

Rechtsanwalt Jonas D. Jacob LL.M., Anwaltssozietät Dr. Frowein und Partner

Rechtsanwalt Dr. Klaus Märker, Anwaltssozietät Dr. Fricke und Partner

Zusammenfassung des Kurzgutachtens zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung betreffend ein Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften (SBGG-E)

Prüfungsinhalt des juristischen Kurzgutachtens ist der Referentenentwurf (in der leicht abgewandelten Form des Regierungsentwurfs) zum Selbstbestimmungsgesetz (SBGG). Insbesondere soll das Gutachten die Kohärenz und Verfassungskonformität des durch die Regierung in den Bundestag eingebrachten Gesetzes überprüfen. Das Kurzgutachten wurde federführend durch Rechtsanwalt Dr. Klaus Märker (Fricke und Partner Freiburg) und Rechtsanwalt Jonas Jacob LL.M. (Frowein und Partner Wuppertal) verfasst.

Das Kurzgutachten bewertet die innere Schlüssigkeit und Verfassungsgemäßheit des SBGG in der derzeitigen Fassung kritisch.

Einleitend wird festgestellt, dass sowohl die gesamte nationale Rechtsordnung, als auch das Unionsrecht, grundsätzlich von einem naturwissenschaftlich tradierten, biologischen Geschlechtsbegriff ausgehen. Dieser Geschlechtsbegriff wird anhand anerkannter naturwissenschaftlicher Grundlagen skizziert.

Überlagert wird dieses Grundverständnis des Geschlechtsbegriffs nun von einer progressiven Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Diese orientierte sich zuletzt vermehrt an einem versubjektivierten, weiten Geschlechtsbegriff. Diese Rechtsprechung zum Transsexuellengesetz mündete in der Entscheidung zum so genannten dritten Geschlecht.

Im Anschluss an die verfassungsgerichtlichen Entscheidungen ergaben sich komplexe juristische Fragestellungen, inwiefern die unterkonstitutionellen Gesetze, die an den Geschlechtsbegriff anknüpfen, an die neuen verfassungsgerichtlichen Geschlechtsbegriffsdeutungen anzupassen seien. Dieses verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis folgt aus dem Grundsatz, dass jedes unterkonstitutionelle Gesetz verfassungsgemäß sein muss, um applizierbar zu bleiben.

Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts prägt demnach die gesamte Rechtsordnung und setzt der Legislative stringente Vorgaben im Gesetzgebungsverfahren. Die genannte Rechtsprechung

wird im Gutachten zwar zugrunde gelegt, in Übereinstimmung mit fundierter verfassungsrechtlicher Literatur aber aus rechtsdogmatischen Gründen deutlich kritisiert. Zusammengefasst ist Schwerpunkt der Kritik, dass das Verfassungsgericht sich nicht an die selbst geforderten Grundsätze der Auslegungsmethodik hält. Gesetzgeberische Intentionen und Gesetzessystematik werden durch Orientierung an aktuellen Tendenzen der Geschlechtsbegriffsdeutung überspielt. Letztlich darf die Grenze zwischen Judikative und Legislative nicht durch unbegrenzte Auslegungsmöglichkeiten des Verfassungsgerichts verschwimmen.

Das Gutachten kommt zu dem Ergebnis, dass die derzeit im Transsexuellengesetz vorgesehenen Voraussetzungen zur Bestimmung des personenstandsrechtlichen Geschlechts in Form der Sachverständigengutachten verfassungsgemäß sind. Dies ergibt sich aus der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung, die das staatliche Interesse an Dauerhaftigkeit und Beständigkeit des personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags als berechtigt darstellt.

Unter Voranstellung dieser grundlegenden Ausführungen werden die einzelnen Vorschriften des SBGG geprüft.

Zusammenfassend ergeben sich hier folgende Ergebnisse:

- Soweit durch das SBGG die Geschlechtseintragung vom Sprechakt allein abhängig gemacht wird, dürfte der staatliche Gleichstellungsauftrag aus Art. 3 Abs. 2 GG nicht umsetzbar sein. Ein staatliches Tätigwerden zu Gunsten einer in Art. 3 Abs. 2 GG benachteiligten Personengruppe erfordert zumindest eine valide Prüfung des Ungleichgewichts. Dieser Gleichstellungsauftrag wurde ursprünglich zu Gunsten der Frauen in Deutschland formuliert, wie sich aus den Protokollen zum Grundgesetz und der sich anschließenden Verfassungsänderung in Art. 3 Abs. 2 GG ergibt. Diese Feststellung des Ungleichgewichts zwischen Männern und Frauen wird durch die voraussetzungslose Ermöglichung des Geschlechtswechsels erschwert, wenn nicht gar verhindert.

Der Geschlechtseintragswechsel nach dem SBGG für jede Person setzt die Begriffe Geschlechtsidentität (i.S.v. Genderidentität) und Geschlecht gleich. Der verfassungsrechtliche Geschlechtsbegriff in Art. 3 GG, welcher an das biologische Geschlecht anknüpft, wird damit unterkonstitutionell verformt. Fraglich ist schon, ob dafür nicht ein verfassungsänderndes Gesetz mit der geforderten Zweidrittelmehrheit notwendig wäre.

- Die gesetzlich im SBGG vorgesehene Option für die Erziehungsberechtigten den Geschlechtseintrag ihres Säuglings frei zu bestimmen und die Möglichkeit für Minderjährige – gegen den Willen ihrer

Eltern – die Geschlechtseintragsänderung vorzunehmen, dürften Art. 6 GG tangieren. Hinsichtlich des Säuglings trifft den Staat als Wächter über das Kindeswohl die Verpflichtung derartige Missbrauchsmöglichkeiten zu verhindern. Mit dem Gesetz wird er dieser Wächterfunktion nicht gerecht.

Zugleich wird das primär zu gewährleistende und verfassungsrechtlich geschützte elterliche Erziehungsrecht beschränkt, insofern die gerichtliche Durchsetzung durch einen Heranwachsenden (ab 14 Jahren) des selbst empfundenen Geschlechtseintrags gegen den Willen der Eltern gewährt wird. Es erschließt sich auch nicht, mithilfe welcher Methode ein Familienrichter – ohne Sachverständigengutachten – entscheiden soll, inwiefern die Eintragung einer selbst empfundenen Geschlechtsidentität (i.S.v. Genderidentität) für einen 14-jährigen Heranwachsenden im Sinne des Kindeswohls sein soll. Derartige Grundentscheidungen darf der Gesetzgeber nach dem Grundsatz des Parlamentsvorbehalts nicht der Rechtsprechung überlassen.

- Soweit intersexuelle Menschen ihren Geschlechtseintrag ändern wollen, ergeben sich nach dem SBGG für diese Wartefristen, die eine grundlose Verschlechterung ihrer derzeitigen Rechtsposition darstellen. Darüber dürfte ebenfalls unverhältnismäßig sein, im Falle des Geschlechtsänderungsantrags die damit zusammenhängenden Informationen mehreren Strafbehörden ohne Anlass zur Verfügung zu stellen. Diese einem Generalverdacht ähnelnde Vorschrift wird hinsichtlich des vom Verfassungsgericht entwickelten Grundrechts auf selbstbestimmte Geschlechtsidentität (i.S.v. Genderidentität) in Anwendung der praktischen Konkordanz als unverhältnismäßig und verfassungswidrig zu bewerten sein. Darüber hinaus ergibt sich durch die Freigabe der Daten ein unverhältnismäßiger Verstoß gegen den Grundsatz der Datenminimierung.

- Soweit das SBGG selbstbestimmte Geschlechtseinträge im Personenstand zulässt, die Eintragungen für Menschen, die der Ansicht sind, dass sie ihren Geschlechtseintrag nicht „selbst gewählt“ haben, sondern von Geburt an und unveränderbar „erhalten haben“, dürfte das Grundrecht der Meinungsfreiheit aus Art. 5 GG tangiert sein. Die begrenzten und abschließenden Geschlechtskategorien (derzeit vier Optionen) sind unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit bei gleichzeitiger Annahme eines versubjektivierten Geschlechtsbegriffs inkonsistent.

- Die Rückausnahmen vom durch das SBGG neu eingeführten Geschlechtsbegriff durch Anknüpfung an das biologische Geschlecht führen zu voneinander abweichenden Geschlechtsbegriffen in der gesamten Rechtsordnung. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss ein Gesetz ohne innere Widersprüche, nicht fehleranfällig und frei von rechtssystematischen Brüchen sein. Das Verfassungsgericht setzt eine gesetzesinterne und gesetzesexterne Kohärenz voraus. Insofern die

Verfasser des Gesetzes den Geschlechtsbegriff im SBGG als Folge der Selbstbestimmung definieren und simultan in einzelnen Rückausnahmen an die biologische Fortpflanzungsfähigkeit (Begriff der „Mutter“) anknüpfen, entsteht eine gesetzesinterne Inkonsistenz. Insbesondere erschließt sich schon aus semantischen Gründen nicht, dass der Vater eine Frau und die Mutter ein Mann sein kann. Darüber hinaus ist nach dem derzeitigen Gesetzesentwurf die Vereinigung von Vater und Mutter in einer Person möglich ("Mutter-Vater").

- Das Verfassungsgericht setzt eine evidenzbasierte Gesetzgebung voraus. Der Gesetzgeber muss sich demnach an wissenschaftlichen Erkenntnissen orientieren. Die Anerkennung eines in das subjektive Belieben des Einzelnen gestellten Geschlechtsbegriffs dürfte dem Grundsatz der Evidenzbasierung gesetzgeberischer Maßnahmen widersprechen. Es ist mithin nicht hinreichend untersucht, inwiefern die Ermöglichung eines beliebigen Geschlechtseintrags und Geschlechtswechsels medizinisch – insbesondere für Heranwachsende – für deren Entwicklung förderlich, oder abträglich ist. Derartige wissenschaftlich substantiierte Untersuchungen als Grundlage des Gesetzgebungsentwurfs wären aber Voraussetzung für eine geforderte evidenzbasierte Gesetzgebung.

- Soweit im Einzelnen im Gesetz auf das Hausrecht und etwaige Rechtfertigungsgründe im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz verwiesen wird, verlagert die Legislative substantielle Grundentscheidungen zur Privatwirtschaft und Rechtsprechung. Letztlich sollen die privaten Betreiber im Einzelnen klären, welche Personen anhand welcher offensichtlich vorliegenden biologischen Voraussetzungen, Zugang zu geschlechtsbasierten Schutzräumen erlangen können. Dabei liegt beispielsweise im AGG die Beweislast für eine Nichtdiskriminierung im Falle nur eines Indizes für die Diskriminierung beim Betreiber.

Die Rechtsprechung soll nach dem SBGG beurteilen, inwiefern der Ausschluss einer Person aufgrund der bei ihr vorliegenden biologischen Voraussetzungen im Einzelnen sachlich gerechtfertigt ist. Nach dem Parlamentsvorbehalt ist der Gesetzgeber indes verpflichtet Grundsatzentscheidungen selbst zu treffen. Abzusehen sind letztlich zahlreiche Prozesse bezüglich nicht bedachter Rechtsfolgen des Gesetzes.

Zusammenfassend schließt das Gutachten mit einem Fazit:

Die aktuelle Fassung des Selbstbestimmungsgesetzes überzeugt nicht. Verfassungsrechtliche Grundprinzipien werden tangiert und substantielle Grundentscheidung der Privatwirtschaft und Rechtsprechung überlassen. Die (umstrittene) Rechtsprechung des Verfassungsgerichts zum TSG und PStG intendiert die Regelungen des Selbstbestimmungsgesetzes nicht. Ein Konsens über den Geschlechtsbegriff ist derzeit weder der Medizin, Sozialwissenschaft und Rechtswissenschaft noch

dem gesellschaftlichen Diskurs zu entnehmen. Insofern ist die Verabschiedung eines Gesetzes vor Abschluss des demokratischen Diskurses aufgrund der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung nicht indiziert.