diesem Thema im Gespräch bleiben können, gerne auch in größerer Runde.

Mit besten Grüßen
für die Bundesarbeitsgemeinschaft Schwule Juristen

Dirk Siegfried
Rechtsanwalt und Notar