

Die Grenze der geschlechtlichen Selbstbestimmung bei politischen Kandidaturen

Anmerkung zur Entscheidung des Bundesschiedsgerichts Bündnis90/Die Grünen vom 22.12.2022, Az. BSchG 05/2022

Lea Rabe¹

Antidiskriminierungsrecht vermittelt zwischen Gleichheit und Freiheit wiederum relativer Rechtssubjekte. Positive Maßnahmen, wie Quoten, reagieren auf die empirische Sozialforschung und sind Entscheidungen des Rechts für materiale, das heißt konkret-asyymetrische Gleichheit. Diese betrachtet soziale Gegebenheiten und tariert Imbalancen aus². Parteien machen sich diese Steuerungswirkungen, freilich auch zur inhaltlichen Profilierung, seit den 1980er Jahren insbesondere zur Frauenförderung zunutze. Die hier besprochene Entscheidung des Bundesschiedsgerichts Bündnis90/Die Grünen fängt den Puls einer Zeit, unserer Zeit, ein, in der das Thema Geschlechtsidentität in Politik und Medien an Diskursfähigkeit gewinnt³. Für das Recht wirft das mitunter Fragen zum Zugang zu den förderungsberechtigten Geschlechterkategorien auf. Hier ging es konkret um die Grenze der geschlechtlichen Selbstbestimmung bei politischen Kandidaturen. Das Bundesschiedsgericht rang in seiner Entscheidung mit der Herausbildung fairer Anforderungen an eine belastbare Selbstdefinition. Dieses Ringen ist durch die aktuelle Rechtslage begründet, in der, wegen des (noch) hürdenreichen Änderungsverfahrens, ein Abstellen auf das eingetragene Geschlecht Persönlichkeitsrechte der Betroffenen tangiert. Da nicht nur das grüne Satzungsrecht, sondern auch der Bundesverfassungsgerichtsbeschluss zur „Dritten Option“ das Geschlecht – hier im Sinn des Art. 3 GG – an die empfundene Geschlechtsidentität anknüpft, sind Fremdzuschreibungen stets diskriminierungsverdächtig. In diese „Falle“ tappte auch das Bundesschiedsgericht. Die Einführung eines selbstbestimmten Änderungsverfahrens, flankiert durch präventiven Missbrauchsschutz, die der Referentenentwurf zum Selbstbestimmungsgesetz⁴ (RefE-SBBG) ankündigt, ist zum Schutz des Persönlichkeitsrechts und vor Diskriminierung dringend geboten.

¹ Lea Rabe arbeitet am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Sozialrecht, Geschlechter- und Vielfaltsdimensionen im Recht der Universität Bremen.

² *Röhner*, Ungleichheit und Verfassung, 2019, S. 170 f.

³ Etwa auf https://www.zeit.de/2022/51/geschlechtsidentitaet-trans-frauen-biologie-debatte?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F (8.8.2023).

⁴ Referentenentwurf des BMFSFJ, Entwurf eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften, <https://www.bmfsfj.de/resource/>

(Binäre) Frauenquoten als etablierte Praxis im Satzungsrecht politischer Parteien

Aufgrund gut dokumentierter⁵ Teilhabebarrrieren für Frauen in der Parteipolitik legen in den Satzungen der meisten Parteien mittlerweile verbindliche Quoten oder zumindest unverbindliche Quoten Mindestfrauenanteile für Ämter, Gremien und auch Wahlvorschläge fest. Nach herrschender Ansicht sind jedenfalls Ämterquotierungen zulässig⁶. Die Parteien sind frei (Art. 21 I 1, 2 GG), ihre demokratische Binnenordnung (Art. 21 I 3 GG) entsprechend auszugestalten⁷. Das ist sinnvoll, denn die Haltung zu geschlechterpolitischen Maßnahmen ist ein Differenzierungskriterium im politischen Wettbewerb⁸. So betrachtet sind Quoten Signale für Wähler:innen. Das streitgegenständliche Frauenstatut der Grünen unterscheidet in der Präambel Frauen – alle, die „sich selbst so definieren“⁹ – von trans*, inter- und nicht-binären Menschen. Während Frauen durch verbindliche Quoten gefördert werden, gilt für die Beteiligung letzterer nur eine „Soll-Vorschrift“ für Gremien und Versammlungen, zumal ohne feste Zielgröße. Redelisten und Ämter quotieren die Grünen mindestparitätisch¹⁰.

Zunächst zum Hergang: Die antragstellende Person hatte das Gericht um Anordnung der Wiederholung einer Wahl zur Stadtvorsitzenden (einem satzungsgemäß für Frauen vorbehaltenen Amt) ersucht. Von dieser sah sie sich aufgrund ihrer weiblichen Geschlechtsidentität zu Unrecht ausgeschlossen. Der Wahl war eine Nichtberücksichtigung des Wortbeitrags der antragstellenden Person bei einem „Digitalen Forum“ der Partei nach Schließung der Redelisten vorausgegangen. Die antragstellende Person hatte im Nachgang hierzu um Änderung ihres Geschlechtseintrags in der Mitgliederdatei gebeten, die aber, nach einigem internen „Hin und Her“ nicht durchgesetzt wurde. Die Partei führte die antragstellende Person in der Mitgliederdatei also letztlich als männlich. Das Amt der Stadtvorsitzenden war vom Antragsgegner – dem Kreisverband, vertreten durch den Vorstand –

blob/224548/4d24ff0698216058eb758ada5c84bd90/entwurf-selbstbestimmungsgesetz-data.pdf (8.8.2023).

⁵ Rabe, Paritätisches Wahlrecht, Repräsentation und Teilhabe im demokratischen Pluralismus (i.E.).

⁶ BVerfG, Beschl. v. 1.4.2015 – 2 BvR 3058/14, Rn. 25 (juris), m.w.N.; zum Beschluss: *Penz*, Frauenquote innerhalb politischer Parteien, Anmerkungen zum Nichtannahmebeschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 1.4.2015, 2 BvR 3058/14, in: DÖV 2015, S. 963 ff.

⁷ BVerfG, Beschl. v. 1.4.2015 – 2 BvR 3058/14, Rn. 25 (juris).

⁸ ThVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20, NVwZ 2020, 1266 (1268).

⁹ GRÜNE, Frauenstatut, Stand 16.11.2019, <https://cms.gruene.de/uploads/documents/191121-Frauenstatut.pdf> (4.8.2023).

¹⁰ Da die Entscheidung des Bundesschiedsgerichts stark anonymisiert veröffentlicht wurde, ist ein Hinweis auf die tatsächlich einschlägige Stadtverbandssatzung nicht möglich; eine generelle Vorgabe enthält aber § 3 der Bundessatzung; zum Vergleich siehe ferner § 6 VII der Satzung des GRÜNEN Stadtverbands Hannover.

hingegen als Frauenplatz ausgewiesen worden¹¹. Mit Hinweis auf die vermeintlich fehlende Fraueneigenschaft der antragstellenden Person schloss der Kreisverband diese sodann von der Kandidatur aus. Das Vorgehen des Kreisverbandes ist insofern problematisch, als der Zugang zur förderungswürdigen „Frau“ laut Grünen-Satzung der Selbstdefinition unterliegt. Das Schiedsgericht rügte daher zwar eine Verletzung der Mitgliedschaftsrechte, hielt die Wahl an sich im Ergebnis aber aufrecht. Es setzte nämlich dazu an, die Selbstdefinition von der Plausibilisierung einer „unteilbar weiblichen Geschlechtsidentität“ abhängig zu machen. Die antragstellende Person habe sich nicht eindeutig zum Frausein bekannt. Das ist eine Fremdbegutachtung und wirft Fragen nach der Deutungshoheit über die Kategorisierung „Frau“ auf – konkret im Sinne des Grünen Geschlechterstatuts, aber im weiteren Ausblick für Quotenlogiken generell. *Vulgo*: Wann ist eine Frau eine Frau? Und wer darf das entscheiden?

Anforderungen an den Nachweis einer „unteilbar weiblichen Geschlechtsidentität“

Das Urteil ringt mit einer Standardisierung der Anforderungen an die Selbstdefinition. Die Plausibilitätsprüfung unterwarf es – aus nicht näher konkretisierten „allgemeinen Grundsätzen“ – drei Kriterien: die geschlechtliche Selbstbestimmung müsse *eindeutig*, *nicht selektiv* und *nicht nur vorübergehend* sein¹². Das differenzierte es zum Teil aus. Eindeutigkeit zunächst liege bei einer Selbstdefinition als Frau vor, wenn diese eine klare und in sich widerspruchsfreie Entscheidung allein zugunsten der weiblichen Geschlechtsidentität beinhalte. Das sei unabhängig vom Körper: Auch Trans- und Inter-Frauen könnten Entsprechendes erklären¹³. Das Gericht legte gleichwohl einen weiten Begriff der Selbstdefinition an, indem es nicht nur die ausdrückliche Erklärung der antragstellenden Person zum Geschlecht an sich:

„[A]us gebebe[ne]m Anlass würde ich gern meine [sic] Geschlechtsidentität ändern: Ab heute bin ich weiblich. Könnt ihr das bitte in euren Akten anpassen?“¹⁴,

die diese nach dem „Digitalen Forum“ abgegeben hatte, heranzog, sondern auf den objektiven Erklärungsgehalt der Geschlechterperformanz insgesamt, im inner-

¹¹ Bundesschiedsgericht Bündnis 90/Die Grünen, Entscheidung v. 22.12.22 – Az. BSchG 05/2022, abrufbar in der Sammlung der Schiedsgerichtsurteile der obersten Parteischiedsgerichte des PRUF: <https://www.pruf.de/datenbank-der-partieschiedsgerichtsurteile>, Abdruck in diesem Heft, MIP 2023, S. 474 (475).

¹² Bundesschiedsgericht Bündnis 90/Die Grünen, Entscheidung v. 22.12.22 – Az. 05/2022, in: MIP 2023, S. 474 (488).

¹³ Ebd., S. 474 (485).

¹⁴ Ebd., S. 474 (475).

wie außerparteilichen Bereich, abstellte¹⁵. Die Selbstdefinition sei (nach diesem weiten Erklärungs begriff) zumal selektiv. Der Anforderung, nicht nur „in bestimmten Zusammenhängen oder zu bestimmten Zeiten Frau, ansonsten jedoch Mann“¹⁶ sein zu wollen, genüge sie nicht. Das Schiedsgericht stellte entscheidend darauf ab, dass sich die antragstellende Person in der Partei zwar als Frau definiere, im Arbeitskontext jedoch als Mann – und zwar mit der Intention ein Mann zu sein – auftrete. Die Erklärung, eine Frau zu sein, beziehe sich also nicht auf alle Lebensbereiche. Eine nicht nur vorübergehende Selbstdefinition liege schließlich bei einer Dauerhaftigkeit vor, die eine hinreichend verlässliche Grundlage für die Quotierung im Kontext der Wahl biete¹⁷. Erklärungen zum Mehrwert dieser vom Ergebnis her gedachten Formulierungen lässt das Urteil ebenso vermissen wie eine Subsumtion. Das Schiedsgericht kam jedenfalls zum Schluss, dass die antragstellende Person nicht als Frau im Sinne der Parteistatuten gelten könne¹⁸.

Eingeführt wird hier die Rechtsfigur der „unteilbar weiblichen Geschlechtsidentität“¹⁹. Rechtstechnisch ergibt diese richterliche Grenzziehung Sinn, weil sie mit dem Frauenstatut rasoniert. Eindeutigkeit und Selektivität nach dem weiten Erklärungs begriff zu messen, ist allerdings nicht unproblematisch. Denn zunächst verwischen durch die Inaugenscheinnahme des breiteren Erklärungskontextes die Grenzen zwischen richterlicher Auswertung der Selbstdefinition und eigenständiger Analyse der Geschlechtsidentität. Anspruch und Praxis fallen auseinander, konstatiert das Schiedsgericht doch eingangs, es sei „grundsätzlich nicht zulässig, die Selbstdefinition einer externen Überprüfung zu unterziehen oder sie in Zweifel zu ziehen“²⁰. Auch kann, wie das Gericht selbst erkannte, „disparates und unstimmliges Verhalten [...] gerade eine Folge der Problematik fehlender Akzeptanz in der Gesellschaft sein“²¹. Trans*-Personen sind im beruflichen Kontext massiver Diskriminierung ausgesetzt, von Benachteiligung beim Zugang zum Arbeitsmarkt über Karrierechancen, Ablehnung und Belästigung bis hin zu Gewalt²². Diesen Menschen in einer überwiegend nach binärem Geschlechtsmuster agierenden Gesellschaft²³ eine sichtbar gelebte, von diesem Muster abweichende Geschlechterperformanz abzuverlangen, weist jedenfalls eine gewisse Blindheit gegenüber sozialen und ökonomischen Zwängen auf. Es stößt ebenfalls auf, dass

¹⁵ Ebd., S. 474 (490 f.).

¹⁶ Ebd., S. 474 (488).

¹⁷ Ebd.

¹⁸ Ebd., S. 474 (491).

¹⁹ Ebd., S. 474 (488).

²⁰ Ebd., S. 474 (483).

²¹ Ebd., S. 474 (490).

²² Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Benachteiligung von Trans*Personen, insbesondere im Arbeitsleben, 2010, S. 5; *Frohn/Meinhold/Schmidt*, „Out im Office?!“ Sexuelle Identität und Geschlechtsidentität, (Anti-) Diskriminierung und Diversity am Arbeitsplatz, 2017.

²³ BVerfGE 147, 1 (28).

das Gericht auf den objektiven Empfängerhorizont von „unbefangten [...] auf die ASP [*antragstellende Person*] blickenden Mitgliedern der Gesellschaft“²⁴ abstellt. Das ist nicht nur inhaltlich – da es die spezifische Vulnerabilität in geltenden dominanten Sozialstrukturen untergräbt – problematisch, sondern auch „technisch“: Die sozialwissenschaftlich geschulte Perspektive kritischer Rechtsforschung verortet die Rechtsfigur des objektiven Dritten zurecht als konstruierte, entpersonalisierte Sprecherposition²⁵ der Diskurshoheit. Der vermeintlich objektive Dritte sei nicht neutral, da, wer ihn konstruiere, nicht aus dem „nirgendwo“²⁶, sondern aus einer anderen Warte eben dieser Strukturen auf Sachverhalte blicke, mithin nicht weniger, nur anders betroffen sei²⁷. Im vorliegenden Fall konstruierte ein Schiedsgericht eine vermeintlich neutrale Deutung von Geschlechterperformance, zumal mit erkennbaren Ambitionen. Das Urteil ist ersichtlich von einem Bestreben getragen, die binnenparteiliche Frauenförderung vor Missbrauch zu schützen, das heißt „dagegen, dass gesellschaftlich immer noch dominante Männer sich zweckwidrig der Frauenförderung bedienen“²⁸. Der Vortrag des Antragsgegners verdeutlicht, was gemeint ist: Die antragstellende Person „trete in allen sozialen Sphären (mit Ausnahme der grünen Partei) als Mann auf, lasse sich in der männlichen Form ansprechen“ und habe sich außerdem „seit Jahren kritisch mit Frauenrechten und Quotenregelungen auseinandergesetzt und sich explizit ‚aus gegebenem Anlass‘ d. h. im Kontext eines Streits zur Redequotierung zur Frau erklärt. [...] Seine [*sic*] wirkliche Motivation sei es, die Ungerechtigkeit für Männer sichtbar zu machen [...]. Es ginge um Frustration und Verbitterung.“²⁹ Der gegebene Anlass: Das „Digitale Forum“ bei dem der Vortrag der antragstellenden Person zur Wahrung eines ausgewogenen Geschlechterverhältnisses nach Erschöpfung der Redeliste der Frauen nicht mehr zugelassen worden war. Zugegebenermaßen erscheint das in dem Urteil beschriebene Vorbringen der antragstellenden Person zumindest widersprüchlich³⁰. Über die Missbrauchsabsicht entschied das Schiedsgericht aber letztlich gar nicht, da schon eine unteilbar weibliche Geschlechtsidentität nicht erklärt worden sei.

²⁴ Bundesschiedsgericht Bündnis 90/Die Grünen (Fn. 11), S. 474 (491).

²⁵ Bourdieu, *The Force of Law: Toward a Sociology of the Juridical Field*, in: *The Hastings Law Journal*, 38 (1987), S. 814 (820).

²⁶ Zur Scheinobjektivität des „*gaze from nowhere*“: Haraway, *Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective*, in: *Feminist Studies* 14 (1988), S. 575 (581).

²⁷ Aus der Critical Race Theory González Hauck, *Weißer Deutungshoheit statt Objektivität*, *ZfRSoz* 42 (2022), S. 153 (159, 163 ff.).

²⁸ Bundesschiedsgericht Bündnis 90/Die Grünen (Fn. 11), S. 474 (491).

²⁹ Ebd., S. 474 (478).

³⁰ Ebd., S. 474 (488 ff.).

Zielkonflikt zwischen Freiheit der Selbstbestimmung und faktischer Chancengleichheit

Der Wahrheitsgehalt der jeweiligen Aussagen kann und soll hier nicht beurteilt werden; genau wegen der urteilsgegenständlichen Unklarheiten ist die Entscheidung geradezu illustrativ für die Vermittlung zwischen Selbstbestimmung und faktischer Chancengleichheit, die die Diversifizierung des „Geschlechts“ in der „Dritten Option“ einfordert. (Antidiskriminierungs-)Recht kommt ohne Kategorisierung – die Qualifikation von Lebenssachverhalten als „tatbestandlich“ – nicht aus. Es hat an den Schnittstellen zwischen der höchstpersönlichen Lebensführung und demokratischer und ökonomischer Organisation zu vermitteln. Rechtsdiskurse und Identitätsdiskurse treffen in Verhandlungen um materiale Gleichheit aufeinander. Der Beschluss zur „Dritten Option“ postulierte im Jahr 2017 den Schutz des empfundenen, das heißt selbstdefinierten Geschlechts. Der Erste Senat löste damit das Geschlecht im Sinne des Art. 3 III 1 GG von ontologischen Gegebenheiten ab: eine Tendenz, die sich schon in den Entscheidungen zum Transsexuellengesetz abzeichnete³¹. Karlsruhe begründete diese Ausrichtung mit einem gesellschaftsbezogenen Geschlechtsbegriff, der auf dem aus menschenrechtlichen Diskursen bekannten Vulnerabilitätskonzept beruht. Ausschlaggebend ist hiernach eine strukturelle Diskriminierungsgefahr. Und: diese sei für Personen mit nicht-binärer Geschlechtsidentität in einer überwiegend nach binären Geschlechtsmustern agierenden Gesellschaft besonders hoch³². Wenn im Grundsatz die Selbstdefinition den Zugang zur Gruppe eröffnet, stellt das das Antidiskriminierungsrecht (ob nun in Gestalt des Binnenrechts politischer Parteien oder formaler Parlamentsgesetze bis hin zu Art. 3 GG) vor das Problem, eine gewisse Kontingenz zwischen der hervorgehobenen Gruppe und tatsächlichen Ungleichheitserfahrungen sicherzustellen. Der Fall vor dem Bundesschiedsgericht führt die Fallstricke dieser Herausforderung deutlich vor Augen. Das Urteil setzt dazu an, den Zielkonflikt zwischen Freiheit der Selbstbestimmung und Chancengleichheit durch eine Operationalisierung der Nachprüfbarkeit der subjektiven Entscheidung für die weibliche Geschlechtsidentität zu lösen. Selbstdefinition belässt dem Individuum ein Stück Freiheit, nämlich die Wahl, ob es einen Regulationsmechanismus „in Gang setzen“ möchte. Gleichzeitig ist der Zugang zu positiven Maßnahmen den tatsächlich strukturell Diskriminierungsgefährdeten vorzubehalten. Daher ergibt ein reguliertes Verfahren für einen inhaltlich selbstbe-

³¹ *Mangold/Markwald/Röhner*, Vom pathologisierenden zum selbstbestimmten Geschlechtsmodell, *zfmr* 1/2020, S. 24 (33 f.).

³² BVerfGE 147, 1 (28); einordnend *Markard*, Struktur und Teilhabe: zur gleichheitsdogmatischen Bedeutung der „dritten Option“, 2017, <https://verfassungsblog.de/struktur-und-teilhabe-zur-gleichheitsdogmatischen-bedeutung-der-dritten-option/> (8.8.2023).

stimmten Zugang zu antidiskriminierungsrechtlichen Kategorien Sinn³³: Regeln für die Freiheit im Sinne der Gleichheit.

Präventive Verfahrensordnung: Der Referentenentwurf zum Selbstbestimmungsgesetz

Es obliegt der Rechtsetzung, das verbesserte antidiskriminierungsrechtliche Steuerungspotential, das die „Dritte Option“ emittiert, auszugestalten. Notwendig ist ein Mechanismus, der die Selbstbestimmung nicht von dem Urteil eines vermeintlich „objektiven Dritten“, sondern dem verbrieften, tatsächlichen Willen der Betroffenen abhängig macht. Externe Beurteilungen verletzen das Persönlichkeitsrecht und oft auch die Intimsphäre. Betroffenenorganisationen haben die Begutachtungsprozesse, die für eine Vorlage des ärztlichen Attests zur Änderung des Geschlechtseintrags bis dato erforderlich sind, wiederholt als entwürdigend kritisiert³⁴. Das Schiedsgericht selbst erkannte das und rief in seinem Ringen um den Beurteilungsmaßstab nach einer gesetzgeberischen Lösung, die vermeide, „das innere Empfinden unzulässig auszuforschen und infrage zu stellen“³⁵. Eine solche Lösung kündigte sich im Nachgang zum Urteil mit dem Referentenentwurf zum Selbstbestimmungsgesetz in Bezug auf den Geschlechtseintrag an. Hiernach soll eine Änderungserklärung gegenüber dem Standesamt (§ 2 RefE-SBBG) in Zukunft ausreichend sein. Das federführende Ministerium reagiert somit auf die „Dritte Option“, denn es legt das Prinzip der Selbstidentifikation zugrunde, indem es den Antrag nicht wie bisher an „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ (§ 45b PersG), sondern die Geschlechtsidentität (§ 2 RefE-SBBG) anknüpft. Die Änderung ist unabhängig von der körperlichen Disposition. Das ist Sicherung durch Verfahren unter Achtung des Selbstbestimmungsrechts. Die präventive Verfahrensordnung soll, ausweislich der Gesetzesbegründung, zwischen Missbrauchsgefahren und Selbstbestimmung (§ 1 I RefE-SBBG) vermitteln³⁶. Vor einer erneuten Änderung (§ 5 RefE-SBBG) gilt daher eine Sperrfrist und die Erklärung

³³ Das ist auch gegenüber der von *Rixen* (in diesem Heft, S. 372 f.) als zulässig erachteten eingeschränkten "minimalen Kohärenzkontrolle" vorzugswürdig. Bezogen auf den Fall würde diese eine zusätzliche Belastung für Parteimitglieder darstellen, die politische Teilhabe hemmen kann. Gewiss, es geht in Parteien um die diskursive Verdichtung politischer Interessen, die Frage-Antwort-Beziehungen der Beteiligten voraussetzt. Die Geschlechtsidentität ist aber nur möglicherweise politisch, jedenfalls aber persönlichkeitskonstitutiv: Müssen Betroffene in den Nachweis unverhältnismäßig viel Energie investieren, perpetuiert das die gesellschaftliche Heteronormativität eingedenk des ständigen Ringens um die Anerkennung der eigenen Identität. Das kann abschrecken und raubt Betroffenen zudem Ressourcen für die Verfolgung ihrer eigentlichen (nicht zwingend geschlechter-)politischen Zielsetzungen.

³⁴ BT-Drs. 19/19755.

³⁵ Bundesschiedsgericht Bündnis 90/Die Grünen (Fn. 11), S. 474 (487).

³⁶ BMFSFJ/BMJ, RefE-SBBG, S. 35, <https://www.bmfsfj.de/resource/blob/224548/4d24ff0698216058eb758ada5c84bd90/entwurf-selbstbestimmungsgesetz-data.pdf>.

unterliegt einer aufgeschobenen Wirksamkeit (§ 4 RefE-SBBG). Diese Vorschriften wurden nach Veröffentlichung des Entwurfs als Paternalismus kritisiert³⁷. Sinn ergeben sie aber doch: zwar nicht als Schutz vor übereilter Entscheidung – das würde tatsächlich die mit *Outing*-Prozessen verbundenen Reflexionsleistungen verkennen – sondern als Missbrauchssicherung. Das eine solche in Bezug auf positive Maßnahmen erforderlich ist, zeigt das Urteil des Bundesschiedsgerichts. Hätte das SBBG zum Entscheidungszeitpunkt schon gegolten, hätte damit ein rechtlich belastbarer Tatbestand zur Geschlechtsidentität vorgelegen. Die Mutmaßungen zur Plausibilität der Selbstdefinition wären obsolet, denn der interpretationsoffene weite Erklärungsbegriff irrelevant gewesen, der Nachweis einer „unteilbar weiblichen Geschlechtsidentität“ vereinfacht worden. Gleichwohl: die Gefahren sozialer Sanktion, die vor Änderungen des Eintrags abschrecken können, werden mit dem RefE-SBBG nicht gebannt. Daher bedarf es eines verstärkten Diskriminierungsschutzes. Die Missbrauchsprävention im künftigen SBBG legt den Grundstein für ein darauf aufbauendes Recht positiver Maßnahmen. Dafür werden maßgeschneiderte, auf empirischen Untersuchungen fußende Lösungen erforderlich sein. Letztlich geht die unterschiedliche rechtliche Handhabung positiver Maßnahmen (vgl. §§ 6, 7 RefE-SBBG)³⁸ für Frauen und nicht-binäre Personen zwar auf die Systematik des Art. 3 GG zurück, der in Absatz 2 einen Förderauftrag für Frauen und in Absatz 3 („nur“) ein Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts vorsieht. Zurückhaltende Interpretationen dieses Diskriminierungsverbotes leuchten aber nun, da die „Dritte Option“ auf die strukturelle Vulnerabilität von nicht-binären Menschen hingewiesen hat, nicht mehr ein³⁹. Hier sind, unter Beibehaltung der positiven Maßnahmen für Frauen, spezifische Förderungen zu erwägen.

³⁷ Heß, Was lange währt wird endlich gut?, <https://verfassungsblog.de/was-lange-wahrt-wird-endlich-gut/> (8.8.2023), auch zu weitergehender beachtenswerter Kritik.

³⁸ Siehe auch die Erläuterungen zum RefE-SBBG (Fn. 33), S. 47.

³⁹ Für eine Auslegung des Art. 3 III 1 GG als Grundrecht mit nachteilsausgleichendem Gehalt: Grünberger u.a., Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2021, S. 52.