



Antidiskriminierungsstelle  
des Bundes



# Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes

Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford)  
Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL. M. (Yale)



**Nomos**



# Jenseits von männlich und weiblich – Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung im Arbeitsrecht und öffentlichen Dienstrecht des Bundes

Studie im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes

von Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford), München  
und Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL. M. (Yale), Bochum



# Über die Studie

In den Jahren 2013 und 2018 hat das deutsche Personenstandsrecht für Personen, die wegen Varianten der Geschlechtsentwicklung weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind, die Möglichkeit geschaffen, in einem Personenstandseintrag statt des männlichen oder weiblichen Geschlechts den Eintrag zum Geschlecht unbestimmt zu lassen oder den Eintrag „divers“ aufzunehmen. Die vorliegende Studie soll die Konsequenzen dieser gesetzgeberischen Entscheidung für das Arbeitsrecht und das Recht des öffentlichen Dienstes untersuchen. In beiden Rechtsgebieten spielt das Geschlecht des Menschen – vor allem auf Beschäftigtenseite – eine zentrale Rolle. Beide Rechtsgebiete folgen indessen weitgehend einem binären Geschlechtsmodell, das nur das männliche oder weibliche Geschlecht kennt. Wir wollen ausloten, welche geschlechtsbezogenen Normen nach den anerkannten Methoden der Rechtsanwendung auf Personen mit unbestimmtem oder diversem Geschlechtseintrag anwendbar sind und bei welchen Normen die Gesetzgebung Klarstellungen oder rechtspolitische Entscheidungen treffen muss. Berücksichtigen müssen wir nicht nur das deutsche Verfassungsrecht, das treibende Kraft bei der rechtlichen Anerkennung von Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung ist, sondern auch das Recht der Europäischen Union. Das Unionsrecht spielt für den Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung am Arbeitsplatz eine prägende Rolle. Demgegenüber klammern wir in unserer Studie die allgemeine Frage nach sprachlichen Anpassungen der einschlägigen Vorschriften aus; diese Frage reicht über das Arbeitsrecht und öffentliche Dienstrecht hinaus und stellt sich im Übrigen auch bereits im binären Geschlechtsmodell. Soweit das Gesetz Personen geschlechtsbezogen bezeichnet, verwenden wir aus Gründen der rechtlichen Präzision die gesetzliche Terminologie.



# Inhalt

1.	Der Weg des deutschen Rechts zum dritten Geschlecht _____	9
1.1	Vom (objektiven) Körper zur (subjektiven) Geschlechtsidentität: Das Transsexuellengesetz und das Bundesverfassungsgericht _____	9
1.2	Der Anfang vom Ende des binären Geschlechtsmodells _____	11
1.2.1	Das „unbestimmte“ Geschlecht _____	12
1.2.2	Das „diverse“ Geschlecht _____	13
1.3	Wie geht es weiter? _____	17
2.	Betroffener Personenkreis _____	19
3.	Das dritte Geschlecht als Herausforderung für eine binäre Rechtsordnung allgemein _____	21
3.1	Herausforderungen auf dem Gebiet des nationalen Rechts – Familienrecht und Verfassungsrecht als Beispiele _____	21
3.2	Herausforderungen auf dem Gebiet des Unionsrechts _____	23
3.2.1	Bedeutung des Unionsrechts im Gleichstellungsrecht _____	23
3.2.2	Der Begriff des „Geschlechts“ im Unionsrecht _____	25
4.	Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und das Recht des öffentlichen Dienstes – Überblick _____	29
5.	Diskriminierungsverbote _____	31
5.1	Relevante Normen _____	31
5.1.1	Verbot der Benachteiligung aufgrund des „Geschlechts“ _____	31
5.1.2	Gleichbehandlung von „Männern und Frauen“ _____	33
5.2	Anpassung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben _____	34
5.2.1	Anpassungserfordernis _____	34
5.2.2	Anpassungsmethoden _____	35
5.2.3	Vereinbarkeit mit Unionsrecht _____	44

5.2.4	Notwendigkeit einer geschlechtsneutralen Umformulierung der Vorschriften? _____	45
5.3	Praktische Auswirkungen und erlaubte Differenzierungen _____	46
<b>6.</b>	<b>Mutterschutz _____</b>	<b>51</b>
6.1	Relevante Normen _____	51
6.2	Anpassung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben ____	53
6.2.1	Anpassungserfordernis _____	53
6.2.2	Anpassungsmethoden _____	54
<b>7.</b>	<b>Neutrale Differenzierung _____</b>	<b>57</b>
7.1	Relevante Normen _____	57
7.2	Anpassung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben ____	59
7.2.1	Anpassungserfordernis _____	59
7.2.2	Anpassungsmethoden _____	61
<b>8.</b>	<b>Positive Maßnahmen _____</b>	<b>67</b>
8.1	Relevante Normen _____	67
8.1.1	Geschlechtsbezogene Förderregeln _____	67
8.1.2	Quotenregeln _____	70
8.2	Rechtfertigung positiver Diskriminierung im Rahmen einer binären Geschlechterordnung _____	74
8.2.1	Rechtfertigungserfordernis _____	74
8.2.2	Rechtfertigung im Rahmen des deutschen Verfassungsrechts _____	75
8.2.3	Rechtfertigung im Rahmen des Unionsrechts ____	76
8.2.4	Besonderheiten der positiven Diskriminierung im binären Geschlechtsmodell _____	77
8.3	Grundsätzliche Schwierigkeiten bei der Rechtfertigung positiver Diskriminierung im Rahmen eines nichtbinären Geschlechtsmodells _____	78
8.3.1	Wesentliche Fragestellungen _____	78
8.3.2	Reichweite des Gleichstellungsauftrags des Art. 3 Abs. 2 GG _____	79
8.3.3	Unionsrechtliche Vorgaben _____	81

8.4	Bewertung konkreter Regelungsoptionen _____	82
8.4.1	Keine Einführung positiver Fördermaßnahmen zugunsten der dritten Geschlechtsoption (Beibehaltung des rechtlichen Status quo) _____	83
8.4.2	Einführung positiver Fördermaßnahmen zugunsten der dritten Geschlechtsoption (Modell der erweiterten Differenzierung) _____	86
8.4.3	Vollständiger Verzicht auf positive geschlechtsbezogene Fördermaßnahmen (Unisex-Modell) _____	87
8.4.4	Binäres Optionsmodell _____	88
9.	Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, aber mit männlichem oder weiblichem Geschlechtseintrag _____	91
9.1	Unisex-Modell _____	91
9.2	Modell der erweiterten Differenzierung oder binäres Optionsmodell _____	92
10.	Postskriptum: Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Personen mit nichtbinärem Geschlechtsempfinden _____	95
11.	Zusammenfassung _____	97







# 1. Der Weg des deutschen Rechts zum dritten Geschlecht

Die Rechtsordnungen dieser Welt folgten traditionell einem körperbezogenen und binären Geschlechtsmodell: Soweit Normen an das Geschlecht eines Menschen anknüpfen, ging das Recht herkömmlicherweise – und sei es auch nur implizit – davon aus, dass jede natürliche Person aufgrund körperlicher Merkmale entweder dem männlichen oder dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden kann. Da das Geschlecht rechtlich in vielen Bereichen relevant ist, dokumentiert der Staat das Geschlecht meist in seinen Personenstandsregistern. So sieht etwa § 21 Abs. 1 Nr. 3 des deutschen Personenstandsgesetzes<sup>1</sup> (PStG) vor, dass im Geburtenregister das Geschlecht des Kindes einzutragen ist – ein Eintrag, der nach § 54 Abs. 1 Satz 1 PStG das Geschlecht der betreffenden Person im Rechtsverkehr widerleglich (§ 54 Abs. 3 Satz 1 PStG) beweist. Dieses traditionelle Geschlechtsverständnis des Rechts hat sich in Deutschland in den vergangenen Jahrzehnten erheblich fortentwickelt, und zwar zum einen im Hinblick auf die maßgeblichen Faktoren, welche das Geschlecht bestimmen (sogleich 1.1), sowie zum anderen im Hinblick auf die Binarität (sodann 1.2). Treibende Kraft war dabei allerdings nicht die Rechtspolitik, sondern das Verfassungsrecht und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

## 1.1 Vom (objektiven) Körper zur (subjektiven) Geschlechtsidentität: Das Transsexuellengesetz und das Bundesverfassungsgericht

Trotz der rechtlichen Relevanz des Geschlechts schweigt das Gesetz zu der Frage, aus welchen inneren oder äußeren Merkmalen der Person sich das

---

1 Personenstandsgesetz vom 19.2.2007, BGBl. 2007 I S. 122.

Geschlecht eines Menschen ergibt.<sup>2</sup> Vielmehr ging das deutsche Recht lange davon aus, dass sich das Geschlecht eines Menschen allein anhand seiner körperlichen Eigenschaften feststellen lässt. Ist das Geschlecht bereits bei der Geburt des Menschen zu bestimmen, muss die Geschlechtsidentität des Betroffenen ohnehin außer Betracht bleiben, da sie zu diesem Zeitpunkt nicht ermittelt werden kann.

Die Annahme, dass körperliche Merkmale die Geschlechtszugehörigkeit des Menschen definieren, hat das deutsche Recht im Vergleich mit anderen Rechtsordnungen bereits früh infrage gestellt. Bereits im Jahr 1978 gestand das Bundesverfassungsgericht transgeschlechtlichen Personen als Ausfluss ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) das Recht zu, die Geschlechtsangabe in ihrem Geburtseintrag zu ändern.

Das daraufhin im Jahr 1980 geschaffene Transsexuellengesetz<sup>3</sup> (TSG) ermöglicht transgeschlechtlichen Menschen ein gerichtliches Verfahren zur Änderung des Vornamens (sogenannte „kleine“ Lösung) und zur Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit (sogenannte „große“ Lösung). Allerdings war auch das Transsexuellengesetz in seiner Ursprungsfassung noch dem Gedanken verhaftet, dass körperliche Merkmale des Menschen das rechtliche Geschlecht der natürlichen Person bestimmen sollen. So knüpfte das Transsexuellengesetz die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit an körperliche Merkmale: Ursprünglich sah das Gesetz vor, dass eine Person das Geschlecht nur dann ändern durfte, wenn sie „dauernd fortpflanzungsunfähig“ war (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 TSG) und sie „sich einem ihre äußeren Geschlechtsmerkmale verändernden operativen Eingriff unterzogen hat, durch den eine deutliche Annäherung an das Erscheinungsbild des anderen Geschlechts erreicht worden ist“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 TSG). Neben diesen körperlichen Anpassungen verlangte das Transsexuellengesetz zudem, dass die Person nicht verheiratet (§ 8 Abs. 1 Nr. 2 TSG a. F.) und mindestens 25 Jahre alt war (§ 8 Abs. 1 Nr. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 3 TSG a. F.). Allerdings hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2011 das Fortpflanzungsunfähigkeits- und Operationserfordernis als verfassungswidrig eingestuft;<sup>4</sup> die anderen

---

2 Krüger, Intersexualität im Recht, StAZ 2006, 260, 262, sieht etwa das Geschlecht als ein Beispiel für die Ontologie des Rechts und damit die rechtliche Anerkennung der Intergeschlechtlichkeit als eine Frage vorrechtlicher Gegebenheiten.

3 Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen vom 10.9.1980, BGBl. 1980 I S. 1654.

4 BVerfG 11.1.2011, BVerfGE 128, 109; siehe auch BVerfG 27.10.2011, NJW 2012, 600 = FamRZ 2012, 188 = StAZ 2012, 80.

genannten Voraussetzungen hatte das Bundesverfassungsgericht bereits zuvor gekippt.<sup>5</sup> Die Voraussetzungen für eine Änderung des rechtlichen Geschlechts konzentrieren sich damit heute auf die Geschlechtsidentität des Menschen und lassen körperliche Merkmale außen vor: Die antragstellende Person muss nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 TSG darlegen, dass „sie sich 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“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 TSG). Des Weiteren muss „mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen [sein], dass sich ihr Zugehörigkeitsempfinden zum anderen Geschlecht nicht mehr ändern wird“ (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 TSG). Diese Geschlechtsidentität muss durch zwei unabhängige Sachverständigengutachten belegt werden (§ 9 Abs. 3, § 4 Abs. 3 TSG) – ein Verfahrenserfordernis, welches das Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform gebilligt hat.<sup>6</sup>

## 1.2 Der Anfang vom Ende des binären Geschlechtsmodells

Unter Druck geraten ist das klassische – körperbezogene und binäre – Geschlechtsverständnis aber auch durch die Anerkennung der Rechtsstellung intergeschlechtlicher Menschen, bei welcher die Bundesrepublik aus rechtsvergleichender Perspektive<sup>7</sup> eine Vorreiterstellung einnimmt. Zwar bestanden bereits in der Vergangenheit, in Deutschland etwa im Codex Maximilianus Bavaricus Civilis von 1756 und im preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794, besondere Regelungen für Intergeschlechtliche, die allerdings versuchten, diese Menschen in das binäre Geschlechtsmodell

---

5 BVerfG 16.3.1982, BVerfGE 60, 123 (Altersefordernis); BVerfG 27.5.2008, BVerfGE 121, 175 (Ledigkeitserfordernis). Siehe zudem zu den Voraussetzungen der „kleinen“ Lösung BVerfG 26.1.1993, BVerfGE 88, 87; BVerfG 15.8.1996, NJW 1997, 1632; BVerfG 6.12.2005, BVerfGE 115, 1.

6 BVerfG 17.10.2017, NJW 2018, 222 = FamRZ 2018, 133 = StAZ 2018, 49.

7 Siehe die Länderberichte zu Australien (Fenton-Glynn), Frankreich (Moron-Puech), Indien (Shah), Kolumbien (Rubio-Marin/Osella), Malta (Ni Mhuirthile), den Niederlanden (van den Brink), Schweden (Garland) und den Vereinigten Staaten (Greenberg) in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018.

zu pressen, und ihnen keinen eigenen Geschlechtsstatus zubilligten.<sup>8</sup> Nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) und damit das deutsche Personenrecht zum Thema der Intergeschlechtlichkeit über ein Jahrhundert hinaus geschwiegen<sup>9</sup> und auch die Bundesregierung noch im Jahr 2001 keinen Handlungsbedarf im Bereich der Intersexualität gesehen hatte,<sup>10</sup> erodierte in den vergangenen Jahren die Binarität des Geschlechtsmodells zunehmend.

### 1.2.1 Das „unbestimmte“ Geschlecht

In einem ersten Schritt wurde bereits im Jahr 2013 die Möglichkeit geschaffen, im Geburtseintrag die Angabe zum Geschlecht offen zu lassen. Hintergrund war die Sorge, dass die personenstandsrechtliche Eintragungspflichtigkeit des Geschlechts auf die nach §§ 18 ff. PStG geburtsanzeigepflichtigen Personen und Institutionen (vor allem die Eltern und Träger des Krankenhauses) Druck ausüben könnte, bei intergeschlechtlichen Kindern voreilig (operative) Maßnahmen zur Anpassung des Körpers an das weibliche oder männliche Geschlecht vorzunehmen – eine Sorge, die auch der Deutsche Ethikrat geäußert hatte.<sup>11</sup> Deshalb schuf ein Reformgesetz<sup>12</sup> einen neuen § 22 Abs. 3 PStG („Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen“), wobei die betreffende Person das Geschlecht nachträglich durch Erklärung gegenüber dem Standesamt klären konnte, § 27 Abs. 3 Nr. 4 PStG. Dieses „unbestimmte Ge-

8 Ausführlich etwa Wijffels, *Intersex: Some (legal-)historical background*, in: *The legal status of intersex persons*, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 181; siehe auch aus dem deutschsprachigen Schrifttum Schneider, *Rechtsprobleme der Transsexualität*, 1976, S. 5 ff.; Wacke, *Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen – Die Stellung von Zwittern in der Rechtsgeschichte*, in: *Festschrift für Kurt Rebmann*, 1989, S. 861; Kolbe, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht*, 2010, S. 73 ff.

9 Und auch in der Rechtswissenschaft stiefmütterlich behandelt worden war; zu den wenigen Veröffentlichungen vor den ersten Aktivitäten des deutschen Gesetzgebers gehören etwa Augstein, *Entscheidungen zur Transsexualität und Intersexualität*, StAZ 1982, 240; Koch, *Transsexualismus und Intersexualität: Rechtliche Aspekte*, MedR 1986, 172; Krüger, StAZ 2006, 260; Rothärmel, *Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität*, MedR 2006, 274; Kolbe (vorige Fn.), S. 88 ff.; Coester-Waltjen, *Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?*, JZ 2010, 852; Schmidt am Busch, *Intersexualität und staatliche Schutzpflichten bei geschlechtszuweisenden Operationen*, AöR 137 (2012), 441.

10 Siehe Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Christina Schenk und der Fraktion der PDS, BT-Drucks. 14/5627, S. 13 f.

11 Deutscher Ethikrat, *Intersexualität – Stellungnahme*, 2012, S. 177 ff.; abgedruckt auch in BT-Drucks. 17/9088.

12 Mit Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Änderung personenstandsrechtlicher Vorschriften vom 7.5.2013, BGBl. 2013 I S. 1122.

schlecht“<sup>13</sup> hatte jedoch nicht den Zweck, einen neuen Geschlechtsstatus zu schaffen. Die personenstandsrechtliche Sonderregel sollte vielmehr den Zeitdruck von Eltern und Ärzten intergeschlechtlicher Kinder nehmen.

## 1.2.2 Das „diverse“ Geschlecht

Vor diesem Hintergrund wenig überraschend lehnte es im Jahr 2016 der Bundesgerichtshof ab, aus dem damaligen § 22 Abs. 3 PStG die Möglichkeit einer positiven Geschlechtsbezeichnung (etwa „inter“ oder „divers“) in den Personenstandsregistern abzuleiten.<sup>14</sup> Auf eine Verfassungsbeschwerde gegen diese Entscheidung des Bundesgerichtshofs hin kam das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 10. Oktober 2017 von Verfassungs wegen zu einem anderen Ergebnis. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG) und das Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts (Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG) geböten bei Personen, „die sich dauerhaft weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen lassen“, die Möglichkeit eines positiven Geschlechtseintrags.<sup>15</sup> Das Gericht verpflichtete deshalb den Gesetzgeber zur Einführung eines positiven Geschlechtseintrags jenseits von „weiblich“ oder „männlich“ – jedenfalls soweit der Gesetzgeber daran festhalten möchte, dass das Geschlecht personenstandsrechtlich zu beurkunden ist und das Personenstandsrecht nicht einem Unisex-Modell (hierzu unten 7.2.2) folgt.<sup>16</sup>

- 
- 13 Dieser Begriff taucht, soweit ersichtlich, zum ersten Mal bei Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180, auf; siehe näher zu der Neuregelung auch Bockstette, Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz, StAZ 2013, 169, 171 ff.; Theilen, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, 1; Helms, Personenstandsrechtliche und familienrechtliche Aspekte der Intersexualität vor dem Hintergrund des neuen § 22 Abs. 3 PStG, in: Festschrift für Gerd Bruder Müller, 2014, S. 301; ders., The 2013 German Law: Analysis and criticism, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 369; Lettrari, Aktuelle Aspekte der Rechtslage zur Intersexualität, 2015, S. 13 ff.; Althoff, Gender diversity in law: The German perspective, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 393; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 3. Aufl. 2019, Rn. IV-225 ff.; zu grenzüberschreitenden Fällen Gössl, Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht, StAZ 2013, 301.
- 14 BGH 22.6.2016, NJW 2016, 2885 = FamRZ 2016, 1580 = StAZ 2016, 269; siehe auch bereits LG München I 30.6.2003, StAZ 2003, 303 = FamRZ 2004, 269, das die Eintragung der Geschlechtsbezeichnungen „Zwitter“, „Hermaphrodit“, „intersexuell“ oder „intrasexuell“ ablehnte.
- 15 BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1; anders noch Dutta/Helms, Geschlechtseintrag „inter/divers“ im Geburtenregister?, StAZ 2017, 98.
- 16 Zu den Optionen des Gesetzgebers Gössl, Die Anwendung des § 22 Abs. 3 PStG auf intersexuelle Personen – Rechtsvergleichender Hintergrund, Auslegung und Reformperspektiven, StAZ 2018, 40; Rädler, Das dritte Geschlecht, 2019, S. 219 ff.; Wapler, „Drittes Geschlecht“ muss personenstandsrechtlich anerkannt werden, jM 2018, 115.

Wie begründen die Richterinnen und Richter des Ersten Senats diese folgenreiche Entscheidung? Das Bundesverfassungsgericht betont vor allem unter Rückgriff auf seine Rechtsprechung zum Transsexuellengesetz (oben 1.1), dass die „geschlechtliche Identität des Menschen“ Teil seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei (Rn. 37 ff. des Beschlusses), und zwar „auch die geschlechtliche Identität jener Personen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind“ (Rn. 40). Allerdings sei das Persönlichkeitsrecht nur bei Überschreitung einer gewissen Erheblichkeitsschwelle verletzt (Rn. 38 am Ende); diese Schwelle sei bei einer Verweigerung eines positiven Geschlechtseintrags im Personenstandsregister erreicht (Rn. 44 ff.). Auch hebt das Bundesverfassungsgericht mehrfach hervor, dass sich ein Grundrechtseingriff bei Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung erübrigen würde, wenn das Gesetz geschlechtsbezogene Differenzierungen insgesamt unterließe (vgl. Rn. 46, 48, 52). Ferner attestiert das Bundesverfassungsgericht einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot: Intergeschlechtlichen Menschen werde ein ihrem Geschlecht gemäßer Eintrag im Personenstandsregister verwehrt (Rn. 57), anders als Männern und Frauen. Die Karlsruher Richterinnen und Richter kommen schließlich zu dem Ergebnis, dass der Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht und die Benachteiligung wegen des Geschlechts (vgl. Rn. 64) nicht gerechtfertigt werden können: Das Grundgesetz selbst gebe trotz Art. 3 Abs. 2 GG (dazu noch sogleich 3.1) rechtlich keine Binarität des Geschlechts vor (Rn. 50) und der Status Dritter – vor allem von Männern und Frauen – werde durch einen positiven Geschlechtseintrag nicht beeinträchtigt (Rn. 51). Auch reicht ein etwaiger bürokratischer oder finanzieller Aufwand, der mit der Möglichkeit eines positiven Geschlechtseintrags einhergehen würde, als Rechtfertigung nicht aus (Rn. 52). Schließlich seien Ordnungsinteressen des Staates nicht berührt, vor allem weil sich die Herausforderungen für ein binäres System bereits unter dem bisherigen Recht bei Personen mit unbestimmtem Geschlecht stellen (Rn. 54).

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die mit einer Mehrheit von sieben Stimmen bei einer Gegenstimme erging, ist rechtsvergleichend keine Ausnahmeerscheinung mehr: Mittlerweile haben etwa die Verfassungsgerichtshöfe in Österreich<sup>17</sup> und Belgien<sup>18</sup> ähnlich entschieden und

---

17 Österr. VfGH 15.6.2018, FamRZ 2018, 1437, wobei der Verfassungsgerichtshof das österreichische Personenstandsrecht verfassungskonform auslegt.

18 Belg. Cour constitutionnelle 19.6.2019 – Nr. 99/2019; zu dieser Entscheidung Pintens, Entwicklungen im belgischen Personen- und Familienrecht 2018–2019, FamRZ 2019, 1488 f.



die Möglichkeit eines positiven Geschlechtseintrags für intergeschlechtliche Menschen eingefordert.

Die deutsche Rechtspolitik hatte sich zwar losgelöst von den gerichtlichen Entscheidungen seit dem Jahr 2014 mit der Rechtsstellung trans- und intergeschlechtlicher Menschen beschäftigt.<sup>19</sup> Dennoch fiel den gesetzgebenden Organen die Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Vorgaben offenbar schwer und erfolgte erst kurz vor Ablauf der vom Bundesverfassungsgericht gesetzten Frist.<sup>20</sup>

Ein neu gefasster § 22 Abs. 3 PStG sieht nunmehr vor, dass der Geburtseintrag bei Kindern, die weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden können, nicht nur das Geschlecht weglassen, sondern auch den Eintrag „männlich“, „weiblich“ oder „divers“ enthalten kann („Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so kann der Personenstandsfall auch ohne eine solche Angabe oder mit der Angabe ‚divers‘ in das Geburtenregister eingetragen werden“). Während nach der alten Fassung des § 22 Abs. 3 PStG mithin bei Kindern, die nach ihren körperlichen Merkmalen weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugewiesen werden konnten, das Datenfeld für die Geschlechtsangabe leer blieb, und zwar auch gegen den Willen der Eltern,<sup>21</sup> besteht nun ein Wahlrecht.<sup>22</sup> Die Wahl zwischen den Optionen steht den Inhabern der elterlichen Sorge als Ausfluss ihrer Personensorge zu.<sup>23</sup>

Hinzu gekommen ist ein neuer § 45b PStG, wonach „Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung“ ihren Geschlechtseintrag und Vornamen

---

19 Siehe zu den Arbeiten einer interministeriellen Arbeitsgruppe Meyer, *The German inter-ministerial working group on inter- and transsexuality*, in: *The legal status of intersex persons*, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 383.

20 Mit dem Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 18.12.2018, BGBl. 2018 I S. 2635; zu dem Gesetz ausführlich Berndt-Benecke, *Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben*, StAZ 2019, 65; Bruns, *Das „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“*, StAZ 2019, 97; Reuß, *Der Abschied von der Binarität – Einige Perspektiven zur Einführung eines dritten Geschlechts in Deutschland*, StAZ 2019, 42; Sieberichs, *Die diversen Geschlechter*, FamRZ 2019, 329.

21 Bockstette, StAZ 2013, 169, 172.

22 Berndt-Benecke, StAZ 2019, 65, 69; Bruns, StAZ 2019, 97.

23 Sieberichs, FamRZ 2019, 329, 330, spricht vom „gesetzlichen Vertreter“ des Kindes, der entscheiden soll; besser sollte man die Befugnis, das Geschlecht nach § 22 Abs. 3 PStG festzulegen, wie die Vornamensgebung als Akt der Personensorge ansehen; so auch Bruns, StAZ 2019, 97 f.; zu den Konsequenzen dieser Unterscheidung etwa in Fällen einer Vormundschaft näher Hepting/Dutta (oben Fn. 13), Rn. IV-338 ff.

durch Erklärung gegenüber dem Standesamt ändern können. Die Varianten der Geschlechtsentwicklung sind grundsätzlich durch ärztliche Bescheinigung nachzuweisen, die allerdings keine genaue Diagnose enthalten muss. Die Neuregelung wirft in der Praxis nicht unerhebliche Fragen auf, wie auch ein Rundschreiben des Bundesinnenministeriums demonstriert, das einige Auslegungsfragen klären möchte.<sup>24</sup> So wird insbesondere aus dem Gesetzeswortlaut nicht klar, welche Anforderungen genau an eine „Variante der Geschlechtsentwicklung“ und ihren Nachweis zu stellen sind. Folgende Fragen sind derzeit etwa offen:

- Können transgeschlechtliche Personen anstelle des aufwendigen gerichtlichen Verfahrens nach dem Transsexuellengesetz (oben 1.1) ihre Geschlechtsangabe einfach durch Erklärung beim Standesamt ändern? Dies haben mittlerweile die ersten Gerichtsentscheidungen zur neuen Vorschrift verneint und den Tatbestand des § 45b PStG auf solche Personen beschränkt, denen die gerichtliche Vornamensänderung und Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit nach dem Transsexuellengesetz nicht offenstehen.<sup>25</sup>
- Hat der Gesetzgeber die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts richtig umgesetzt? Insbesondere: Haben auch Personen, die körperlich eindeutig einem der binären Geschlechter zugeordnet werden können, aber sich nach ihrer selbst empfundenen Geschlechtsidentität weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlen, einen Anspruch auf den neuen Status des unbestimmten oder diversen Geschlechts? Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat kürzlich § 45b PStG im Wege der verfassungskonformen Auslegung auch auf intergeschlechtliche Personen ausgedehnt, die körperlich keine Varianten der

---

24 Rundschreiben des Bundesministeriums des Innern, für Bau und Heimat vom 10.4.2019 – VII1-20103/27#17; Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Rundschreibens äußert ein vom Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gefördertes Rechtsgutachten, siehe Mangold/Markwald/Röhner, Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, 2019.

25 AG Wuppertal 18.6.2018, StAZ 2019, 308; OLG Nürnberg 3.9.2019, FamRZ 2019, 1948 = StAZ 2019, 374; so auch das Rundschreiben des Bundesinnenministeriums (vorige Fn.), S. 2, sowie die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Abgeordneten Jens Brandenburg, Katja Suding, Grigorios Aggelidis u. a., BT-Drucks. 19/17050, S. 1; anders Bruns, StAZ 2019, 97, 100: § 45b PStG steht auch transgeschlechtlichen Personen offen.

Geschlechtsentwicklung aufweisen.<sup>26</sup> Damit setzt sich das Gericht in Widerspruch zur Gesetzesbegründung: Der Regierungsentwurf wollte Varianten der Geschlechtsentwicklung nur bei Menschen bejahen, „bei denen die Geschlechtschromosomen, das Genitale oder die Gonaden inkongruent sind“.<sup>27</sup> Es ist davon auszugehen, dass diese Frage langfristig wieder das Bundesverfassungsgericht entscheiden muss.

Unklar sind auch die Anforderungen an das ärztliche Attest: Reicht eine Bescheinigung eines Augenarztes, einer Zahnärztin oder eines Psychologen aus? Das Rundschreiben des Bundesinnenministeriums fordert hier in erster Linie ein Attest eines der „einschlägigen Fachärzte“;<sup>28</sup> was sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut des § 45b Abs. 3 Satz 1 PStG ergibt („durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung ist nachzuweisen, dass [...]“).

### 1.3 Wie geht es weiter?

Der derzeitige Rechtszustand ist unbefriedigend. So überzeugen die unterschiedlichen Anforderungen an eine Geschlechtsanerkennung und Vornamensänderung bei intergeschlechtlichen und transgeschlechtlichen Menschen nicht. Die Voraussetzungen und Verfahren zur Änderung des Geburtseintrags sollten gleichlaufen, wobei es naheliegt, die materiell- und verfahrensrechtlichen Hürden des ohnehin bereits vom Bundesverfassungsgericht durchlöchernten Transsexuellengesetzes auf eine personenstandsrechtliche Lösung zurückzubauen. Auch die Rechtspolitik hat den Handlungsbedarf erkannt. Ein aktueller Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums und des Bundesinnenministeriums zur Neuregelung der Änderung des Geschlechtseintrags<sup>29</sup> sieht eine Integration der Regeln

26 OLG Düsseldorf 11.6.2019, FamRZ 2019, 1663 = StAZ 2020, 112; vgl. auch AG Münster 16.12.2019, FamRZ 2020, 626, 627; so auch Bruns, StAZ 2019, 97, 100; ähnlich Sieberichs, FamRZ 2019, 329, 331 ff., der diese Fälle über § 48 PStG oder eine analoge Anwendung des TSG lösen möchte; siehe auch Reuß, StAZ 2019, 42, 43, 45; anders Rundschreiben des Bundesinnenministeriums (oben Fn. 24), S. 1 f.; vgl. auch bereits zum alten Recht OLG Celle 11.5.2017, StAZ 2018, 121.

27 Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben vom 1.10.2018, BT-Drucks. 19/4669, S. 7.

28 Rundschreiben des Bundesinnenministeriums (oben Fn. 24), S. 2; nach Berndt-Benecke, StAZ 2019, 65, 70, muss der ausstellende Arzt „aufgrund seiner Ausbildung und seiner beruflichen Erfahrung in der Lage“ sein, „die Diagnose ‚Variante der Geschlechtsentwicklung‘ zu stellen“; anders AG Münster 16.12.2019, FamRZ 2020, 626, 627 f.

29 Vom 8.5.2019, abrufbar unter [www.famrz.de/files/Media/dokumente/pdfs/referentenentwurf-tsg-reform-2019.pdf](http://www.famrz.de/files/Media/dokumente/pdfs/referentenentwurf-tsg-reform-2019.pdf).

über inter- und transgeschlechtliche Personen in das Personenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs vor. Dort gehört die Materie aus systematischer Sicht auch hin, da das Personenstandsrecht als dem materiellen Recht dienendes Verfahrens- und Registerrecht nicht der Ort für die Regelung von Statusfragen sein sollte.<sup>30</sup> Im Einzelnen ist der Referentenentwurf indessen zu kritisieren, weil er die Unterscheidung zwischen inter- und transgeschlechtlichen Personen beibehält. Dennoch ist der Entwurf ein Schritt in die richtige Richtung.

---

30 Zutreffend bereits Bockstette, StAZ 2013, 169, 172, wonach das Personenstandsrecht „Spiegel des Familienrechts“ ist; anders Röthel, Autonomie im Familienrecht der Gegenwart, JZ 2017, 116, 122, die dem Personenstandsrecht – also einem bloßen Registerverfahrensrecht – in diesem Zusammenhang geradezu gesellschaftsbildende Funktionen zuweist: Der positive Geschlechtseintrag sei eine „personenstandsrechtliche Anerkennung der für sich empfundenen und gewünschten Geschlechtlichkeit. Intersexualität wird negiert oder zum Übergangsphänomen ausgewiesen. Dadurch wird intersexuellen Personen nicht nur die Chance genommen, mit den Mitteln des Rechts unpassende Fremdbilder abzuschwächen; vielmehr werden die bestehenden gesellschaftlichen Stereotype einer rigiden geschlechtlichen Binarität noch weiter verstärkt“.





### 3. Das dritte Geschlecht als Herausforderung für eine binäre Rechtsordnung allgemein

Die personen- und personenstandsrechtlichen Entwicklungen der vergangenen Jahre stellen Rechtsordnungen, die grundsätzlich einem binären Geschlechtsmodell folgen, auch jenseits des Arbeitsrechts und des Rechts des öffentlichen Dienstes vor Herausforderungen. Vor allem stellt sich die Frage, welche Position Personen mit personenstandsrechtlich unbestimmtem oder diversem Geschlecht einnehmen.

#### 3.1 Herausforderungen auf dem Gebiet des nationalen Rechts – Familienrecht und Verfassungsrecht als Beispiele

So kann im deutschen Familienrecht etwa nach § 1591 BGB Mutter eines Kindes nur eine „Frau“ sein und nach § 1592 BGB Vater nur ein „Mann“. Eine Ehe kann nach § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zwischen „zwei Personen verschiedenen oder gleichen Geschlechts“ geschlossen werden; bei unbeeifangener Lektüre des Gesetzes könnte diese Formulierung die Eheschließung einer Person mit offenem Geschlechtseintrag ausschließen. Auch im Namensrecht spielt das Geschlecht der Person eine Rolle. Zwar ist die Erteilung des Vornamens des Kindes gesetzlich nicht geregelt. Es ist aber anerkannt, dass nunmehr allein das Kindeswohl der Vornamenswahl eine Grenze zieht.<sup>36</sup> Der Name muss deshalb das Geschlecht des Kindes nicht erkennen lassen; der Grundsatz der Geschlechtsoffenkundigkeit gilt nicht mehr.<sup>37</sup> Dennoch wäre ein geschlechtswidriger Name kindeswohlwidrig,

---

36 BVerfG 30.1.2002, BVerfGE 104, 373; BVerfG 3.11.2005, FamRZ 2005, 2049 = StAZ 2006, 50.

37 BVerfG 5.12.2008, FamRZ 2009, 294 = StAZ 2009, 76, Rn. 17.

wenn der gewählte Name dem Kind eine Identifikation mit seinem Geschlecht unmöglich macht.<sup>38</sup>

Diese geschlechtsbezogenen Normen des Familienrechts lassen sich indes mithilfe der herkömmlichen Methoden der Rechtsanwendung auch auf Personen mit unbestimmtem oder diversem Geschlecht sinnvoll anwenden.<sup>39</sup> So ist etwa anerkannt, dass § 1353 Abs. 1 Satz 1 BGB die Ehe nicht von der Zugehörigkeit zu einem männlichen oder weiblichen Geschlecht abhängig macht, was mittlerweile für das internationale Privatrecht auch Art. 17b Abs. 4 Satz 1 EGBGB klarstellt, der eine Sonderanknüpfung für Ehen vorsieht, bei denen „die Ehegatten demselben Geschlecht an[gehören] oder [...] zumindest ein Ehegatte weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht an[gehört]“. Auch kann im Rahmen einer funktionalen Betrachtung ein Mensch mit unbestimmtem oder diversem Geschlecht Vater oder Mutter eines Kindes sein, je nachdem, welchen abstammungsrechtlichen Tatbestand die betreffende Person erfüllt.<sup>40</sup> Ebenso können Kindern, die nicht dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugewiesen werden können, Namen erteilt werden, mit denen sich das jeweilige Kind später auch im Hinblick auf sein Geschlecht identifizieren kann.

Allerdings bedeutet die rechtliche Anknüpfung an das männliche oder weibliche Geschlecht nicht immer, dass auch Personen mit unbestimmtem oder diversem Geschlecht erfasst sind. So hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur dritten Geschlechtsoption (oben 1.2.2) den Geschlechtsbegriff bei den besonderen Benachteiligungsverboten nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG weit ausgelegt und auch zugunsten von Personen mit unbestimmtem oder diversem Geschlecht geöffnet.<sup>41</sup> Allerdings deutet das Bundesverfassungsgericht an,<sup>42</sup> dass das Gleichberechtigungsgebot nach Art. 3 Abs. 2 GG nur zugunsten der binären Geschlechter wirkt.<sup>43</sup> Diese Differenzierung hat große Bedeutung auch im Arbeitsrecht und im öffentlichen Dienstrecht, soweit dort einzelne Normen positiv diskriminieren und nur über das Gleichberechtigungsgebot gerechtfertigt werden können (siehe unten 8.1 und 8.2).

38 BVerfG 5.12.2008, FamRZ 2009, 294 = StAZ 2009, 76, Rn. 17.

39 Siehe beispielsweise Hepting/Dutta (oben Fn. 13), Rn. IV-229.

40 Vgl. auch die Begründung des Diskussionsteilentwurfs des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 13.3.2019 für ein Gesetz zur Reform des Abstammungsrechts, S. 60.

41 BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 59.

42 Vgl. BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 50, 60.

43 So auch die Interpretation etwa bei Kischel, in: Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 41. Edition 2019, Art. 3 GG Rn. 183, und Rädler (oben Fn. 16), S. 72.



## 3.2 Herausforderungen auf dem Gebiet des Unionsrechts

Schwierige allgemeine Fragen wirft das dritte Geschlecht auch im Unionsrecht auf, das für unsere Fragestellung besonders relevant ist.

### 3.2.1 Bedeutung des Unionsrechts im Gleichstellungsrecht

Der Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung im Arbeitsleben hat im Recht der Europäischen Union eine lange Tradition. Schon der im Jahr 1957 in Rom unterzeichnete Gründungsvertrag der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG-V) enthielt in seinem Art. 119 das Gebot der Entgeltgleichheit für Männer und Frauen.<sup>44</sup> Die Bestimmung, die in Art. 157 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) überführt wurde, stellt gleichsam den Nukleus dar, aus dem heraus nach und nach die soziale Dimension des Unionsrechts entstanden ist, die inzwischen ein umfangreiches Korpus arbeits- und antidiskriminierungsrechtlicher Normen umfasst.<sup>45</sup> Das Diskriminierungsverbot des Art. 119 EWG-V wurde später in verschiedenen Richtlinien konkretisiert und über das Arbeitsentgelt hinaus auch auf andere Aspekte des Arbeitsverhältnisses erstreckt.<sup>46</sup> Aktuell legt die Richtlinie 2006/54/EG die maßgebenden Regelungen „zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und

---

44 Zum Grundrechtscharakter dieser Norm EuGH 15.6.1978, Rs. 149/77 (Gabrielle Defrenne ./ Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena), Slg. 1978, 1365, Rn. 26/29.

45 Barnard, EU Employment Law, 4. Aufl. 2012, S. 253, beschreibt die Bedeutung des Art. 119 EWG-V wie folgt: „The quest for equality – and in particular sex equality – has been the central and most highly developed pillar of the European Union’s social policy. It lies at the core of the European social model and it has served as a catalyst for change in the Member States“.

46 Siehe insbesondere Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10.2.1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. 1975 L 45/19; Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976 L 39/40; Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2002 L 269/15.

Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen“ fest.<sup>47</sup>

Für die vorliegende Untersuchung ist die unionsrechtliche Überwölbung des Verbots der Geschlechtsdiskriminierung im Arbeitsleben in zweifacher Hinsicht von Bedeutung.

Zum einen müssen die autonomen nationalen Regelungen zum Diskriminierungsschutz intergeschlechtlicher Beschäftigter am Arbeitsplatz mit dem europäischen Antidiskriminierungsrecht vereinbar sein. Dieses Erfordernis gilt auch insoweit, als die nationalen Schutzregelungen zugunsten der Beschäftigten mit Varianten der Geschlechtsentwicklung auf verfassungsrechtliche Vorgaben wie den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts nach Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG oder das spezielle Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG gestützt werden. Nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs geht nämlich das Unionsrecht – gleich ob Primär- oder Sekundärrecht – dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten einschließlich des autonomen Verfassungsrechts vor.<sup>48</sup> Wie groß der Einfluss des Unionsrechts auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in Gleichstellungsfragen ist, zeigte sich hierzulande vor allem im Kontext geschlechtsspezifischer Quotenregelungen beim Zugang zum öffentlichen Dienst. Deren Zulässigkeit wurde in der Vergangenheit vor allem am Maßstab des europäischen Antidiskriminierungsrechts und weniger auf der Grundlage des autonomen Art. 3 Abs. 2 GG beurteilt.<sup>49</sup> Das Bundesverfassungsgericht trägt dem unionsrechtlichen Einfluss auf diesem Gebiet dadurch Rechnung, dass es in seiner Judikatur zum Gleichstellungsrecht

47 Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204/23.

48 Dies ist ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs, siehe EuGH 15.7.1964, Rs. 6/64 (Flaminio Costa ./ E.N.E.L.), Slg. 1964, 1253, 1269 f.; EuGH 17.12.1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft mbH ./ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel), Slg. 1970, 1125, Rn. 3; EuGH 9.3.1978, Rs. 106/77 (Staatliche Finanzverwaltung ./ S.p.A. Simmenthal), Slg. 1978, 629, Rn. 17 f.; ebenso im Grundsatz die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. BVerfG 21.6.2016, BVerfGE 142, 123 Rn. 118; BVerfG 6.7.2010, BVerfGE 126, 286 (in C I 1 b); vgl. speziell zum Vorrang des europäischen Antidiskriminierungsrechts vor dem deutschen Verfassungsrecht BAG 20.2.2019, NZA 2019, 901, Rn. 45 ff.; BAG 30.1.2019, NZA 2019, 693, Rn. 101.

49 Richtungsweisend insoweit EuGH 17.10.1995, Rs. C-450/93 (Eckhard Kalanke ./ Freie Hansestadt Bremen), Slg. 1995, I-3051; EuGH 11.11.1997, Rs. C-409/95 (Hellmut Marschall ./ Land Nordrhein-Westfalen), Slg. 1997, I-6363; EuGH 28.3.2000, Rs. C-158/97 (Georg Badeck u. a.), Slg. 2000, I-1875.

um eine „inhaltliche Konvergenz“<sup>50</sup> mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bemüht ist. Auch in seiner Entscheidung zur dritten Geschlechtsoption hat sich das Bundesverfassungsgericht auf den Gerichtshof bezogen und seine weite Interpretation des Geschlechtsbegriffs in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG unter anderem darauf gestützt, dass der Gerichtshof ebenfalls dazu neigt, den Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung weit zu fassen.<sup>51</sup>

Zum Zweiten ergibt sich aus der unionsrechtlichen Regulierung der Gleichbehandlung im Bereich der Beschäftigung durch die Richtlinie 2006/54/EG, dass auf diesem Feld der Anwendungsbereich der EU-Grundrechtecharta (GRC) eröffnet ist. Gemäß Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC sind die Mitgliedstaaten „bei der Durchführung des Rechts der Union“ an die Charta gebunden. Der Gerichtshof der Europäischen Union interpretiert diese Bestimmung dahin gehend, dass die Grundrechtsbindung der Mitgliedstaaten „in allen unionsrechtlich geregelten Fallgestaltungen“ besteht.<sup>52</sup> Das autonome deutsche Recht zum Schutz von Beschäftigten mit Varianten der Geschlechtsentwicklung am Arbeitsplatz muss damit nicht nur mit der Richtlinie 2006/54/EG und mit Art. 157 AEUV vereinbar sein. Es muss zusätzlich die Gleichheitsgebote der Art. 21 und 23 GRC achten.

### 3.2.2 Der Begriff des „Geschlechts“ im Unionsrecht

Für die Zwecke der vorliegenden Studie ist vor allem die Frage entscheidend, wie der Begriff des „Geschlechts“ im Unionsrecht zu verstehen ist und ob er insbesondere Geschlechtskategorien jenseits von männlich und weiblich erfassen kann. Zwar musste sich der Gerichtshof der Europäischen Union bereits mit dem unionalen Geschlechtsbegriff im Zusammenhang mit transgeschlechtlichen Personen beschäftigen und kam hier zu dem Ergebnis, dass diese nicht aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert werden dürfen.<sup>53</sup> Inwieweit der Geschlechtsbegriff aber auch Menschen

50 Nußberger, in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 3 GG Rn. 268; Langenfeld, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, 74. Lfg. (Mai 2015), Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 9.

51 BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 63.

52 EuGH 26.2.2013, C-617/10 (Åklagaren ./ Hans Åkerberg Fransson), NJW 2013, 1415, Rn. 19; EuGH 30.4.2014, Rs. C-390/12 (Robert Pflieger u. a.), EuZW 2014, 597, Rn. 33.

53 EuGH 30.4.1996, Rs. C-13/94 (P. ./ S. und Cornwall County Council), Slg. 1996, I-2143; EuGH 7.1.2004, Rs. 117/01 (K. B. ./ National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health), Slg. 2004, I-568; EuGH 27.4.2006, Rs. C-423/04 (Sarah Margaret Richards ./ Secretary of State for Work and Pensions), Slg. 2006, I-3585. Die Richtlinie 2006/54/EG stellt nunmehr in Anknüpfung an diese Rechtsprechung in ihrem dritten Erwägungsgrund klar, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen „auch für Diskriminierungen aufgrund einer Geschlechtsumwandlung“ gilt.

mit unbestimmtem, diversem oder einem sonstigen nach mitgliedstaatlichem Recht erworbenen Geschlecht jenseits von männlich und weiblich erfasst, hat der Gerichtshof, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden, wengleich ein Generalanwalt andeutet, dass das Unionsrecht das Geschlecht auch jenseits des binären Systems anerkennt.<sup>54</sup>

Welche Antworten des Unionsrechts sind denkbar? Wenig wahrscheinlich dürfte sein, dass der unionale Geschlechtsbegriff streng binär ist und nur Männer und Frauen erfasst. Auch dürfte das Unionsrecht die Mitgliedstaaten nicht zur personenstandsrechtlichen Anerkennung eines dritten Geschlechts verpflichten. Allerdings wird das Unionsrecht es den Mitgliedstaaten nicht vollkommen freistellen, ob sie für Zwecke des Unionsrechts ein nach mitgliedstaatlichem Recht erworbenes drittes Geschlecht als rechtliches Geschlecht anerkennen. Zwar hat die Unionsgesetzgebung in der Vergangenheit vor allem im Hinblick auf die gleichgeschlechtliche Ehe die Definition des ehelichen Personenstands ausdrücklich dem Recht der Mitgliedstaaten überlassen, etwa in der Ehegüterrechtsverordnung<sup>55</sup> oder einer der Antidiskriminierungsrichtlinien<sup>56</sup>. Gegen ein solches Schweigen des Unionsrechts spricht aber das Erfordernis einer autonomen Auslegung der unionsrechtlichen Regeln, die gerade ohne Rückgriff auf das mitglied-

54 Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Tesauro vom 14.12.1995 in Rs. C-13/94 (P. / S. und Cornwall County Council), Slg. 1996, I-2143, Rn. 17: „Ich beginne mit dem Hinweis auf die in medizinisch-wissenschaftlichen Kreisen immer stärker vertretene Auffassung, daß man über die traditionelle Einteilung hinausgehen und anerkennen müsse, daß es jenseits der Dichotomie Mann/Frau eine ganze Reihe von Merkmalen, Verhaltensweisen und Rollen gibt, die bei Männern wie bei Frauen anzutreffen sind, so daß das Geschlecht eher als ein Kontinuum angesehen werden sollte. Unter diesem Gesichtspunkt liegt es auf der Hand, daß es nicht richtig wäre, weiterhin ausschließlich diejenigen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts zu ahnden, die sich auf Männer und Frauen im traditionellen Sinne der Begriffe beziehen, und diejenigen nicht zu schützen, die gerade wegen ihres Geschlechts und/oder ihrer geschlechtlichen Identität ebenfalls schlechter behandelt werden. [...] Nach alledem halte ich jedenfalls die Ansicht für überholt, daß das Recht eine Frau berücksichtigt und schützt, die gegenüber einem Mann diskriminiert wird, und umgekehrt, diesen Schutz aber demjenigen versagt, der, wieder aufgrund des Geschlechts, ebenfalls diskriminiert wird, und zwar nur deshalb, weil er außerhalb der traditionellen Einteilung Mann/Frau steht“.

55 Siehe Erwägungsgrund Nr. 17 zur Verordnung (EU) 2016/1103 vom 24.7.2016 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABl. 2016 L 183/1: „Der Begriff ‚Ehe‘, der sich nach dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten bestimmt, wird in dieser Verordnung nicht definiert.“

56 Siehe Erwägungsgrund Nr. 22 zur Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16: „Diese Richtlinie lässt die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften über den Familienstand und davon abhängige Leistungen unberührt.“

staatliche Recht erfolgen soll;<sup>57</sup> hiervon wird das Unionsrecht nur abweichen, wenn das betreffende unionsrechtliche Instrument dies – wie in den beiden erwähnten Rechtsakten geschehen – ausdrücklich anordnet.

Jedenfalls aber dürfte der unionsrechtliche Begriff des „Geschlechts“ auch einen dritten Geschlechtsstatus umfassen, den eine Person nach dem Recht eines Mitgliedstaats erworben hat. So hat der Gerichtshof in der Rechtsache Coman entschieden, dass der Begriff der Ehe im Unionsrecht auch eine in einem Mitgliedstaat geschlossene gleichgeschlechtliche Ehe umfasst, obwohl dieser Status nicht in allen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anerkannt wird.<sup>58</sup> Auch könnten die Personenfreizügigkeit nach Art. 21 Abs. 1 AEUV und das Diskriminierungsverbot nach Art. 18 AEUV bedeutsam sein. Der Gerichtshof hat aus diesen Normen in der Vergangenheit eine Pflicht der Mitgliedstaaten abgeleitet, einen in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Namen – ebenfalls in den meisten Mitgliedstaaten ein personenstandsrechtliches Element – anzuerkennen.<sup>59</sup> Dieses unionsrechtliche Anerkennungsgebot dürfte auch für einen dritten Geschlechtsstatus gelten.<sup>60</sup>

---

57 Zum Erfordernis der autonomen Auslegung des europäischen Arbeitsrechts EuGH 3.7.1986, Rs. 66/85 (Deborah Lawrie-Blum ./ Land Baden-Württemberg), Slg. 1986, 2121, Rn. 16 (im Zusammenhang mit dem Arbeitnehmerbegriff).

58 EuGH 5.6.2018, Rs. C-673/16 (Relu Adrian Coman u. a. ./ Inspectoratul General pentru Imigrări und Ministerul Afacerilor Interne), FamRZ 2018, 1063.

59 Vor allem in EuGH 2.10.2003, Rs. C-148/02 (Carlos Garcia Avello ./ Belgischer Staat), Slg. 2003, I-11613; EuGH 14.10.2008, Rs. C-353/06 (Stefan Grunkin und Regina Paul), Slg. 2008, I-7639 = FamRZ 2008, 2089; EuGH 22.12.2010, Rs. C-208/09 (Ilonka Sayn-Wittgenstein ./ Landeshauptmann von Wien), Slg. 2010, I-13693 = FamRZ 2011, 1486.

60 Dutta/Pintens, Private international law aspects of intersex, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 415, 425.



## 4. Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und das Recht des öffentlichen Dienstes – Überblick

Im Folgenden ist zu untersuchen, wie sich die Anerkennung der dritten Geschlechtsoption auf das Arbeitsrecht und das öffentliche Dienstrecht des Bundes auswirkt. Dazu sind sämtliche Vorschriften in den Blick zu nehmen, die an das Geschlecht schlechthin oder an ein bestimmtes Geschlecht als Tatbestandsmerkmal anknüpfen. Zu fragen ist, ob und gegebenenfalls wie diese Regelungen im Rahmen der Rechtsanwendung oder durch gesetzgeberische Korrektur anzupassen sind, um der Erweiterung des rechtlichen Geschlechtsbegriffs Rechnung zu tragen und den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz von Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung zu verwirklichen.

Die geschlechtsbezogenen Regelungen des Arbeitsrechts und des öffentlichen Dienstrechts lassen sich im Einzelnen vier Kategorien zuordnen:

### 1. Diskriminierungsverbote:

Hierunter fallen die Vorschriften, die Differenzierungen wegen des Geschlechts untersagen. Paradigmatisch ist § 7 in Verbindung mit § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes<sup>61</sup> (AGG), der unter anderem die Benachteiligung wegen des Geschlechts verbietet. Charakteristisch für diese Normen ist, dass sie auf die formale Gleichbehandlung der Geschlechter abzielen.

### 2. Mutterschutzregelungen:

Hierzu zählen die Schutzvorschriften zugunsten von Müttern vor und unmittelbar nach der Entbindung sowie während der Stillphase.

### 3. Neutrale gesetzliche Differenzierungen:

Diese Kategorie umfasst Normen, die zwischen Männern und Frauen differenzieren, mit dieser Ungleichbehandlung jedoch – anders als die noch zu

---

61 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14.8.2006, BGBl. 2016 I S. 1897.

erwährende vierte Kategorie – keine Begünstigung eines bestimmten Geschlechts bezwecken.

#### 4. Positive Diskriminierungsmaßnahmen:

Damit sind Vorschriften gemeint, die auf der Grundlage des materiellen Gleichberechtigungsgebots des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG eine differenzierte Behandlung von Männern und Frauen vorsehen, um bestehende Nachteile für die Angehörigen eines bestimmten Geschlechts zu beseitigen. In diese Kategorie fallen geschlechtsspezifische Fördermaßnahmen und insbesondere Quotenregelungen.

Wie noch im Einzelnen zu zeigen sein wird, variiert der gesetzgeberische Anpassungsbedarf für die vier Arten von Normen:

- Bei den geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverboten und den Regelungen des Mutterschutzes erscheint eine gesetzgeberische Korrektur nicht zwingend erforderlich. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Schutz von Beschäftigten mit Varianten der Geschlechtsentwicklung lassen sich bereits *de lege lata* durch die Mittel der Auslegung und der richterlichen Rechtsfortbildung erreichen.
- Hingegen erscheint bei den neutralen gesetzlichen Differenzierungen eine gesetzgeberische Intervention unverzichtbar.
- Komplizierter stellt sich die Situation bei den positiven Diskriminierungsmaßnahmen zugunsten des unterrepräsentierten Geschlechts dar. Hier bedarf es zunächst auf verfassungs- und unionsrechtlicher Ebene der Klärung, inwieweit Fördermaßnahmen zugunsten bzw. zulasten von Menschen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag zulässig sind.

In den folgenden Abschnitten (5. bis 8.) soll zunächst die Anpassung der geltenden arbeits- und dienstrechtlichen Vorschriften in Bezug auf solche Beschäftigte diskutiert werden, die von der Möglichkeit eines offenen oder diversen Geschlechtseintrags gemäß § 23 Abs. 3 und § 45b PStG tatsächlich Gebrauch machen. Anschließend (unten 9.) soll die rechtliche Behandlung von Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung in den Blick genommen werden, die personenstandsrechtlich dem männlichen oder weiblichen Geschlecht angehören.



# 5. Diskriminierungsverbote

## 5.1 Relevante Normen

Die Fülle an Vorschriften, die geschlechtsbezogene Differenzierungen im Bereich der Beschäftigung verbieten, ist groß. Sie kommen in der Rechtsordnung in mehreren Formulierungsvarianten vor. Teilweise verwenden sie den Begriff des „Geschlechts“ und untersagen Benachteiligungen, die sich auf dieses Merkmal beziehen (sogleich 5.1.1). Teilweise sind die Differenzierungsverbote enger formuliert und beziehen sich entweder ausdrücklich auf „Männer“ und „Frauen“ oder verwenden zur Beschreibung des persönlichen Anwendungsbereichs die männlichen und weiblichen Personenbezeichnungen (sodann 5.1.2). Trotz der unterschiedlichen Formulierung ist der Regelungsgehalt der beiden Arten von Normen gleich, da der Gesetzgeber auch bei der Statuierung der an das Merkmal „Geschlecht“ anknüpfenden Diskriminierungsverbote bislang immer von einer binären Geschlechtskonzeption ausging (näher unten 5.2.1).

### 5.1.1 Verbot der Benachteiligung aufgrund des „Geschlechts“

Im Mittelpunkt der hier interessierenden Vorschriften steht § 7 in Verbindung mit § 1 AGG, der die Benachteiligung von Beschäftigten unter anderem „aus Gründen [...] des Geschlechts“ untersagt. Die Norm stellt ein umfassendes Verbot geschlechtsbezogener Diskriminierung im Rahmen privat- und öffentlich-rechtlicher<sup>62</sup> Beschäftigungsverhältnisse auf. Es erstreckt sich auf sämtliche Phasen des Beschäftigungsverhältnisses, von der Stellenausschreibung (§ 11 AGG) über die Anbahnung (§ 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG) und Durchführung bis hin zur Beendigung des Arbeits- bzw. Dienstverhältnisses (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Neben dem im Zusammenhang mit der Beschäftigung wichtigen Feld der sozialen Sicherheit (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG) erfasst die Verbotsnorm ferner die kollektiven Arbeitsbeziehungen und die Berufsorganisationen: Unzulässig sind geschlechtsbezogene Diskriminierungen insbesondere in Bezug auf die Mitgliedschaft und die Mitwirkung in Gewerkschaften, Arbeitgeberverbänden und sonstigen Berufsverbänden (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 AGG).

---

62 Zur Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse siehe § 24 AGG.

Weitere Regelungen zur Verhinderung geschlechtsbezogener Benachteiligung finden sich außerhalb des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. § 75 Abs. 1 des Betriebsverfassungsgesetzes<sup>63</sup> (BetrVG) verpflichtet Arbeitgeber und Betriebsrat, darüber zu wachen, dass im Betrieb „jede Benachteiligung von Personen [...] wegen des Geschlechts [...] unterbleibt“. Eine entsprechende Regelung enthält § 67 Abs. 1 des Bundespersonalvertretungsgesetzes<sup>64</sup> (BPersVG) für die Personalvertretungen im Bundesdienst.

§ 3 Abs. 1 des Entgelttransparenzgesetzes<sup>65</sup> (EntgTranspG) verbietet unmittelbare oder mittelbare Benachteiligungen „wegen des Geschlechts“ im Hinblick auf sämtliche Entgeltbestandteile und Entgeltbedingungen. Eine nahezu wortlautidentische Formulierung findet sich auch in § 7 EntgTranspG.

Im Bereich des öffentlichen Dienstes bestimmt § 9 Satz 1 des Bundesbeamtengesetzes<sup>66</sup> (BBG), dass „Bewerberinnen und Bewerber [...] ohne Rücksicht auf das Geschlecht“ auszuwählen sind. § 1 Abs. 1 Nr. 2 des Bundesgleichstellungsgesetzes<sup>67</sup> (BGleiG) wiederum ist darauf gerichtet, „bestehende Benachteiligungen auf Grund des Geschlechts“ zu beseitigen und künftige Benachteiligungen zu verhindern. § 6 Abs. 1 BGleiG stellt dabei klar, dass die Ausschreibung von Arbeitsplätzen „geschlechtsneutral“ erfolgen muss. Vergleichbare Regelungen finden sich in § 1 Abs. 1 sowie § 6 Abs. 1 Satz 2 des Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsgesetzes<sup>68</sup> (SGleiG). § 1 Abs. 2 des Soldatinnen- und Soldaten-Gleichbehandlungsgesetzes<sup>69</sup> (SoldGG) zielt auf den Schutz vor „Benachteiligungen auf Grund des Geschlechts in Form von Belästigung und sexueller Belästigung im Dienstbetrieb“ ab.

63 Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.9.2001, BGBl. 2001 I S. 2518.

64 Bundespersonalvertretungsgesetz vom 15.3.1974, BGBl. 1974 I S. 693.

65 Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern vom 30.6.2017, BGBl. 2017 I S. 2152.

66 Bundesbeamtengesetz vom 5.2.2009, BGBl. 2009 I S. 160.

67 Gesetz für die Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Unternehmen und Gerichten des Bundes vom 24.4.2015, BGBl. 2015 I S. 642.

68 Gesetz zur Gleichstellung von Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr vom 27.12.2004, BGBl. 2004 I S. 3822.

69 Gesetz über die Gleichbehandlung von Soldatinnen und Soldaten vom 14.8.2006, BGBl. 2006 I S. 1897.

## 5.1.2 Gleichbehandlung von „Männern und Frauen“

Zu den Differenzierungsverboten, in denen das binäre Geschlechtsmodell unmittelbar im Normwortlaut zum Ausdruck kommt, gehören auf dem Gebiet des Arbeitsrechts einige Vorschriften des Entgelttransparenzgesetzes. § 1 EntgTranspG bestimmt als Ziel des Gesetzes, „das Gebot des gleichen Entgelts für Frauen und Männer bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit durchzusetzen“. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 BGleiG bezweckt das Gesetz, „die Gleichstellung von Frauen und Männern zu verwirklichen“. Entsprechend spricht § 1 Abs. 1 Satz 1 SGleiG von der Verwirklichung der Gleichstellung von Soldatinnen und Soldaten als gesetzgeberischem Anliegen.

Darüber hinaus fallen in die hier angesprochene Kategorie sämtliche Vorschriften aus der jüngeren Gesetzgebungsgeschichte, die – ohne Teil des Antidiskriminierungsrechts im engeren Sinn zu sein – das Bemühen des Gesetzgebers um eine geschlechtergerechte Sprache zum Ausdruck bringen sollen und deswegen zur Beschreibung des persönlichen Geltungsbereichs sowohl die männliche als auch die weibliche Personenbezeichnung verwenden.<sup>70</sup> Sinn solcher Formulierungen ist es gerade klarzustellen, dass die fragliche Norm ohne Rücksicht auf das Geschlecht der betroffenen Personen gelten soll. Diese Normen enthalten also implizite Differenzierungsverbote. Beispiele sind etwa § 22 Abs. 1 Satz 1 des Mindestlohngesetzes<sup>71</sup> (MiLoG), wonach das Mindestlohngesetz für „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ gelten soll, oder § 7 Abs. 1 Nr. 1 des Pflegezeitgesetzes<sup>72</sup> (PflegeZG), der Beschäftigte im Sinne des Gesetzes als „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“ definiert. Dem gleichen Muster folgt § 6 Abs. 2 Satz 1 AGG, der den Begriff der „Arbeitgeber“ als „Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen“ definiert.

---

70 Nach § 4 Abs. 3 Satz 1 des Bundesgleichstellungsgesetzes „[sollen] Rechts- und Verwaltungsvorschriften des Bundes [...] die Gleichstellung von Frauen und Männern auch sprachlich zum Ausdruck bringen“.

71 Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns vom 11.8.2014, BGBl. 2014 I S. 1348.

72 Gesetz über die Pflegezeit vom 28.5.2008, BGBl. I 2008 S. 874.

## 5.2 Anpassung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben

### 5.2.1 Anpassungserfordernis

Die oben erwähnten Vorschriften verfolgen allesamt das Ziel, Ungleichbehandlungen zwischen Männern und Frauen zu verhindern. Dies trifft auch auf die Diskriminierungsverbote zu, die Benachteiligungen allgemein aufgrund des „Geschlechts“ verbieten, ohne konkret auf Personen weiblichen oder männlichen Geschlechts Bezug zu nehmen. Dem Gesetzgeber stand nämlich bei der Schaffung dieser Vorschriften das binäre Geschlechtsmodell vor Augen, wie sich aus den Gesetzgebungsmaterialien und der Normensystematik ergibt.<sup>73</sup> Dieser Befund überrascht kaum, wurden doch die Regelungen vor der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur dritten Geschlechtsoption (oben 1.2.2) verabschiedet und damit auch bevor der Gesetzgeber mit § 22 Abs. 3 und § 45b PStG n.F. die Möglichkeit eines weiteren positiven Geschlechtseintrags neben „männlich“ und „weiblich“ eröffnete.

Wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 10. Oktober 2017 entschieden hat, schützt das verfassungsrechtliche Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts gemäß Art. 3 Abs. 3 GG „nicht nur Männer vor Diskriminierungen wegen ihres männlichen Geschlechts und Frauen vor Diskriminierungen wegen ihres weiblichen Geschlechts, son-

73 Bei § 1 AGG wird die Fixierung auf das binäre Geschlechtsmodell daran erkennbar, dass die Regelung nach der Vorstellung des Gesetzgebers der Umsetzung der Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 2002 L 269/15 (inzwischen ersetzt durch: Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 2006 L 204/23), in das deutsche Recht dient, die bereits ihrem Titel nach auf die Gleichbehandlung von Männern und Frauen abzielt, siehe BT-Drucks. 16/1780, S. 1 ff. Für das enge Verständnis des Begriffs „Geschlecht“ in § 1 AGG spricht zudem, dass „zwischen-geschlechtliche Menschen“ gemäß der Regierungsbegründung zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz durch das Verbot der Benachteiligung wegen der „sexuellen Identität“ geschützt sein sollten, BT-Drucks. 16/1780, S. 31, hierzu auch näher im weiteren Verlauf. Gleiches gilt für § 1 Abs. 2 SoldGG. – Beim Bundesgleichstellungsgesetz ergibt sich die Orientierung am binären Geschlechtsmodell bereits aus dem Titel des Gesetzes, das die „Gleichstellung von Frauen und Männern“ bezweckt. Mit Blick auf das Bundesbeamtengesetz siehe die Gesetzesbegründung aus dem Jahr 1951 zur Vorgängernorm des § 8 BBG a.F., BT-Drucks. 1/2846, S. 37, die sich das damalige Verständnis von „Geschlecht“ im Sinne von Art. 3 Abs. 3 GG zu eigen macht.

dern schützt auch Menschen, die sich diesen beiden Kategorien in ihrer geschlechtlichen Identität nicht zuordnen, vor Diskriminierungen wegen dieses weder allein männlichen noch allein weiblichen Geschlechts.<sup>74</sup> Auch Personen mit dem Geschlechtseintrag „divers“ oder ohne positive Geschlechtsangabe dürfen also nicht wegen des Geschlechts benachteiligt werden. Eine solche geschlechtsspezifische Benachteiligung wäre aber die Folge, wenn sich Menschen mit einem derartigen Geschlechtseintrag nicht auf die hier angesprochenen Differenzierungsverbote des einfachen Gesetzesrechts berufen könnten und damit Ungleichbehandlungen im Verhältnis zu Männern und Frauen hinnehmen müssten. Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich folglich die Notwendigkeit, die in Rede stehenden Differenzierungsverbote über die gesetzgeberische Intention und gegebenenfalls auch über den Normwortlaut hinaus auf Menschen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag zu erstrecken.

## 5.2.2 Anpassungsmethoden

Die gebotene Normanpassung lässt sich bereits mit den herkömmlichen Methoden der Rechtsanwendung erreichen, ohne dass ein Eingreifen des Gesetzgebers zwingend erforderlich wäre. Zu Gebote stehen die Möglichkeiten der verfassungskonformen Interpretation sowie der richterlichen Rechtsfortbildung im Wege der Analogie.<sup>75</sup>

---

74 BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 58.

75 Hier besteht keine Veranlassung, die in der juristischen Methodenlehre umstrittene Frage zu klären, wie Gesetzesauslegung und richterliche Rechtsfortbildung voneinander abzugrenzen sind. Nach der Lehre der objektiven Auslegung wird die Auslegung durch den möglichen Wortsinn der Norm begrenzt, d. h. jede Normanwendung, die nicht mehr vom Normwortlaut gedeckt ist, stellt eine Rechtsfortbildung dar, so insbesondere Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 143 f. und 187 f. Anders hingegen die subjektive Auslegungslehre, die die Grenzen der zulässigen Auslegung in erster Linie nach Maßgabe des ursprünglichen Regelungswillens des Gesetzgebers bestimmt, statt aller Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018, Rn. 796. Zum Streit zwischen objektiver und subjektiver Auslegungslehre im Arbeits- und Verfassungsrecht aus aktueller Sicht Höpfner, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, 321. Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung kommt es allein darauf an, dass zur Anpassung der Differenzierungsverbote an die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts eine gesetzgeberische Korrektur nicht zwingend geboten erscheint.

### 5.2.2.1 Verfassungskonforme Auslegung des Geschlechtsbegriffs

Bei den Differenzierungsverboten, die an das Merkmal „Geschlecht“ anknüpfen, lassen sich verfassungskonforme Ergebnisse durch eine weite Auslegung des Geschlechtsbegriffs erzielen. „Geschlecht“ im Sinne dieser Bestimmungen meint neben dem männlichen und weiblichen auch das unbestimmte und das diverse Geschlecht.<sup>76</sup> Ebenso versteht nunmehr das Bundesverfassungsgericht den Begriff des „Geschlechts“ im Rahmen von Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG.<sup>77</sup> Eine solche Auslegung ist unproblematisch vom Wortsinn gedeckt.<sup>78</sup> Sie steht auch im Einklang mit der aktuellen personenstandsrechtlichen Geschlechterordnung, wie sie in § 22 Abs. 3 und § 45b PStG ihren gesetzlichen Niederschlag gefunden hat, und trägt somit zu einem einheitlichen disziplinenübergreifenden Begriffsverständnis im Recht bei.

Mit Blick auf das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz könnte freilich die Notwendigkeit der hier vorgeschlagenen weiten Auslegung des Geschlechtsbegriffs unter Verweis auf die Gesetzgebungsmaterialien in Zweifel gezogen werden. Wie aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, sollte

- 
- 76 Ebenso – zu § 1 AGG – Armbrüster, in: Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 2017, § 1 AGG Rn. 7; Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 25; Bettinghausen, Die geschlechtsneutrale Stellenausschreibung unter Berücksichtigung des dritten Geschlechts, BB 2018, 372, 374; Däubler, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, hrsg. von Däubler/Bertzbach, 4. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 48, 101; Fuhrott, Anm. zu BAG, Urt. v. 23.11.2017 – 8 AZR 372/16, NZA-RR 2018, 293, 294 f.; Gössl/Dannecker/Schulz, Was sollte nach der Einführung des „dritten Geschlechts“ weiter geregelt werden?, NZFam 2020, 145, 148; Grünberger/Husemann, Gleichbehandlung, in: Europäisches Arbeitsrecht, hrsg. von Preis/Sagan, 2. Aufl. 2019, Rn. 5.75; Jacobs, Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrecht, RdA 2018, 263, 269; Jousen, Anm. zu BAG, Urt. v. 23.11.2017 – 8 AZR 604/16, ZMV 2018, 221; Kasten, Bedeutung der „Dritten Option“ in der Universität, 2019, S. 14; Körlings, Das dritte Geschlecht und die diskriminierungsfreie Einstellung, NZA 2018, 282; Kutzki, Inter oder divers: Arbeitsrechtliche Herausforderungen zum dritten Geschlecht, RiA 2018, 258, 260; Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 1 AGG Rn. 6; Serr, in: Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch (2018), § 1 AGG Rn. 20 (mit Blick auf „Hermaphroditen“); Spielberger/Eber, Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht, AuA 2019, 404; Thüsing, in: Münchener Kommentar zum BGB I, 8. Aufl. 2018, § 1 AGG Rn. 22. Ebenso – zur Richtlinie 2006/54/EG – Kocher, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, in: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Enzyklopädie Europarecht VII), hrsg. von Schlachter/Heinig, § 5 Rn. 84.
- 77 BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 59: „Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG spricht ohne Einschränkung allgemein von ‚Geschlecht‘, was auch ein Geschlecht jenseits von männlich oder weiblich sein kann.“ Ebenso bereits zuvor Kolbe (oben Fn. 8), S. 120 ff.; siehe auch Rädler (oben Fn. 16), S. 76 ff.
- 78 So auch das Bundesverfassungsgericht zum Begriff „Geschlecht“ in Art. 3 Abs. 3 GG, BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 59.

„homosexuelle Männer und Frauen ebenso wie bisexuelle, transsexuelle oder zwischengeschlechtliche Menschen“ das Verbot der Benachteiligung wegen der „sexuellen Identität“ vor Diskriminierung schützen.<sup>79</sup> Sofern die Intereschlechtlichkeit bereits vom Merkmal der sexuellen Identität erfasst sein sollte, erscheint es in der Tat nicht erforderlich, zum Schutz intergeschlechtlicher Personen zusätzlich das Differenzierungsmerkmal des Geschlechts in Stellung zu bringen. Entsprechende Überlegungen gelten für andere Antidiskriminierungsvorschriften, die ebenfalls die „sexuelle Identität“ neben dem „Geschlecht“ als verbotenes Differenzierungsmerkmal nennen, wie zum Beispiel § 1 Abs. 2 SoldGG, § 75 Abs. 1 BetrVG und § 67 Abs. 1 BPersVG.<sup>80</sup>

Allerdings ist festzustellen, dass die in § 1 AGG verwendete Formel von der „sexuellen Identität“ in ihrer Bedeutung umstritten ist.<sup>81</sup> Die Gesetzgebungsmaterialien legen nahe, dass das Merkmal inhaltlich nicht mit dem vom Bundesverfassungsgericht verwendeten Begriff der „geschlechtlichen Identität“ identisch ist. Dies hat im Übrigen das Bundesverfassungsgericht selbst in seiner Entscheidung zur dritten Geschlechtsoption (oben 1.2.2) angemerkt.<sup>82</sup> „Geschlechtliche Identität“ meint nämlich die Zugehörigkeit einer Person zu einem bestimmten Geschlecht – sei es das männliche, weibliche oder ein anderes Geschlecht – als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>83</sup> Hingegen deutet die Bezugnahme auf die Richtlinie 2000/78/EG<sup>84</sup> in der Regierungsbegründung zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz<sup>85</sup> darauf hin, dass das Merkmal „sexuelle Identität“ nach dem Willen der gesetzgebenden Organe dem Begriff der „sexuellen Aus-

---

79 BT-Drucks. 16/1780, S. 31. Ebenso Ellenberger, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl. 2020, § 1 AGG Rn. 10; tendenziell ebenso (allerdings noch vor der personenstandsrechtlichen Anerkennung der dritten Geschlechtsoption) Krüger, StAZ 2006, 260, 262.

80 In diesem Sinne zu § 75 Abs. 1 BetrVG Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl. 2018, § 75 BetrVG Rn. 124; Franzen, Das dritte Geschlecht in der Betriebsverfassung, in: 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, hrsg. von Gräfl/Lunk/Oetker/Trebinger, 2020, S. 129, 133.

81 Allgemein zu den Schwierigkeiten bei der begrifflichen Abgrenzung zwischen den Merkmalen „Geschlecht“, „sexuelle Orientierung/Ausrichtung“ sowie „Geschlechts-“ bzw. „sexuelle Identität“ Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 18 ff.

82 BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1 Rn. 62, wo „von Bedeutungsunterschieden zwischen Geschlechtsidentität und sexueller Identität“ die Rede ist.

83 BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1 Rn. 39 f.

84 Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

85 BT-Drucks. 16/1780, S. 31: „Der Begriff der ‚sexuellen Identität‘ entspricht der bereits zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG in § 75 des Betriebsverfassungsgesetzes erfolgten Wortwahl“.

richtung“ (engl.: „sexual orientation“; franz.: „orientation sexuelle“; ital.: „tendenza sessuale“) in der genannten Richtlinie entsprechen soll.<sup>86</sup> Der Begriff der „sexuellen Ausrichtung“ wird in der Richtlinie nicht näher definiert. Nach überwiegender Ansicht beschreibt er die Präferenz einer Person hinsichtlich der Geschlechtszugehörigkeit bzw. Geschlechtsidentität ihrer Sexual- oder Lebenspartner<sup>87</sup> und erfasst im Wesentlichen Eigenschaften wie die Homo-, Hetero- oder Bisexualität.

Zu dieser Begriffsbestimmung passt, dass der Gerichtshof der Europäischen Union den Diskriminierungsschutz zugunsten transgeschlechtlicher Personen an das Differenzierungsmerkmal des Geschlechts und nicht an das der sexuellen Ausrichtung anknüpft.<sup>88</sup> In der Tat geht es bei der Transgeschlechtlichkeit um die eigene geschlechtliche Identität einer Person und nicht um die ihrer Intimpartner. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs weicht somit von der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers ab, der – wie bereits gesehen – die Transsexualität ebenso wie die Intergeschlechtlichkeit dem Merkmal der „sexuellen Identität“ zuordnen wollte. Das deutsche Bundesarbeitsgericht löst diesen Widerspruch dahin gehend auf, dass es das Verbot der Benachteiligung transgeschlechtlicher Menschen in unionsrechtskonformer Auslegung des § 1 AGG sowohl auf den Diskriminierungsgrund des Geschlechts als auch auf den Diskriminierungsgrund der sexuellen Identität stützt.<sup>89</sup>

Ähnliche Überlegungen sollten auch für die Intergeschlechtlichkeit gelten. Im Ausgangspunkt ist zunächst festzustellen, dass das Merkmal „sexuelle Identität“, verstanden im Sinne von „sexueller Ausrichtung“, in Bezug auf Intergeschlechtliche ebenso unpassend erscheint wie bei Transgeschlechtlichen, da es auch bei der Intergeschlechtlichkeit um die eigene Geschlechtszugehörigkeit einer Person geht und nicht um die ihrer Sexual-

86 Ebenso zu § 75 Abs. 2 BetrVG Maschmann, in: Betriebsverfassungsgesetz, hrsg. von Richardi, 16. Aufl. 2018, § 75 BetrVG Rn. 31.

87 In diesem Sinne Adamietz (oben Fn. 81), S. 26; ähnlich Block, in: Beck-Online Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.6.2019, § 1 AGG Rn. 157; Däubler, in: Däubler/Bertzbach (oben Fn. 76), § 1 AGG Rn. 100 (Merkmal betrifft die „Beziehung zu anderen Personen im sexuellen Bereich“); Grünberger/Husemann (oben Fn. 76), Rn. 5.88. Weiter hingegen Mohr, in: Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, hrsg. von Franzen/Gallner/Oetker, 3. Aufl. 2020, Art. 1 RL 2000/78/EG Rn. 60, wonach sich der Begriff sowohl „auf das eigene Geschlecht als auch auf das Geschlecht des Sexualpartners“ bezieht.

88 Siehe die Nachweise oben in Fn. 53.

89 BAG 17.12.2015, NZA 2016, 888, Rn. 31.



oder Lebenspartner.<sup>90</sup> Zwar hat sich der Gerichtshof bislang nicht zum unionsrechtlichen Diskriminierungsschutz von Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung geäußert (vgl. bereits 3.2.2), sodass sich die Anknüpfung an den Diskriminierungsgrund „Geschlecht“ (noch) nicht auf eine unionsrechtskonforme Auslegung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes stützen lässt.<sup>91</sup> Jedoch lässt sich für die Aktivierung dieses Differenzierungsmerkmals gegen den ursprünglichen Regelungswillen des Gesetzgebers die Position des Bundesverfassungsgerichts ins Feld führen, das den verfassungsrechtlichen Begriff des „Geschlechts“ in Art. 3 Abs. 3 GG gerade nicht in einem binären Sinn versteht und eine geschlechtsbezogene Diskriminierung auch bei solchen Personen für möglich hält, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen. Was also im Fall der Transsexualität als Ergebnis einer unionsrechtskonformen Auslegung von § 1 AGG postuliert wird, gilt mit Blick auf die dritte Geschlechtsoption entsprechend auf der Grundlage einer verfassungskonformen Auslegung: Die Benachteiligung von Menschen, die den Geschlechtseintrag „divers“ oder keine positive Geschlechtsangabe wählen, erfüllt (jedenfalls auch) den Tatbestand der Diskriminierung wegen des Geschlechts.

Folgt man entgegen den hier vorgebrachten Argumenten der Linie der Gesetzesbegründung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und ordnet die Intergeschlechtlichkeit allein dem Merkmal der „sexuellen Identität“ zu, resultiert daraus nicht zwangsläufig eine unzulässige Verkürzung der Rechte von Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung. Deren verfassungsrechtlich gebotener Schutz lässt sich ebenso mithilfe des Verbots der Benachteiligung aufgrund der sexuellen Identität verwirklichen. Die Folge wäre allerdings ein uneinheitliches Verständnis des Begriffs „Geschlecht“ auf einfachgesetzlicher Ebene: Bei Vorschriften wie § 1 AGG, § 1 Abs. 1 SoldGG, § 75 Abs. 1 BetrVG oder § 67 Abs. 1 BPersVG, die neben dem „Geschlecht“ auch die „sexuelle Identität“ als verbotenes Differenzierungsmerkmal nennen, wäre dann der Geschlechtsbegriff in einem engen Sinn binär zu verstehen. Anders verhält es sich hingegen mit Bestimmungen wie § 9 Satz 1 BBG, die lediglich die geschlechtsbezogene Diskriminierung verbieten und keine weiteren Diskriminierungsgründe sanktionieren. Hier ist zur Gewährleistung verfassungskonformer Ergeb-

---

90 Ebenfalls kritisch gegen eine Anknüpfung an das Merkmal „sexuelle Identität“ im Zusammenhang mit dem Diskriminierungsschutz Intergeschlechtlicher Grünberger/Husemann (oben Fn. 76), Rn. 5.76; ebenso Armbrüster, in: Erman (oben Fn. 76), § 1 AGG Rn. 11.

91 Zur Frage des Einflusses des Unionsrechts auf die hier befürwortete Auslegung unten 5.2.3.

nisse ein weites Verständnis von „Geschlecht“ zugrunde zu legen, das auch das diverse und das unbestimmte Geschlecht umfasst.

### 5.2.2.2 Analogie

Die Diskriminierungsverbote, die nach der gesetzlichen Formulierung allein für das Verhältnis zwischen Männern und Frauen gelten, sind im Wege einer analogen Anwendung auf Menschen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag zu erstrecken. Eine Analogie setzt nach anerkannten Regeln der Rechtsanwendung eine planwidrige Regelungslücke der anzuwendenden Gesetzesnorm voraus.<sup>92</sup> Bei den hier angesprochenen Diskriminierungsverboten liegt die planwidrige Regelungslücke darin begründet, dass der Gesetzgeber zum Erlasszeitpunkt von einer binären Geschlechterordnung ausging und die rechtliche Anerkennung weiterer Geschlechter außerhalb seiner Vorstellung lag. Ziel der hier im Fokus stehenden Regelungen war es, das verfassungsrechtliche Verbot geschlechtsbezogener Benachteiligung auf der Grundlage des damaligen Verständnisses von „Geschlecht“ zur Geltung zu bringen.<sup>93</sup> Die Ausweitung des Verbots der Geschlechtsdiskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht zugunsten von Menschen, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können (oben 1.2.2), macht eine entsprechende Anpassung der einfachgesetzlichen Differenzierungsverbote erforderlich. Aus methodologischer Sicht handelt es sich hierbei um eine Rechtsfortbildung *praeter legem*, da die ursprüngliche Regelungsintention des Gesetzgebers – die Gleichbehandlung von Menschen unterschiedlichen Geschlechts – beibehalten und konsequent weitergeführt wird.<sup>94</sup>

Durch die hier vorgeschlagene Analogie kommen die Diskriminierungsverbote über ihren Normwortlaut hinaus auch Beschäftigten zugute, die den Geschlechtseintrag „divers“ bzw. keine positive Geschlechtsangabe wählen. Die gleichen Überlegungen gelten für die Vorschriften außerhalb des eigentlichen Antidiskriminierungsrechts, die als Ausdruck des gesetzgeberischen

92 BGH 8.1.2019, NJW 2019, 1512, Rn. 14; BGH 3.2.2015, NJW 2015, 2261, Rn. 11; BGH 14.12.2006 NJW 2007, 992, Rn. 15.

93 Siehe z. B. die Regierungsbegründung zum EntgTranspG BT-Drucks. 18/11133, S. 18, wo das Entgeltgleichheitsgebot als „wesentlicher Ausfluss der grundrechtlich geschützten Gleichberechtigung von Männern und Frauen“ bezeichnet wird.

94 Im Gegensatz dazu steht die Rechtsfortbildung *contra legem*, bei der sich der Rechtsanwender über den ursprünglichen Normzweck hinwegsetzt, siehe zu den verschiedenen Formen der Rechtsfortbildung Larenz/Canaris (oben Fn. 75), S. 187 ff.; Rütters/Fischer/Birk (oben Fn. 75), Rn. 822 ff.

Bemühens um geschlechtergerechte Formulierung sowohl die männliche als auch die weibliche Personenbezeichnung verwenden, um den Kreis der Berechtigten bzw. Verpflichteten zu beschreiben.<sup>95</sup> Diese Normen sind gleichermaßen auf Personen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag anzuwenden. Hier greifen also die gleichen Anwendungsgrundsätze ein, die auch schon bisher – unter Geltung der binären Geschlechterordnung – für die Vorschriften maßgebend waren, die allein das Maskulinum gebrauchten, aber zweifellos auch auf Frauen anwendbar sind.<sup>96</sup>

### 5.2.2.3 Die Anpassung des Entgelttransparenzgesetzes im Besonderen

Besondere Fragen wirft die Anpassung des Entgelttransparenzgesetzes auf. Wie schon im amtlichen Titel („Gesetz zur Förderung der Entgelttransparenz zwischen Frauen und Männern“) zum Ausdruck kommt, beruht das Gesetz auf der überholten Vorstellung eines binären Geschlechtsmodells, obwohl bei der Diskussion über den Gesetzesvorschlag das binäre Geschlechtsmodell im deutschen Recht schon in Auflösung begriffen war (vgl. oben 1.2). Seine Anwendung muss der rechtlichen Neukonzeption des Geschlechtsbegriffs Rechnung tragen.<sup>97</sup> Gegen die Erstreckung des Entgelttransparenzgesetzes auf Beschäftigte mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag lässt sich nicht einwenden, dass der Gesetzgeber mit der Regelung in erster Linie das Ziel verfolgte, die in vielen Studien empirisch belegte Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern bei der Gestaltung des Arbeitsentgelts zu beseitigen.<sup>98</sup> Das Entgelttransparenzgesetz beruht nämlich trotz dieses Regelungsanliegens<sup>99</sup> nicht auf dem regulatorischen Modell der positiven Diskriminierung,<sup>100</sup> sondern ist dem Prinzip der formalen Gleichbehandlung verhaftet. Das Gesetz zielt mit anderen Worten nicht auf die Bevorzugung von Frauen, um bestehende Nachteile zu ihren Lasten zu kompensieren. Es berechtigt vielmehr Frauen und Männer gleichermaßen und bietet ihnen rechtliche Hilfestellung bei der Durchset-

---

95 Siehe die Beispiele oben 5.1.2.

96 So z. B. der im Jahr 2017 in Kraft getretene § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB: „Durch den Arbeitsvertrag wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet“.

97 Ebenso im Grundsatz Brune/Brune, Das Entgelttransparenzgesetz – auch ein Auftrag an die Gerichte, BB 2019, 436; Kutzki, RiA 2018, 258, 259; Spielberger/Eber, AuA 2019, 404, 407.

98 So jedoch Bauer/Krieger/Günther (oben Fn. 76), § 1 EntgTranspG Rn. 12, die dieses Argument gegen eine Erstreckung des Gesetzes auf intergeschlechtliche Personen ins Feld führen.

99 BT-Drucks. 18/11133, S. 18 f.

100 Zu diesem Regelungsmodell ausführlich unten 8.1.

zung der Entgeltgleichheit, ohne dass es darauf ankäme, ob sie sich aufgrund ihres Geschlechts in einer Position struktureller Benachteiligung befinden.<sup>101</sup> Nähme man vor diesem Hintergrund allein Beschäftigte mit diversem oder unbestimmtem Geschlecht vom persönlichen Schutzbereich des Entgelttransparenzgesetzes aus, würden diese Personen unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wegen ihres Geschlechts benachteiligt.

Nach den oben dargelegten Grundsätzen ist bei Bestimmungen des Entgelttransparenzgesetzes, die auf das Arbeitsentgelt bezogene Diskriminierungen „wegen des Geschlechts“ verbieten (§ 3 Abs. 1, § 7 EntgTranspG), der Geschlechtsbegriff in verfassungskonformer Auslegung auf das dritte Geschlecht auszuweiten. Regelungen wiederum, die ein gleiches Entgelt für „Frauen und Männer“ gebieten (§ 1 EntgTranspG) oder sich gleichermaßen auf „weibliche und männliche Beschäftigte“ beziehen (§ 4 Abs. 1 und 2 EntgTranspG), gelten in analoger Anwendung auch für Personen mit diversem oder unbestimmtem Geschlecht.

Eine dritte, hier bislang nicht diskutierte Kategorie anpassungsbedürftiger Normen stellen jene Vorschriften dar, die als Maßstab für die Feststellung der Diskriminierung einer Person auf das Entgelt und die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten „des jeweils anderen Geschlechts“ verweisen (§ 3 Abs. 2 und 3, § 11 Abs. 3, § 12 Abs. 3, § 15 Abs. 4 EntgTranspG). Diesem Muster folgt auch der zentrale vom Gesetz vorgesehene Rechtsbehelf zur Durchsetzung der Entgeltgleichheit: der individuelle Auskunftsanspruch nach den §§ 10 ff. EntgTranspG. So können Beschäftigte unter bestimmten Voraussetzungen Auskunft über das Entgelt verlangen, das Beschäftigte „des jeweils anderen Geschlechts“ beziehen, die in demselben Betrieb eine gleiche oder gleichwertige Tätigkeit ausüben (§ 12 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 und 2 EntgTranspG). Eine solche dualistische Konzeption ist offensichtlich für eine nichtbinäre Geschlechterordnung unpassend und bedarf folglich einer Korrektur.<sup>102</sup> Auch in diesem Fall ist jedoch kein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich. Das Regelungsziel des Gesetzes – die Gewährleistung eines gleichen Entgelts für gleiche bzw. gleichwertige Arbeit unabhängig vom Geschlecht der Beschäftigten – lässt sich mithilfe herkömmlicher

---

101 Vgl. demgegenüber z.B. § 8 Abs. 1 BGleIG, wonach eine Bevorzugung von Frauen nur unter der Voraussetzung angeordnet wird, dass Frauen in einem bestimmten Bereich unterrepräsentiert sind.

102 Ebenso Spielberger/Eber, AuA 2019, 404, 407.

Rechtsanwendungsmethoden erreichen.<sup>103</sup> Konkret wird man die Wendung „Beschäftigte des jeweils anderen Geschlechts“ im Sinne von „Beschäftigte eines anderen Geschlechts“ verstehen müssen.

Was speziell den Auskunftsanspruch einer Person mit dem Geschlechtseintrag „divers“ bzw. ohne positive Geschlechtsangabe anbelangt, gebietet es der Normzweck des Entgelttransparenzgesetzes, das nach § 11 Abs. 3 EntgTranspG mitzuteilende Vergleichsentgelt für Männer und Frauen gesondert zu berechnen und anzugeben.<sup>104</sup> Würde bei der Ermittlung des Vergleichsentgelts nicht zwischen Männern und Frauen differenziert, bestünde die Gefahr, dass sich ein eventuell bestehender rechtswidriger „pay gap“ zwischen den männlichen und den weiblichen Vergleichspersonen auf das Vergleichsentgelt niederschlägt und damit das Ziel der Gleichbehandlung der Geschlechter vereitelt. Durch die separate Angabe des Vergleichsentgelts der männlichen und weiblichen Kollegen wird eine Person, die von der dritten Geschlechtsoption Gebrauch gemacht hat, in die Lage versetzt, das gleiche Entgelt wie die bessergestellte Gruppe zu verlangen.

Setzt man den Gedankengang konsequent fort, folgt an sich, dass beim Auskunftsanspruch eines männlichen oder einer weiblichen Beschäftigten das Vergleichsentgelt von Kollegen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag ebenfalls gesondert zu ermitteln und mitzuteilen ist.<sup>105</sup> Allerdings setzt die Angabe des Vergleichsentgelts nach § 12 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG voraus, dass es im fraglichen Betrieb mindestens sechs Vergleichspersonen gibt. Angesichts der relativ geringen Anzahl von Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (vgl. oben 2.) dürfte diese Schwelle in der Praxis regelmäßig nicht erreicht werden.<sup>106</sup>

---

103 In diesem Sinne wohl auch Brune/Brune, BB 2019, 436, nach deren Ansicht für die Anwendung des Gesetzes auf Angehörige des dritten Geschlechts „die Arbeitsgerichte sich etwas einfallen lassen müssen“.

104 Die Berechnungsmethode ergibt sich aus § 11 Abs. 3 Satz 2 EntgTranspG, wonach das Vergleichsentgelt anzugeben ist „als auf Vollzeitäquivalente hochgerechneter statistischer Median des durchschnittlichen monatlichen Bruttoentgelts sowie der benannten Entgeltbestandteile“ aller relevanten Vergleichspersonen.

105 Dies unter Verweis auf den Normzweck des EntgTranspG (Beseitigung allein der Benachteiligung von Frauen beim Entgelt) ablehnend Bauer/Krieger/Günther (oben Fn. 76), § 1 EntgTranspG Rn. 12.

106 Zutreffend Spielberger/Eber, AuA 2019, 404, 406.

### 5.2.3 Vereinbarkeit mit Unionsrecht

Der Schutz vor Diskriminierung wegen des Geschlechts im Rahmen der Beschäftigung ist, wie bereits mehrfach angedeutet, umfassend unionsrechtlich geregelt, vor allem durch die Richtlinie 2006/54/EG und durch Art. 157 AEUV. Die hier vorgeschlagenen Anpassungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes und anderer beschäftigungsbezogener Gleichbehandlungsregeln müssen folglich mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar sein. Dies gilt auch, soweit die diskutierten Normanpassungen auf die vom Bundesverfassungsgericht entwickelten verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Schutz von Menschen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen (oben 1.2.2), gestützt werden. Nach dem Grundsatz des Anwendungsvorrangs geht das Unionsrecht nämlich – wie schon erwähnt (oben 3.2.1) – auch dem nationalen Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten vor.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Gerichtshof der Europäischen Union bislang nicht zu der Frage Stellung genommen hat, ob das unionsrechtliche Verbot der Geschlechtsdiskriminierung auf einer binären Geschlechtskonzeption beruht oder auch Menschen schützt, die weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind (oben 3.2.2). Keine Friktionen zwischen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und dem Unionsrecht ergeben sich, wenn sich der Gerichtshof der Ansicht anschließen sollte, dass der unionsrechtliche Geschlechtsbegriff auch Geschlechtskategorien jenseits von männlich und weiblich erfasst. In diesem Fall wären die oben aufgezeigten Normanpassungen nicht nur verfassungs-, sondern auch unionsrechtlich geboten. Sollte der Gerichtshof eine unionsrechtlich-autonome Auslegung des Geschlechtsbegriffs ablehnen und die Anerkennung nichtbinärer Geschlechtskategorien den Mitgliedstaaten anheimstellen, sind Konflikte zwischen Unions- und nationalem Recht ebenfalls ausgeschlossen. Doch selbst dann, wenn der Gerichtshof das europäische Verbot der Diskriminierung wegen des „Geschlechts“ restriktiv auf eine rein binäre Geschlechterordnung beziehen sollte, bleibt es den Mitgliedstaaten unbenommen, das Gleichbehandlungsgebot über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus auf Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung zu erstrecken. Das Postulat des Unionsrechts, Männer und Frauen gleich zu behandeln, wird nämlich nicht missachtet, wenn noch weiteren Personen ein Anspruch auf Gleichbehandlung eingeräumt wird. Für das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung im Bereich der Beschäftigung bestimmt die maßgebende Richtlinie 2006/54/EG in ihrem Art. 27 sogar ausdrücklich, dass durch die

Richtlinie lediglich Mindestanforderungen festgelegt werden und die Mitgliedstaaten einen weiter gehenden Diskriminierungsschutz vorsehen können. Zur entsprechenden Bestimmung in Richtlinie 2000/78/EG,<sup>107</sup> die Diskriminierungen aus anderen Gründen als dem Geschlecht verbietet, hat das Bundesarbeitsgericht entschieden, dass der nationale Gesetzgeber frei sei, die verbotenen Differenzierungsmerkmale weiter zu fassen als von der Richtlinie verlangt.<sup>108</sup> Überträgt man diese Überlegungen auf die Richtlinie 2006/54/EG, folgt daraus, dass der Begriff des „Geschlechts“ im nationalen Recht durchaus in einem extensiveren Sinn verstanden werden kann als im Kontext der Richtlinie.<sup>109</sup>

Als Ergebnis lässt sich somit festhalten: Die Einbeziehung von Personen mit dem Geschlechtseintrag „divers“ bzw. ohne positive Geschlechtsangabe in den Schutzbereich der geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbote des deutschen Arbeitsrechts und öffentlichen Dienstrechts ist mit dem Unionsrecht vereinbar. Dies gilt sogar für den Fall, dass der Gerichtshof das unionsrechtliche Verbot der Geschlechtsdiskriminierung eng verstehen und lediglich auf das Verhältnis zwischen Männern und Frauen beziehen sollte.

### 5.2.4 Notwendigkeit einer geschlechtsneutralen Umformulierung der Vorschriften?

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass keine gesetzgeberischen Korrekturen erforderlich sind, um die Diskriminierungsverbote des Beschäftigungsrechts in verfassungskonformer Weise auf Personen zu erstrecken, die den Geschlechtseintrag „divers“ oder keine positive Geschlechtsangabe wählen. Der Gesetzgeber ist indessen nicht daran gehindert, durch Änderung des Normwortlauts klarzustellen, dass die Verbote der Benachteiligung wegen des Geschlechts auch Beschäftigten mit diversem oder unbestimmtem Geschlecht zugutekommen sollen.<sup>110</sup> Eine solche Klarstellung ist insbesondere bei den Normen zu erwägen, die allein die männliche und weibliche Personenbezeichnung verwenden.

---

107 Art. 8 Richtlinie 2000/78/EG.

108 BAG 19.12.2013, NZA 2014, 372, Rn. 64, im Zusammenhang mit dem Begriff der „Behinderung“.

109 Ebenso unter Verweis auf die mindestharmonisierende Natur der Richtlinie 2006/54/EG Körlings, NZA 2018, 282.

110 Dazu, dass eine Anpassung des Normwortlauts wünschenswert, jedoch aus rechtlicher Sicht nicht zwingend geboten ist, Althoff/Schabram/Follmar-Otto (oben Fn. 31), S. 60.

Ob eine geschlechtergerechte Umformulierung der Gesetzestexte politisch wünschenswert oder gar rechtlich geboten ist,<sup>111</sup> ist eine grundsätzliche Frage, die – wie bereits eingangs klargestellt – den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen würde und folglich an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden kann. Zum einen beschränkt sie sich nämlich nicht auf das Arbeitsrecht und das öffentliche Dienstrecht, sondern betrifft die gesamte Rechtsordnung. Zum anderen besteht die Problematik nicht erst seit der Anerkennung der dritten Geschlechtsoption und hat somit keinen spezifischen Bezug zu Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung: Die gleiche Frage stellte sich entsprechend schon bisher im Rahmen der binären Geschlechterordnung mit Blick auf Vorschriften, die allein die männliche Personenbezeichnung verwenden, jedoch ebenso auf Frauen anwendbar sind.

### 5.3 Praktische Auswirkungen und erlaubte Differenzierungen

Aus der Ausweitung der Diskriminierungsverbote zugunsten Beschäftigter mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag ergeben sich zahlreiche Konsequenzen für die Praxis, die in ihrer gesamten Fülle an dieser Stelle nicht dargestellt werden können. Lediglich einzelne exemplarische Aspekte im Zusammenhang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz sollen im Folgenden in den Blick genommen werden.

In verfassungskonformer Auslegung des § 11 in Verbindung mit § 7 AGG sind Arbeitsplätze nunmehr geschlechtsneutral unter Einbeziehung der dritten Geschlechtsoption auszuschreiben.<sup>112</sup> Den Anforderungen wird bereits genügt, wenn die Stellenausschreibung mit dem Klammerzusatz

---

111 Zu dem in § 4 Abs. 3 Satz 1 BGleIG niedergelegten Gebot der geschlechtsneutralen Formulierung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften siehe bereits Fn. 70 oben. Da die Vorschrift als Soll-Vorschrift formuliert ist, wird angenommen, dass Verstöße dagegen unschädlich sind, so Rudek/Schultz, Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes, 1. Aufl. 2012, § 1 BGleIG Rn. 10. Vgl. allerdings Bachmann, Kein Anspruch auf geschlechtergerechte Sprache in AGB und Formularen, NJW 2018, 1648, 1650, der in der Verwendung des generischen Maskulinums eine für die Zwecke des Art. 3 GG relevante Ungleichbehandlung von Frauen erblickt (die freilich im Einzelnen sachlich gerechtfertigt sein mag); zur Maßgeblichkeit von Art. 3 Abs. 2 GG für den Sprachgebrauch des Gesetzgebers Grünberger, Das „generische Maskulinum“ vor Gericht, JZ 2018, 719, 723.

112 Siehe hierzu die Nachweise in Fn. 76 oben.



„(w/m/d)“ erfolgt.<sup>113</sup> Ob der Arbeitgeber bzw. Dienstherr darüber hinaus in der Kommunikation mit den Beschäftigten und in Dienstformularen geschlechtergerechte Formulierungen wählen und sicherstellen muss, dass sich neben männlichen und weiblichen auch Beschäftigte angesprochen fühlen, die einem anderen Geschlecht angehören, ist indessen ungewiss.<sup>114</sup> Im Fall einer Sparkasse, die in der Kundenkorrespondenz und in den Vordrucken das generische Maskulinum verwendete, erblickte der Bundesgerichtshof keine unzulässige Benachteiligung im Sinne des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes; auch eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie des Diskriminierungsverbots gemäß Art. 3 Abs. 3 GG zulasten von Kundinnen wurde verneint.<sup>115</sup> Es ist allerdings zweifelhaft, ob diese Rechtsprechung ohne Weiteres auf Arbeitsverhältnisse übertragbar ist. Den Arbeitgeber – und auch den Dienstherrn – treffen nämlich aufgrund seiner Fürsorgepflicht gesteigerte Rücksichtnahmepflichten gegenüber seinen Beschäftigten. Dies gilt namentlich mit Blick auf den Schutz des Persönlichkeitsrechts der Beschäftigten. Der Arbeitgeber könnte auf dieser Grundlage dazu verpflichtet sein, die Beschäftigten in einer Art und Weise zu behandeln und insbesondere auch anzureden, die deren geschlechtlicher Identität Rechnung trägt.<sup>116</sup> Im Übrigen erscheint es wünschenswert, dass dem Gerichtshof der Europäischen Union die Frage vorgelegt wird, inwieweit der Verzicht auf geschlechtergerechte Formulierungen eine Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne der Richtlinie 2006/54/EG und § 7 AGG darstellt.

---

113 Dazu, dass der Klammersatz „(w/m)“ im Rahmen der binären Geschlechterordnung ausreichend war, BAG 23.11.2017, NJW 2018, 1497, Rn. 29. Siehe aber weiter gehend Plett, Rechtswissenschaftliche Expertise zum 3. Geschlechtseintrag – erstellt im Auftrag der Freien und Hansestadt Hamburg, 2019, S. 20: Zusatz „m/w/d“ greift zu kurz, weil damit Menschen ohne positive Geschlechtsangabe nicht angesprochen würden; präziser nach ihrer Ansicht deswegen der Zusatz „m/w/d/-“, „m/w/d/o“ oder „m/w/d/x“.

114 So aber Kutzki, RiA 2018, 258, 259; ebenso Spielberger/Eber, AuA 2018, 404, 406.

115 BGH 13.3.2018, NJW 2018, 1671, Rn. 29 ff. und 42 ff.; kritisch Bachmann, NJW 2018, 1648; Grünberger, JZ 2018, 719.

116 Eine Pflicht des Arbeitgebers zur geschlechtsneutralen Anrede verneinend Bauer/Krieger/Günther (oben Fn. 76), § 1 AGG Rn. 26. Im Übrigen stellt § 4 Abs. 3 Satz 2 BGleIG, welcher für den Bereich des Bundesdienstes verlangt, dass im dienstlichen Schriftverkehr die Gleichstellung von Frauen und Männern auch sprachlich zum Ausdruck kommt, lediglich eine Soll-Vorschrift dar; vgl. auch § 1 Abs. 3 SGleIG, wonach für Soldatinnen Dienstgradbezeichnungen in weiblicher Form festgesetzt werden „können“ (und nicht: „müssen“).

Speziell beim Zugang zum öffentlichen Dienst ist eine geschlechtsbezogene Benachteiligung intergeschlechtlicher Bewerber auch dann anzunehmen, falls ihnen, wie verschiedentlich befürchtet, wegen Varianten der Geschlechtentwicklung die gesundheitliche und körperliche Eignung für die angestrebte Diensttätigkeit gemäß § 9 Satz 1 BBG oder § 37 Abs. 1 Nr. 3 des Soldatengesetzes<sup>117</sup> abgesprochen werden sollte. In einem solchen Fall würde nämlich die Ablehnung der Bewerbung an eine geschlechtsspezifische Eigenschaft anknüpfen<sup>118</sup> und damit eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellen.

Im Übrigen bedeutet die Ausdehnung der Verbote der Geschlechtsdiskriminierung zugunsten von Beschäftigten mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag nicht, dass jede Form der Differenzierung aufgrund des Geschlechts unzulässig wäre. Schon im Rahmen der binären Geschlechterordnung war anerkannt, dass eine unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen im Einzelfall gerechtfertigt sein kann. So erlaubt § 8 AGG ausnahmsweise Ungleichbehandlungen, wenn das Geschlecht des Beschäftigten für die ausübende Tätigkeit eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung“ darstellt.<sup>119</sup> Mittelbare Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts sind gemäß § 3 Abs. 2 Halbsatz 2 AGG bereits dann zulässig, wenn die Maßnahme, die die Diskriminierung bewirkt, auf einem sachlichen Grund beruht. Dies ist im Einzelnen anzunehmen, wenn das Ziel der Maßnahme von einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers getragen ist und die Differenzierung zur Erreichung des Ziels geeignet, erforderlich und angemessen ist.<sup>120</sup>

Die gleichen strengen Kriterien müssen auch für die Frage gelten, unter welchen Voraussetzungen Beschäftigte mit dem Geschlechtseintrag „divers“ bzw. ohne positive Geschlechtsangabe im Vergleich zu Männern oder Frauen ungleich behandelt werden dürfen. Stellte man an die Diskriminierung dieser Personen weniger strenge Rechtfertigungsanforderungen, würde man sie unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wegen des Geschlechts benachteiligen und damit die Vorgaben missachten, die das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur dritten Geschlechtsop-

117 Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten vom 19.3.1956, BGBl. 1956 I S. 1482.

118 Zu dieser Form der Geschlechtsdiskriminierung Däubler, in: Däubler/Bertzbach (oben Fn. 76), § 1 AGG Rn. 50.

119 Zur Anwendung dieses Kriteriums in der Praxis siehe z. B. BAG 28.5.2009, NZA 2009, 1016, Rn. 33 ff. (weibliches Geschlecht als Voraussetzung für Nachtdiensttätigkeit in einem Mädcheninternat); BAG 18.3.2010, NZA 2010, 872, Rn. 26 (weibliches Geschlecht als Voraussetzung für Integrationsarbeit mit zugewanderten muslimischen Frauen).

120 BAG 22.6.2011, NZA 2012, 171, Rn. 38.

tion (oben 1.2.2) aufgestellt hat. Auf die Frage, ob eine Ungleichbehandlung zugunsten von Personen, die von der personenstandsrechtlichen Möglichkeit eines offenen oder diversen Geschlechtseintrags Gebrauch machen (sogenannte positive Diskriminierung), zulässig oder gar geboten ist, soll an späterer Stelle eingegangen werden (unten 8.).



## 6. Mutterschutz

Eine weitere Kategorie von Vorschriften des Arbeitsrechts und des öffentlichen Dienstrechts, die an das Geschlecht anknüpfen, bilden die Regelungen des Mutterschutzes. Sie schützen Beschäftigte während der Schwangerschaft, nach der Entbindung sowie in der Stillphase. Diese Vorschriften nennen als Berechtigte in der Regel ausschließlich Frauen. Sie beruhen auf der – dem Modell der Geschlechterbinarität folgenden – Annahme, dass lediglich Frauen Kinder gebären können.

### 6.1 Relevante Normen

Paradigmatisch für die hier angesprochenen Normen ist § 1 Abs. 1 Satz 1 des Mutterschutzgesetzes<sup>121</sup> (MuSchG), wonach das Gesetz „die Gesundheit der Frau und ihres Kindes am Arbeits-, Ausbildungs- und Studienplatz während der Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit“ schützen soll. Entsprechend ist in den nachfolgenden Vorschriften des Mutterschutzgesetzes stets von der „Frau“ als geschützter Person die Rede.<sup>122</sup> Dem gleichen Muster folgt die Arbeitsstättenverordnung<sup>123</sup> (ArbStättV). Punkt 4.2 Abs. 1 Satz 3 des Anhangs „Anforderungen und Maßnahmen für Arbeitsstätten nach § 3 Abs. 1 ArbStättV“ schreibt vor, dass „schwängere Frauen und stillende Mütter“ über Möglichkeiten verfügen müssen, sich am Arbeitsplatz hinzulegen und auszuruhen.

Ebenfalls allein auf Frauen nimmt § 3 Abs. 2 Satz 3 des Entgeltfortzahlungsgesetzes<sup>124</sup> (EntgFG) Bezug. Die Vorschrift regelt die Voraussetzungen für die Entgeltfortzahlung bei Arbeitsverhinderungen infolge von Schwangerschaftsabbrüchen und bestimmt unter anderem, dass die „schwängere Frau“ den Abbruch verlangt haben muss. § 7 Abs. 2 Satz 2 SGLiG schreibt für die medizinische Tauglichkeitsprüfung im Rahmen des Bewerbungs-

---

121 Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium vom 23.5.2017, BGBl. 2017 I S. 1228.

122 Siehe z. B. § 3 Abs. 1 Satz 1 MuSchG: „Der Arbeitgeber darf eine schwängere Frau in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung nicht beschäftigen [...]“. Ebenso § 3 Abs. 2 Satz 1 MuSchG: „Der Arbeitgeber darf eine Frau bis zum Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung nicht beschäftigen [...]“.

123 Verordnung über Arbeitsstätten vom 12.8.2004, BGBl. 2004 I S. 2179.

124 Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall vom 26.5.1994, BGBl. 1994 I S. 1014.

verfahrens vor, dass sich die ärztlichen Untersuchungen ohne ausdrückliche Einwilligung „der Bewerberin“ nicht gezielt auf das Bestehen einer Schwangerschaft erstrecken dürfen.

§ 3 Abs. 1 Satz 2 AGG wiederum bestimmt, dass eine unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts „auch im Falle einer ungünstigeren Behandlung einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft“ vorliegt.<sup>125</sup> Der gleiche Rechtsgedanke kommt in § 3 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG zum Ausdruck, wonach eine unmittelbare Benachteiligung für die Zwecke des Entgelttransparenzgesetzes auch in dem Fall anzunehmen ist, dass „einer Frau wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft“ ein geringeres Entgelt gewährt wird.

Die vorgenannten Regelungen des Mutterschutzes dienen zunächst dem Schutz vor den gesundheitlichen Gefahren, denen Schwangere, Wöchnerinnen und stillende Mütter am Arbeitsplatz ausgesetzt sind.<sup>126</sup> Außerdem tragen sie der „besondere[n] Beziehung zwischen der Mutter und ihrem Kind während der Zeit nach der Entbindung“ Rechnung.<sup>127</sup> Schließlich sollen sie die Erwerbsnachteile überwinden, mit denen Mütter auf dem Arbeitsmarkt noch immer konfrontiert sind. Diese Nachteile sind im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass zahlreiche Arbeitgeber Schwangere und Mütter gar nicht oder nur zu schlechteren Bedingungen beschäftigen wollen, da sie die mit dem gesetzlichen Mutterschutz verbundenen ökonomischen Belastungen scheuen.<sup>128</sup>

125 Die Behandlung der Diskriminierung wegen Schwangerschaft bzw. Mutterschaft als Fall der Geschlechtsdiskriminierung beruht auf Art. 2 Abs. 2 lit. c der Richtlinie 2006/54/EG, der wiederum die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs kodifiziert, siehe EuGH 8.11.1990, Rs. C-177/88 (Elisabeth Johanna Pacifica Dekker ./ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus), Slg. 1990, I-3941, Rn. 12; EuGH 11.11.2010, Rs. C-232/09 (Dita Danosa ./ LKB Lizings SIA), Slg. 2010, I-11405, Rn. 59.

126 So der oben zitierte § 1 Abs. 1 Satz 1 MuSchG. Ebenso Art. 1 Abs. 1 der Mutterschutzrichtlinie (Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19.10.1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz, ABl. 1992 L 348/1), die durch das Mutterschutzgesetz in nationales Recht umgesetzt wird.

127 So der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie 2006/54/EG, auf dem § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG und § 3 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG beruhen, EuGH 19.10.2017, Rs. C-531/15 (Elda Otero Ramos ./ Servicio Galego de Saúde und Instituto Nacional de la Seguridad Social), NZA 2017, 1448, Rn. 61, mit weiteren Nachweisen.

128 Siehe zu diesem Schutz vor „mögliche[n] faktische[n] Diskriminierungen“ die Regierungsbegründung zum Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzes, BT-Drucks. 18/8963, S. 37, u. a. unter Hinweis auf BVerfG 18.11.2003, NZA 2004, 33, 36 (zu C 3).

## 6.2 Anpassung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben

### 6.2.1 Anpassungserfordernis

Soweit sich Regelungen des Mutterschutzes – wie oben dargelegt – ihrem Wortlaut nach allein auf weibliche Beschäftigte beziehen, besteht Korrekturbedarf. Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, die im Rahmen einer Beschäftigung schwanger sind, Kinder gebären oder stillen,<sup>129</sup> sind nämlich in Bezug auf die Regelungsanliegen der Mutterschutzvorschriften – Abwehr gesundheitlicher Gefahren, Schutz der Mutter-Kind-Beziehung unmittelbar nach der Geburt sowie Vermeidung von Erwerbsnachteilen – in gleicher Weise schutzbedürftig und schutzwürdig wie weibliche Beschäftigte, die sich in einer entsprechenden Mutterrolle befinden.

Nicht anpassungsbedürftig sind die Vorschriften des Mutterschutzgesetzes. Bei der Neuregelung des Gesetzes im Jahr 2017 hat nämlich der Gesetzgeber die Möglichkeit erkannt, dass auch Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (und im Fall der Transgeschlechtlichkeit sogar Männer<sup>130</sup>) Kinder gebären können und folglich in den Schutzbereich des Gesetzes einzubeziehen sind.<sup>131</sup> § 1 Abs. 4 Satz 1 MuSchG stellt deswegen klar, dass das Gesetz „für jede Person [gilt], die schwanger ist, ein Kind geboren hat oder stillt“. Diese Erweiterung des persönlichen Anwendungsbereichs verstößt nicht gegen unionsrechtliche Vorgaben. Zwar zählt die Mutterschutzrichtlinie 92/85/EWG allein weibliche Beschäftigte zum geschützten Personenkreis.<sup>132</sup> Doch selbst in dem unwahrscheinlichen Fall, dass der Gerichtshof der Europäischen Union die Anwendung der Richtlinie auf nichtweibliche Schwangere und Mütter ablehnen sollte (vgl. oben 3.2.2), steht es den Mitgliedstaaten frei, in „überschießender“ Umsetzung

---

129 Vgl. zur (möglichen) rechtlichen Mutterschaft von Personen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag oben 3.1.

130 Vgl. auch BGH 6.9.2017, BGHZ 215, 318 = FamRZ 2017, 1855 = StAZ 2017, 369, wonach ein Frau-zu-Mann-Transgeschlechtlicher Mutter eines von ihm geborenen Kindes nach § 1591 BGB ist.

131 Siehe die Regierungsbegründung zur Neuregelung des Mutterschutzgesetzes, BT-Drucks. 18/8963, S. 53, unter Hinweis auf die damals bereits bestehende Möglichkeit nach § 22 Abs. 3 PStG a. F., den Geschlechtseintrag im Geburtenregister offen zu lassen.

132 Siehe vor allem Art. 2 der Richtlinie 92/85/EWG, der die geschützten Personen im Einzelnen definiert und dabei allein die weibliche Personenbezeichnung verwendet („schwangere Arbeitnehmerin“, „Wöchnerin“, „stillende Arbeitnehmerin“).

der Richtlinie den persönlichen Geltungsbereich der Richtlinie auszudehnen. Der Schutz weiblicher Beschäftigter wird durch eine solche Maßnahme nicht berührt.

Ebenfalls nicht anpassungsbedürftig sind die an die Schwangerschaft bzw. an die Mutterschaft anknüpfenden Vorschriften des Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetzes<sup>133</sup> (BEEG), da diese geschlechtsneutral von der „berechtigten Person“ sprechen (zum Beispiel § 2b Abs. 1 Nr. 2 und 3; § 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BEEG).<sup>134</sup>

## 6.2.2 Anpassungsmethoden

Soweit die Vorschriften des Mutterschutzes allein weibliche Beschäftigte erfassen, lässt sich die erforderliche Erweiterung des persönlichen Schutzbereichs ohne gesetzgeberisches Eingreifen im Wege einer analogen Rechtsanwendung erreichen. Die für die Analogie erforderliche planwidrige Regelungslücke ist darin zu sehen, dass der Gesetzgeber bei Erlass der angesprochenen Vorschriften von der Vorstellung ausging, dass allein Frauen Kinder gebären und stillen können. Da Beschäftigte mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (und ebenso transgeschlechtliche Beschäftigte) im Fall der Schwangerschaft bzw. Mutterschaft ebenso schutzbedürftig sind wie ihre (nichttransgeschlechtlichen) Kolleginnen, besteht zwischen den beiden Personengruppen auch eine vergleichbare Interessenlage, die die entsprechende Anwendung der Mutterschutzvorschriften rechtfertigt. Darüber hinaus lässt sich die Analogie auf die bereits erwähnte neuere Regelung des § 1 Abs. 4 Satz 1 MuSchG stützen. In dieser Vorschrift manifestiert sich der aktualisierte Regelungswille des Gesetzgebers, den gesetzlichen Mutterschutz nicht länger an das Geschlecht anzuknüpfen, sondern an die Verwirklichung der für die Schutzbedürftigkeit maßgebenden Tatbestände (Schwangerschaft, Entbindung, Stillen).<sup>135</sup>

Wie schon in anderem Zusammenhang ausgeführt (oben 5.2.4), bedarf es vorliegend nicht der Klärung, ob der Gesetzgeber gehalten ist, die relevanten Bestimmungen geschlechtsneutral umzuformulieren, um die rechtliche Gleichstellung der Geschlechter im Normwortlaut selbst zum Aus-

---

133 Gesetz zum Elterngeld und zur Elternzeit vom 5.12.2006, BGBl. 2006 I S. 2748.

134 Von diesem Muster weicht allerdings § 16 Abs. 2 BEEG ab, in dem allein von „Arbeitnehmerinnen“ die Rede ist.

135 Siehe zu entsprechenden Überlegungen außerhalb des Arbeitsrechts und des öffentlichen Dienstrechts, namentlich beim rechtlichen Mutterschaftsbegriff im Zusammenhang mit § 1591 BGB, oben 3.1.



druck zu bringen. Aus rechtspolitischer Sicht wäre zu erwägen, die Diskriminierung wegen Schwangerschaft bzw. Mutterschaft entgegen § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG und § 3 Abs. 2 Satz 2 EntgTranspG nicht länger als Sonderfall der Geschlechtsdiskriminierung zu behandeln. Die Gleichsetzung beruht auf der Annahme, dass nur Frauen Kinder gebären können.<sup>136</sup> Durch die rechtliche Anerkennung von Trans- und Intergeschlechtlichkeit ist diese Vorstellung nunmehr überholt. Sachlich zutreffender erscheint es, Schwangerschaft und Mutterschaft *de lege ferenda* als eigenständige verbotene Diskriminierungsgründe festzuschreiben. Diesem Ansatz folgt die Rechtsprechung *de facto* bereits jetzt, wenn sie Binnendifferenzierungen zwischen weiblichen Beschäftigten in Anknüpfung an die Schwangerschaft untersagt.<sup>137</sup> Da es in diesen Fällen um eine Ungleichbehandlung zwischen Personen desselben Geschlechts geht, ist eine geschlechtsbezogene Diskriminierung begrifflich ausgeschlossen.

---

136 Deutlich insoweit die Entscheidung EuGH 8.11.1990, Rs. C-177/88 (Elisabeth Johanna Pacifica Dekker ./ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus), Slg. 1990, I-3941, Rn. 12, auf die die angesprochenen Vorschriften zurückgehen: „Hierzu ist zu bemerken, daß die Verweigerung einer Einstellung wegen Schwangerschaft nur Frauen gegenüber in Betracht kommt und daher eine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt“.

137 Grundlegend EuGH 8.11.1990, Rs. C-177/88 (Elisabeth Johanna Pacifica Dekker ./ Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen Plus), Slg. 1990, I-3941, Rn. 17.



## 7. Neutrale Differenzierung

Eine Reihe von Vorschriften des Arbeitsrechts und des öffentlichen Dienstrechts sieht eine differenzierte Behandlung von Personen unterschiedlichen Geschlechts vor. Da die Rechtsordnung bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur dritten Geschlechtsoption und der nachfolgenden Reform des Personenstandsrechts (oben 1.2.2) von einer binären Geschlechterordnung ausging, differenzieren die angesprochenen Bestimmungen entsprechend zwischen Männern und Frauen. Hier sollen zu nächst jene Vorschriften in den Blick genommen werden, die mit der Differenzierung keine Begünstigung des traditionell benachteiligten Geschlechts bezwecken (zu den Differenzierungsgeboten mit Begünstigungsfunktion siehe ausführlich unten 8.).

### 7.1 Relevante Normen

Regelungen, die eine – im eben beschriebenen Sinn – neutrale Differenzierung zwischen den Geschlechtern beinhalten, sind beispielsweise die Vorschriften der Arbeitsstättenverordnung über die Einrichtung von Sanitärräumen am Arbeitsplatz. Punkt 4.1 Abs. 1 Satz 2 des Anhangs „Anforderungen und Maßnahmen für Arbeitsstätten nach § 3 Abs. 1 ArbStättV“ bestimmt, dass der Arbeitgeber Toilettenräume „für Männer und Frauen getrennt einzurichten“ oder eine getrennte Nutzung zu ermöglichen hat. Entsprechende Pflichten stellen Abs. 2 Satz 2 sowie Abs. 3 Satz 2 derselben Vorschrift für Wasch- sowie für Umkleieräume auf. Für Unterkünfte, die der Arbeitgeber zur Verfügung stellt, verlangt Punkt 4.4 Abs. 3 desselben Anhangs, dass bei der Zuteilung der einzelnen Räume berücksichtigt wird, ob Männer und Frauen die Unterkunft nutzen.

Weitere gesetzliche Differenzierungen nach dem Geschlecht finden sich in den Kleiderordnungen für bestimmte Berufsgruppen des öffentlichen Dienstes. Ein Beispiel sind die Regelungen über die Uniformen für Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr. Die Zentralvorschrift A1-2630/0-9804 („Anzugordnung für die Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr“) sieht beim Dienstanzug in den Nr. 232 ff. zum Teil unterschiedliche Uni-

formteile für Soldatinnen und Soldaten vor, beispielsweise ein „Diensthemd“ für Männer und eine „Dienstbluse“ für Frauen.<sup>138</sup>

Klarzustellen ist, dass zu den hier untersuchten „neutralen“ Differenzierungsnormen nicht solche Vorschriften gehören, die für Frauen hinsichtlich der Dienstkleidung oder des sonstigen äußeren Erscheinungsbilds weniger strenge Anforderungen vorsehen als für ihre männlichen Kollegen. So verhält es sich beispielsweise mit dem sogenannten Haar- und Barttrichterlass der Bundeswehr, niedergelegt in den Nr. 201 ff. der Zentralen Dienstvorschrift A-2630/1 („Das äußere Erscheinungsbild der Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr“).<sup>139</sup> Die Vorschriften bestimmen, dass die Haare von männlichen Soldaten kurz geschnitten sein müssen und insbesondere den Uniform- bzw. Hemdkragen nicht berühren dürfen. Für Soldatinnen gelten diese Vorgaben hingegen nicht. Bei ihnen sind längere Haare erlaubt, doch müssen diese „am Hinterkopf komplett gezopft auf dem Rücken oder gesteckt“ getragen werden, wenn sie bei aufrechter Körper- und Kopfhaltung die Schulter berühren würden. Wie das Bundesverwaltungsgericht wiederholt entschieden hat, handelt es sich bei den Vorschriften über die Haartracht von Soldatinnen um eine zulässige Maßnahme zur Förderung von Frauen in der Bundeswehr.<sup>140</sup> Sie beruhen auf der nicht zu beanstandenden Einschätzung des Dienstherrn, dass weniger restriktive Vorgaben zum äußeren Erscheinungsbild von Soldatinnen einen Beitrag zur Erhöhung des Frauenanteils in der Bundeswehr leisten könnten.<sup>141</sup> In diesem Fall stellt die Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Beschäftigten eine positive Diskriminierung zugunsten von Frauen als dem unterrepräsentierten Geschlecht dar.<sup>142</sup> Auf diese Art

138 Frauen dürfen zudem unter bestimmten Bedingungen Röcke und Strumpfhosen tragen sowie ferner einen Winkel anstatt eines Lang- oder Querbinders.

139 Nach BVerwG 31.1.2019, NVwZ 2019, 1291, entbehrt die Regelung zwar einer hinreichend bestimmten Ermächtigungsgrundlage in einem formellen Gesetz, doch kann sie gleichwohl für eine Übergangszeit weiter angewandt werden.

140 BVerwG 31.1.2019, NVwZ 2019, 1291, Rn. 38 f.; BVerwG 17.12.2013, BVerwGE 147, 1 = NVwZ-RR 2014, 767, Rn. 66 ff.

141 Ähnliche Regelungen, die den Frauen bei der Gestaltung ihres äußeren Erscheinungsbilds größere Freiräume gewähren, finden sich in Nr. 302 (dekorative Kosmetik), Nr. 501 (Ohrstecker) sowie Nr. 801 (Ausnahmen für das Tragen des Gesellschaftsanzugs) derselben Dienstvorschrift.

142 Eine nach § 75 Abs. 2 BetrVG in Verbindung mit Art. 3 GG unzulässige Differenzierung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen hat das Bundesarbeitsgericht hingegen bei einer Betriebsvereinbarung über die Dienstbekleidung bei der Lufthansa angenommen, die lediglich männlichen Piloten das Tragen einer Cockpit-Mütze vorschrieb, BAG 30.9.2014, NZA 2015, 121 (offengelassen wurde die Frage, ob die Betriebsvereinbarung außerdem eine unzulässige Benachteiligung aufgrund des Geschlechts gemäß § 7 Abs. 1 AGG bewirkte).

der gesetzlichen Differenzierung nach dem Geschlecht wird erst an späterer Stelle eingegangen (unten 8.).

## 7.2 Anpassung an die verfassungsrechtlichen Vorgaben

### 7.2.1 Anpassungserfordernis

Die vorstehenden, zwischen Männern und Frauen differenzierenden Normen schweigen dazu, welche Rechtsfolgen für Personen mit diversem oder unbestimmtem Geschlecht gelten. So lassen beispielsweise die Bestimmungen der Arbeitsstättenverordnung über die Einrichtung von Sanitärräumen dem Arbeitgeber die Wahl, ob er getrennte Räume für Männer und Frauen einrichtet oder gemeinsame Räume anbietet, deren Nutzung jedoch getrennt nach Geschlecht möglich ist. Entscheidet sich der Arbeitgeber für die erste Variante, stehen Beschäftigten mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag keine eigenen Sanitärräume zur Verfügung, sodass unklar ist, welche Räume sie nutzen dürfen.<sup>143</sup> Soweit Bekleidungsvorschriften unterschiedliche Uniformen für Männer und Frauen vorsehen, stellt sich gleichfalls die Frage, welche Uniform Personen tragen sollen, die nicht diesen Geschlechtskategorien angehören.

Neben diesem eher praktischen Problem der Rechtsanwendung sprechen normative, nämlich verfassungsrechtliche Gründe für eine Normkorrektur. Wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur dritten Geschlechtsoption (oben 1.2.2) ausgeführt hat, werden Grundrechte verletzt, wenn die Rechtsordnung einerseits unterschiedliche Regeln für Männer und Frauen vorsieht, andererseits jedoch Menschen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, eine differenzierte Behandlung entsprechend der eigenen Geschlechtsidentität vorenthält. Konkret sind in einem solchen Fall die geschlechtliche Identität als Bestandteil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG betroffen.

Insbesondere ist festzuhalten, dass die in Rede stehenden Vorschriften die Persönlichkeitsinteressen von Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung in spezifischer Weise gefährden und damit die vom Bundesver-

---

143 Gössl/Dannecker/Schulz, NZFam 2020, 145, 149.

fassungsgericht geforderte Erheblichkeitsschwelle für den Persönlichkeitseingriff überschreiten.<sup>144</sup> Die Verweigerung getrennter Sanitärräume zwingt diese Menschen dazu, die für Männer oder Frauen bestimmten Anlagen zu benutzen, was ihr Schamgefühl und damit ihre Intimsphäre als Kernbereich des Persönlichkeitsrechts berührt.<sup>145</sup> Ebenso hat das Fehlen geschlechtsspezifischer Uniformen für Beschäftigte mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag nicht unwesentliche Auswirkungen auf deren Identifikation im Berufsleben und in der Öffentlichkeit. Ohne eigene Uniform müssten sich die betroffenen Bediensteten als Männer oder Frauen kleiden und würden folglich eine geschlechtliche Identität manifestieren, die nicht ihrer eigenen entspricht. Sinn und Zweck einer Uniform ist es an sich, individuelle Persönlichkeitsmerkmale ihres Trägers aus Neutralitätsgründen zu verbergen. Wenn aber eine Bekleidungsordnung für das persönliche Merkmal des Geschlechts eine Ausnahme vorsieht und die Offenlegung dieses konkreten Merkmals durch die Bereitstellung geschlechtsspezifischer Dienstkleidung ermöglicht, bleibt Menschen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag diese Chance zur Äußerung eines identitätsstiftenden Persönlichkeitsmerkmals verwehrt.

Anzumerken ist außerdem, dass die hier thematisierten geschlechtsbezogenen Vorschriften einen weiter gehenden Eingriff in die Rechte von Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung bedeuten als die Vorschrift des § 22 Abs. 3 PStG a. F., über die das Bundesverfassungsgericht (oben 1.2.2) zu entscheiden hatte. § 22 Abs. 3 PStG a. F. hatte mit der Möglichkeit des offenen Geschlechtseintrags immerhin eine separate Regelung für diese Personen vorgesehen (oben 1.2.1), wenngleich sie ungünstiger war als die für Männer und Frauen geltenden Bestimmungen. Demgegenüber enthalten die vorliegend untersuchten Normen überhaupt keine speziellen Regelungen für Beschäftigte, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen.

Anders als bei den Diskriminierungsverboten und den Regelungen des Mutterschutzes lässt sich bei den hier angesprochenen Vorschriften nicht ohne Weiteres im Wege teleologischer Überlegungen herleiten, welche Rechtsfolgen für die dritte Geschlechtsoption gelten sollen. Unterschiedliche Lösungen sind denkbar. Vor diesem Hintergrund kann die erforderliche Normanpassung nicht von den Gerichten im Wege der Auslegung bzw.

---

144 Zu dieser Anforderung BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 38 am Ende und Rn. 44 ff.

145 Zum Schamgefühl als persönlichkeitsrechtsrelevantem Aspekt BAG 28.5.2009, NZA 2009, 1016, Rn. 45.

der richterlichen Rechtsschöpfung vorgenommen werden. Entscheidet sich nämlich die Gesetzgebung für ein regulatorisches Modell der Differenzierung zwischen den Geschlechtern, obliegt ihr die Aufgabe zu bestimmen, welche speziellen Rechtsfolgen für Personen gelten sollen, die den Geschlechtseintrag „divers“ oder keine positive Geschlechtsangabe wählen.

## 7.2.2 Anpassungsmethoden

Für den Gesetzgeber kommen prinzipiell drei alternative Regelungsoptionen in Betracht, um die in Rede stehenden Normen an die nichtbinären Geschlechterordnung anzupassen:

### 1. Modell der erweiterten Differenzierung:

Denkbar ist zunächst die Einführung eines speziellen Normenregimes für Beschäftigte, die von der personenstandsrechtlichen Möglichkeit eines offenen oder diversen Geschlechtseintrags Gebrauch machen. Die fraglichen gesetzlichen Vorschriften würden demnach künftig zwischen Männern, Frauen und Personen mit diversem bzw. unbestimmtem Geschlecht differenzieren. Dieses Regelungsmodell erscheint in zwei Varianten vorstellbar: Die Anwendung der Spezialnormen für die dritte Geschlechtsoption könnte entweder zwingend oder fakultativ ausgestaltet sein. Im letzteren Fall könnten also Personen mit dem Geschlechtseintrag „divers“ oder ohne positive Geschlechtsangabe auf eine differenzierte Behandlung verzichten und sich stattdessen für die Zwecke der fraglichen Regelung dem männlichen oder dem weiblichen Geschlecht zuordnen.

### 2. Unisex-Modell:

Alternativ könnte der Gesetzgeber die gesetzliche Differenzierung nach dem Geschlecht insgesamt aufgeben und zu einer einheitlichen rechtlichen Behandlung sämtlicher Geschlechtskategorien übergehen.

### 3. Binäres Optionsmodell:

Schließlich könnte der Gesetzgeber die bisherige – binäre – geschlechtsbezogene Differenzierung beibehalten und Beschäftigten mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag die Wahl überlassen, ob sie den Regeln für Männer oder den Regeln für Frauen unterliegen wollen.

Im Folgenden sollen die drei Regelungsalternativen einer rechtlichen Bewertung am Maßstab der vom Bundesverfassungsgericht formulierten Vorgaben zum Schutz von Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (oben 1.2.2) zugeführt werden.

### 7.2.2.1 Modell der erweiterten Differenzierung

Die Erweiterung der in Anknüpfung an das Geschlecht differenzierenden Regelungen um ein drittes Normenregime erscheint als folgerichtige gesetzgeberische Antwort auf die Anerkennung der dritten Geschlechtskategorie. Mit Blick auf die oben genannten Beispiele läuft diese Lösung in concreto darauf hinaus, den Arbeitgeber zur Einrichtung getrennter Sanitärräume für männliche, weibliche und nichtbinäre Beschäftigte zu verpflichten, soweit der Arbeitgeber nicht von der in der Arbeitsstättenverordnung vorgesehenen Option Gebrauch macht, einheitliche Räume mit der Möglichkeit getrennter Nutzung zur Verfügung zu stellen.<sup>146</sup> Ebenso wären die Kleiderordnungen, soweit sie unterschiedliche Uniformen für Männer und Frauen vorsehen, um eine spezielle Uniform für Personen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag zu ergänzen.

Eine solche Erweiterung der gesetzlichen Differenzierung achtet die geschlechtliche Identität von Menschen, die den Geschlechtseintrag „divers“ oder keine positive Geschlechtsangabe wählen, und respektiert damit ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht. Sie trägt insbesondere dem Selbstverständnis dieser Personen Rechnung, die sich gerade weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehörig fühlen. Die Einführung eines weiteren Spezialregimes entspricht auch dem Ansatz des Bundesverfassungsgerichts, das mit der Forderung nach einem dritten positiven Geschlechtseintrag (oben 1.2.2) für eine weitere Ausdifferenzierung der Geschlechterordnung eingetreten ist.

Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist im Übrigen eine wichtige Vorgabe zur inhaltlichen Ausgestaltung der Sonderregeln für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung zu entnehmen, sollte der Gesetzgeber dem Modell der erweiterten Differenzierung folgen: Sie müssen den für Männer und Frauen geltenden Vorschriften gleichwertig sein und dürfen keine ungünstigere Behandlung der betroffenen Beschäftigten

---

146 Kutzki, RiA 2018, 258, 259 f.; Spielberger/Eber, AuA 2019, 404, 406; Weller, Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht, BB 2018 Heft 7, Die erste Seite.



bewirken, da andernfalls deren Persönlichkeitsrecht und das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verletzt sein könnten.

Bleibt die Frage zu beantworten, ob die Geltung der Spezialregeln für die dritte Geschlechtsoption zwingend oder lediglich fakultativ ausgestaltet sein sollte. Müssen also Beschäftigte mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag zwingend die ihnen zugedachten Sanitärräume und Uniformen benutzen oder können sie stattdessen auch die für Männer bzw. für Frauen zur Verfügung gestellten Einrichtungen und Dienstkleidungen wählen? Zu bedenken ist in diesem Zusammenhang, dass die personenstandsrechtliche Zuordnung zum diversen Geschlecht bzw. der Verzicht auf eine positive Geschlechtsangabe für Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung nach § 22 Abs. 3 und § 45b PStG ihrerseits fakultativ sind. Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung müssen mit anderen Worten nicht vom dritten Geschlechtseintrag Gebrauch machen (oben 1.2.2). Entscheiden sie sich auf der Staturebene freiwillig für diese Möglichkeit, erscheint es konsequent, sie auf der Ebene des materiellen Rechts an der getroffenen Wahl festzuhalten. Der personenstandsrechtliche Status verlöre im Übrigen weitgehend seine dienende Funktion (vgl. oben 1.3 und unten 9.1.), wenn er für die Anwendung der materiellen Vorschriften nicht länger maßgebend wäre, sondern von den Betroffenen formlos gleichsam „abgestreift“ werden könnte. Auch ein bürgerlichrechtlich Verheirateter kann im allgemeinen Zivilrecht, im Familien- und Erbrecht, im Steuerrecht, im Strafrecht, im Sozialrecht und im Verwaltungsrecht, soweit dort besondere Regelungen an die Ehe anknüpfen, regelmäßig nicht verlangen, als Lediger behandelt zu werden. Nur selten lässt das materielle Recht eine solche Option zu, etwa bei der einkommensteuerlichen Wahlmöglichkeit zwischen Einzel- und Zusammenveranlagung von Ehegatten nach §§ 26 ff. des Einkommensteuergesetzes. Hinzu kommt, dass ein solches Wahlrecht eine mit Blick auf Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bedenkliche Privilegierung von Beschäftigten mit offenem bzw. diversem Geschlechtseintrag darstellen würde, solange Männern und Frauen keine vergleichbare Optionsmöglichkeit ohne Statusänderung offensteht.

### 7.2.2.2 Unisex-Modell

Eine zweite Möglichkeit für den Gesetzgeber, die erforderliche Normenanpassung durchzuführen, besteht darin, die bisherigen gesetzlichen Differenzierungen zwischen Männern und Frauen insgesamt aufzugeben und

zu einer einheitlichen Behandlung aller Geschlechter überzugehen.<sup>147</sup> So könnten Sanitarräume für alle Beschäftigten freigegeben werden, gleich ob sie Männer, Frauen oder Personen mit diversem oder unbestimmtem Geschlecht sind, solange nur die Möglichkeit einer getrennten Nutzung gewährleistet ist.<sup>148</sup> Ebenso könnte bei der Dienstkleidung auf geschlechtsbezogene Unterscheidungsmerkmale zugunsten von Unisex-Uniformen verzichtet werden.<sup>149</sup>

Der Abschied von gesetzlichen Differenzierungen, die an das Geschlecht anknüpfen, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. In seiner Entscheidung zur dritten Geschlechtsoption im Personenstandsrecht (oben 1.2.2) hat das Bundesverfassungsgericht klargestellt, dass Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung nur insoweit eine rechtliche Sonderbehandlung entsprechend ihrer geschlechtlichen Identität beanspruchen können, als die Rechtsordnung das Geschlecht überhaupt zu einem relevanten Unterscheidungsmerkmal erhebt.<sup>150</sup> Solange also die Rechtsordnung nicht zwischen Männern und Frauen differenziert, ist es unschädlich, wenn kein spezielles Regelungsregime für andere Geschlechtskategorien existiert.

Gegenüber dem Modell der erweiterten Differenzierung dürfte das Unisex-Modell für den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn der wirtschaftlich schonendere regulatorische Ansatz sein. Angesichts des vergleichsweise geringen Anteils von Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung an der Gesamtbevölkerung (oben 2.) könnte es häufig einen hohen Aufwand bedeuten, eigenständige Sanitäreinrichtungen und Dienstkleidungen für eine nur kleine Zahl von Beschäftigten vorzuhalten.<sup>151</sup> Aus Sicht der betroffenen Beschäftigten selbst könnte der Verzicht auf geschlechtsspezifische Differenzierungen deswegen vorzugswürdig sein, da die Einführung spezieller Regelungen – etwa im Bereich der Bekleidung – für Personen, die sich we-

---

147 Diesem Ansatz entspricht auch die für die Diskriminierungsverbote und die Mutterschutzregelungen vorgeschlagene Anpassungslösung (oben 5.2.2 und 6.2.2): Die entsprechenden Normen werden unterschiedslos auf alle Beschäftigten unabhängig von ihrem Geschlecht angewandt, solange sie nur die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen erfüllen. Der Unterschied zum hier betrachteten Modell liegt allein darin, dass bei den oben behandelten Normen der Unisex-Ansatz bereits im Wege der Rechtsanwendung ohne gesetzgeberisches Eingreifen verwirklicht werden kann.

148 Spielberger/Eber, AuA 2019, 404, 406. Diese Möglichkeit sieht die Arbeitsstättenverordnung bereits jetzt als Alternative zur Einrichtung getrennter Sanitarräume für Männer und Frauen vor.

149 Spielberger/Eber, AuA 2019, 404, 406.

150 BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 46.

151 In diesem Sinne auch Kutzki, RiA 2018, 258, 259 f.

der dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, eine stigmatisierende Wirkung haben kann. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass das Unisex-Modell am besten dem Leitbild des Antidiskriminierungsrechts entspricht, nämlich dass das Geschlecht generell keinen Grund für ungleiche Behandlung im Recht und in der Gesellschaft darstellen sollte. Schon im Rahmen der binären Geschlechterordnung erscheinen einige neutrale geschlechtsspezifische Differenzierungen verfassungsrechtlich fragwürdig.<sup>152</sup> Auch über das Arbeitsrecht und Recht des öffentlichen Dienstes hinaus wird immer wieder ein geschlechtsneutrales Recht gefordert, etwa im Familienrecht.<sup>153</sup>

### 7.2.2.3 Binäres Optionsmodell

Schließlich wird bisweilen vorgeschlagen, gesetzliche Differenzierungen nach dem Geschlecht, die dem binären Geschlechtsmodell folgen, beizubehalten und Menschen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag die Wahl zu überlassen, ob sie den Regeln für Männer oder den Regeln für Frauen unterliegen wollen. Sie müssten demnach wählen, ob sie die sanitären Anlagen für Männer oder die für Frauen benutzen und ob sie die männliche oder die weibliche Dienstbekleidung tragen möchten.<sup>154</sup> Allerdings bestehen gegen diese Lösung gravierende rechtliche Bedenken.

Zunächst führt ein solches binäres Optionsmodell zu einer Ungleichbehandlung von Personen, die von der personenstandsrechtlichen Möglichkeit eines offenen oder diversen Geschlechtseintrags Gebrauch machen, da für sie – im Gegensatz zu Männern und Frauen – keine speziellen geschlechtsspezifischen Regelungen gelten. Außerdem ist ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht berührt. Sie werden gezwungen, sich in der Öffentlichkeit einem Geschlecht zuzuordnen, das nicht mit ihrer eigenen ge-

---

152 Dies gilt etwa für etliche nach dem Geschlecht differenzierenden Bekleidungs Vorschriften. Nach der aktuellen – auf der Grundlage der binären Geschlechterordnung entwickelten – Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind Differenzierungen nach dem Geschlecht, soweit sie nicht der Beseitigung bestehender Nachteile für das unterrepräsentierte Geschlecht dienen, nur dann gerechtfertigt, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind“, siehe BVerfG 28.1.1992, BVerfGE 85, 191, 207. Siehe in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oben in Fn. 142.

153 Etwa von Scherpe, Mehr Freiheit wagen im Familienrecht – Entgeschlechtlichung des Rechts, in: „Mehr Freiheit wagen“ – Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow, hrsg. von Dutta/Heinze, 2018, S. 73.

154 So Spielberger/Eber, AuA 2019, 404, 406.

schlechtlichen Identität übereinstimmt.<sup>155</sup> Im Ergebnis würde dieser Ansatz am Prinzip der Geschlechterbinarität festhalten und in der Regelungstechnik der personenstandsrechtlichen Lage vor der Reform von 2013 entsprechen, als die Rechtsordnung Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung vor die Wahl stellte, ob sie als Männer oder als Frauen behandelt werden wollten. Nachdem ihnen nun allerdings auf der Stausebene die Möglichkeit eröffnet wurde, sich einer Geschlechtskategorie jenseits von männlich und weiblich zuzuordnen, erscheint es widersprüchlich, wenn sie gleichzeitig mit Blick auf materielle geschlechtsbezogene Normen dazu gezwungen werden, ihre gewählte Geschlechtsidentität aufzugeben und sich stattdessen als Mann oder Frau behandeln zu lassen.

Das binäre Optionsmodell missachtet somit die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Schutz von Personen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, und ist folglich als regulatorisches Modell abzulehnen.

---

155 Zu dem damit verbundenen Grundrechtsverstoß, wenn es um die Benutzung sanitärer Anlagen sowie um Kleiderordnungen geht, oben 7.2.1.

## 8. Positive Maßnahmen

Von den eben behandelten neutralen geschlechtsbezogenen Differenzierungen sind die im Folgenden zu besprechenden positiven Diskriminierungsmaßnahmen abzugrenzen. Gemeint sind Normen, die ebenfalls Männer und Frauen ungleich behandeln, jedoch mit dem Ziel, Personen des typischerweise benachteiligten Geschlechts zu begünstigen. Zu dieser Kategorie sind auch Maßnahmen des sogenannten „gender mainstreaming“ oder „gender budgeting“ zu zählen. Meist sind die Regelungen darauf gerichtet, die Unterrepräsentanz von Frauen in einer Vielzahl von Berufen und Tätigkeiten – vor allem solchen in leitender Stellung – zu beseitigen. Gesetzgeberisches Anliegen ist es, dem Gleichstellungsgebot des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG folgend die Gleichberechtigung zwischen Männern und Frauen nicht nur in einem formalen Sinn zu gewährleisten, sondern auch tatsächlich in der gesellschaftlichen Lebenswirklichkeit durchzusetzen.<sup>156</sup> Die Anpassung dieser Normen an die neue rechtliche Geschlechterordnung wirft eine Reihe grundlegender verfassungs- und unionsrechtlicher Fragen auf, die bislang nicht gerichtlich geklärt worden sind.

### 8.1 Relevante Normen

Bei den hier angesprochenen Vorschriften sind zwei Arten von Normen zu unterscheiden: allgemeine geschlechtsbezogene Fördermaßnahmen (sogleich 8.1.1) und Quotenregelungen im engeren Sinn (sodann 8.1.2).

#### 8.1.1 Geschlechtsbezogene Förderregeln

Zu den geschlechtsspezifischen Förderregeln zählen zum einen Vorschriften, die bei Stellenbesetzungen im öffentlichen Dienst vorschreiben, dass bei gleicher Eignung mehrerer Kandidaten die Bewerber des bislang unterrepräsentierten Geschlechts zu bevorzugen sind. Im bereits angesprochenen (oben 5.1.1 und 5.1.2) Bundesgleichstellungsgesetz sieht § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleIG eine solche Begünstigung von Frauen „bei der Vergabe von Ausbildungsplätzen, bei Einstellung und beruflichem Aufstieg“ vor. Satz 5 der

---

<sup>156</sup> Näher zur terminologischen Unterscheidung zwischen „formaler“ und „tatsächlicher Gleichberechtigung“ sowie „Gleichstellung“ Baer/Markard, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 GG Rn. 366.

Vorschrift bestimmt, dass die Regelung entsprechend zugunsten von Männern gilt, soweit sie strukturell benachteiligt und in dem jeweiligen Bereich unterrepräsentiert sind. Vergleichbare Bestimmungen enthält ebenfalls das bereits erwähnte (oben 5.1.1 und 5.1.2) Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsgesetz in § 7 Abs. 1 Satz 2 und § 8 Satz 1 SGleiG. Sie sollen den Anteil von Frauen in der Bundeswehr erhöhen. In die gleiche Richtung zielt das Bundesbeamtengesetz in § 9 Satz 2 BBG: Die Bestimmung knüpft an Satz 1 der Vorschrift an, wonach die Bewerber für die Beamtenlaufbahn ohne Rücksicht auf das Geschlecht auszuwählen sind, und stellt klar, dass „gesetzliche Maßnahmen zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung im Erwerbsleben“ gleichwohl zulässig sind.

Um die Chancen zu erhöhen, dass Stellen tatsächlich mit Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts besetzt werden, verlangt § 7 Abs. 1 Satz 1 BGleiG zudem, dass mindestens ebenso viele Frauen wie Männer zum Vorstellungsgespräch oder sonstigen Auswahlverfahren eingeladen werden. Das gleiche Erfordernis stellt § 7 Abs. 1 Satz 1 SGleiG für das Annahmeverfahren bei der Bundeswehr auf.

§ 5 AGG erlaubt unter gewissen Voraussetzungen ebenfalls eine ungleiche Behandlung nach dem Geschlecht, um Nachteile für Personen eines bestimmten Geschlechts zu verhindern oder auszugleichen. Im Gegensatz zu den Bestimmungen des Bundesgleichstellungsgesetzes und des Soldatinnen- und Soldatengleichstellungsgesetzes gilt die Vorschrift auch für die Privatwirtschaft und rechtfertigt positive Diskriminierungsmaßnahmen nicht nur durch das Gesetz, sondern auch durch die Tarifvertrags- und Betriebsparteien sowie durch die Individualparteien des Arbeitsverhältnisses.<sup>157</sup> Im Rahmen der Betriebsverfassung nimmt ferner § 80 Abs. 1 Nr. 2a BetrVG den Betriebsrat zur „Durchsetzung der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern“ in die Pflicht. Wie aus der Gesetzesbegründung hervorgeht, soll die Regelung über das formale Gleichbehandlungsgebot des § 75 Abs. 1 BetrVG<sup>158</sup> hinausgehen und den Betriebsrat zur aktiven Förderung der Gleichstellung von weiblichen und männlichen Beschäftigten im Betrieb anhalten.<sup>159</sup>

---

157 Schlachter, in: Erfurter Kommentar (oben Fn. 76), § 5 AGG Rn. 2.

158 Dazu bereits oben 5.1.1.

159 BT-Drucks. 12/5468, S. 42. Siehe auch Fitting (oben Fn. 80), § 80 BetrVG Rn. 39, wonach die Regelung dem Betriebsrat erlaubt, auf ausgleichende Maßnahmen zugunsten von Frauen zu dringen, etwa bei Einstellungen, dem beruflichen Aufstieg, der Aufstellung von Entlohnungssystemen oder der Einrichtung von Teilzeitarbeitsplätzen.

Ein weiteres Beispiel für geschlechtsspezifische Fördermaßnahmen ist die Einrichtung der Gleichstellungsbeauftragten für Dienststellen des Bundes nach den §§ 19 ff. BGleiG sowie §§ 16 ff. SGleiG. Zu Gleichstellungsbeauftragten können ausschließlich Frauen gewählt werden; aktiv wahlberechtigt sind allein die weiblichen Beschäftigten (§ 19 Abs. 1 Satz 4 BGleiG, § 16a Abs. 1 Satz 2 SGleiG). Zu den Aufgaben der Gleichstellungsbeauftragten gehört in erster Linie der „Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen wegen ihres Geschlechts“, wobei von ihnen „insbesondere bei Benachteiligungen von Frauen“ ein Einschreiten erwartet wird (§ 25 Abs. 1 BGleiG). Zwar verwendet das Gesetz seit dem Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz<sup>160</sup> aus dem Jahr 2001 nicht länger den Begriff „Frauenbeauftragte“<sup>161</sup> und betont, dass die Gleichstellungsbeauftragten auch für Belange männlicher Beschäftigter zuständig sind, etwa bei der Frage der Vereinbarkeit von Familie und Erwerbstätigkeit.<sup>162</sup> Aus den oben erwähnten Vorschriften des Bundesgleichstellungsgesetzes, insbesondere über das aktive und das passive Wahlrecht, geht jedoch klar hervor, dass die Gleichstellungsbeauftragte vor allem die Interessen der – in den meisten Bereichen unterrepräsentierten – weiblichen Beschäftigten zu wahren hat.

Gesetzliche Differenzierungen zur Begünstigung des bislang benachteiligten Geschlechts finden sich schließlich auch in Vorschriften zur Bekleidung und zum äußeren Erscheinungsbild von Beschäftigten im öffentlichen Dienst. Ein Beispiel hierfür ist der bereits erwähnte (oben 7.1) Haar- und Barttrichterlass der Bundeswehr, der Soldaten hinsichtlich der Frisur und der Haarlänge strengeren Anforderungen unterwirft als Soldatinnen.<sup>163</sup> Auch was dekorative Kosmetik und das Tragen von Ohrsteckern anbelangt, gelten für Soldatinnen weniger restriktive Vorgaben als für ihre männlichen Kameraden.<sup>164</sup> Wie das Bundesverwaltungsgericht entschieden hat, stellen solche Privilegierungen legitime Maßnahmen dar, um den

---

160 Gesetz zur Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern vom 30.11.2001, BGBl. 2001 I S. 3234.

161 Die Ersetzung der Begriffe „Frauenförderung“ und „Frauenbeauftragte“ durch die Termini „Gleichstellung“ bzw. „Gleichstellungsbeauftragte“ sollte ausweislich der Gesetzesbegründung der „unzutreffende[n] Vorstellung [entgegenwirken], dass Frauen aufgrund mangelnder Qualifikation oder sonstiger Defizite gefördert werden müssen“. Siehe BT-Drucks. 14/5679, S. 15.

162 BT-Drucks. 14/5679, S. 26.

163 Nr. 201 ff. der Zentralen Dienstvorschrift A-2630/1 („Das äußere Erscheinungsbild der Soldatinnen und Soldaten der Bundeswehr“). Siehe zur fehlenden Rechtsgrundlage für die Dienstvorschrift Fn. 139 oben.

164 Siehe Nr. 302, 501 sowie 801 der Zentralen Dienstvorschrift A-2630/1.

Dienst in der Bundeswehr für Frauen attraktiver zu machen und so den Anteil von Soldatinnen in den Streitkräften zu erhöhen.<sup>165</sup>

### 8.1.2 Quotenregeln

Eine besondere Kategorie geschlechtsspezifischer Fördermaßnahmen, die in der geschlechterpolitischen Diskussion seit jeher für Kontroversen sorgt, sind die sogenannten Quotenregeln. Dabei handelt es sich um Regelungen, die bei der Besetzung von Repräsentations- und anderen Entscheidungsgremien öffentlicher Einrichtungen oder privater Unternehmen einen bestimmten Anteil der Sitze für die Angehörigen des typischerweise unterrepräsentierten Geschlechts „reservieren“.

In den bundesrechtlichen Vorschriften findet sich eine große Vielfalt an Quotenmodellen. Besonders weitgehend sind Regelungen, die eine geschlechterparitätische Gremienbesetzung vorschreiben. So verlangt beispielsweise § 7 Abs. 3 Satz 1 BGleiG, dass Kommissionen zur Auswahl von Beschäftigten für den Bundesdienst zu gleichen Teilen mit Frauen und Männern zu besetzen sind. Eine entsprechende Regelung gilt nach § 7 Abs. 3 SGleiG für die Prüfkommissionen im Rahmen der Annahmeverfahren von Soldatinnen und Soldaten bei der Bundeswehr. § 1 des Bundesgremienbesetzungsgesetzes<sup>166</sup> (BGremBG) nennt als gesetzgeberisches Ziel „die paritätische Vertretung von Frauen und Männern in Gremien, soweit der Bund Mitglieder für diese bestimmen kann“. § 4 Abs. 2 Satz 1 BGremBG schreibt dieses Ziel für die Besetzung von Aufsichtsgremien ab dem 1. Januar 2018 vor. Ebenfalls auf eine geschlechterparitätische Sitzverteilung zielt § 7 Abs. 1 Satz 2 des Mindestlohngesetzes: Die Vorschrift bestimmt mit Blick auf die Berufung der zwei beratenden Mitglieder der Mindestlohnkommission, dass die Bundesregierung „darauf hinwirken [soll], dass die Spitzenorganisationen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer eine Frau und einen Mann als beratendes Mitglied vorschlagen“.

Andere Bestimmungen schreiben keine paritätische Besetzung vor, verlangen jedoch, dass jedenfalls ein bestimmter Mindestanteil der Gremiensitze auf Angehörige eines Geschlechts entfallen muss. Ein für das Arbeitsrecht bedeutsames Beispiel sind die Quotenregelungen für die Besetzung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat paritätisch mitbestimmter und börsen-

<sup>165</sup> Nachweise Fn. 140 oben (im Zusammenhang mit dem Haar- und Barttrichterlass).

<sup>166</sup> Gesetz über die Mitwirkung des Bundes an der Besetzung von Gremien vom 24.4.2015, BGBl. 2015 I S. 642.



notierter Unternehmen. So schreiben etwa § 7 Abs. 3 des Mitbestimmungsgesetzes<sup>167</sup> (MitbestG), § 5a des Montan-Mitbestimmungsgesetzes<sup>168</sup> (Montan-MitbestG) sowie § 5a des Mitbestimmungsergänzungsgesetzes<sup>169</sup> (Montan-MitbestErgG) vor, dass auf der Arbeitnehmerbank des Aufsichtsrats Frauen und Männer jeweils mit einem Anteil von mindestens 30 Prozent vertreten sein müssen, sofern nicht von der Möglichkeit der Gesamterfüllung des Mindestanteilsgebots nach § 96 Abs. 2 Satz 2 des Aktiengesetzes<sup>170</sup> (AktG) Gebrauch gemacht wird und sich der Aufsichtsrat insgesamt zu mindestens 30 Prozent aus Frauen und zu mindestens 30 Prozent aus Männern zusammensetzt.

Wieder andere Quotenregelungen reservieren keinen starren prozentualen Mindestanteil der Sitze im Repräsentationsorgan zugunsten eines Geschlechts, sondern verlangen eine Sitzverteilung, die das zahlenmäßige Verhältnis zwischen männlichen und weiblichen Beschäftigten im jeweiligen Repräsentationsbereich widerspiegelt. Solche Bestimmungen enthält zum Beispiel § 4 Abs. 2 des Sprecherausschussgesetzes<sup>171</sup> (SprAuG) für die Zusammensetzung des Sprecherausschusses als betrieblicher Vertretungsinstanz der leitenden Angestellten, ebenso § 11 Abs. 5 und § 23 Abs. 5 Halbsatz 2 des Europäische Betriebsräte-Gesetzes<sup>172</sup> (EBRG) sowie § 4 Abs. 4 des Drittelbeteiligungsgesetzes<sup>173</sup> (DrittelbG) mit Blick auf die Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer. Einen etwas anderen Wortlaut verwendet § 17 Abs. 7 BPersVG, der nicht von „Frauen und Männern“ bzw. „Männern und Frauen“ spricht, sondern – scheinbar neutral – anordnet, dass „die Geschlechter [...] im Personalrat entsprechend dem Zahlenverhältnis vertreten sein [sollen]“. Ähnlich in der Formulierung lautet § 15 Abs. 2 BetrVG, wonach „[d]as Geschlecht, das in der Belegschaft in der Minderheit ist, [...] mindestens entsprechend seinem zahlenmäßigen Verhältnis im Betriebs-

---

167 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer vom 4.5.1976, BGBl. 1976 I S. 1153.

168 Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-2, veröffentlichten bereinigten Fassung.

169 Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 801-3, veröffentlichten bereinigten Fassung.

170 Aktiengesetz vom 6.9.1965, BGBl. 1965 I S. 1089.

171 Gesetz über Sprecherausschüsse der leitenden Angestellten vom 20.12.1988, BGBl. 1988 I S. 2316.

172 Gesetz über Europäische Betriebsräte in der Fassung der Bekanntmachung vom 7.12.2011, BGBl. I S. 2650.

173 Gesetz über die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat vom 18.5.2004, BGBl. 2004 I S. 974.

rat vertreten sein [muss]“.<sup>174</sup> Trotz des geschlechtsneutralen Wortlauts ergibt sich aus der Wahlordnung<sup>174</sup> (WO) für den Betriebsrat eindeutig, dass der Gesetzgeber von einem binären Geschlechtsmodell ausging.<sup>175</sup> Eine Besonderheit von § 15 Abs. 2 BetrVG besteht freilich darin, dass die Bestimmung lediglich einen Mindestanteil der Betriebsratssitze für das Minderheitsgeschlecht entsprechend seinem Anteil an der Gesamtbelegschaft fordert und folglich eine „Überrepräsentanz“ dieses Geschlechts nicht ausschließt.<sup>176</sup> Für die Jugend- und Auszubildendenvertretung enthält § 62 Abs. 3 BetrVG eine dem § 15 Abs. 2 BetrVG entsprechende Regelung.

Auf die Fixierung bestimmter Quoten verzichten hingegen § 47 Abs. 2 Satz 2 BetrVG und § 55 Abs. 1 Satz 2 BetrVG, die für den Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat lediglich vorsehen, dass die „Geschlechter [...] angemessen berücksichtigt werden [sollen]“.

Sehr unterschiedlich sind auch die Rechtsfolgen, die der Gesetzgeber für den Fall anordnet, dass die vorgeschriebene Quote nicht eingehalten wird. Teilweise sind die betreffenden Regelungen als bloße Soll-Vorschriften formuliert, woraus zu schließen ist, dass ihre Nichteinhaltung sanktionslos bleibt. Dies gilt etwa für das Gebot der Geschlechterproportionalität in § 17 Abs. 7 BPersVG,<sup>177</sup> § 4 Abs. 4 DrittelbG,<sup>178</sup> § 11 Abs. 5 und § 23 Abs. 5 Halbsatz 2 EBRG sowie für § 4 Abs. 2 SprAuG. Ebenso verhält es sich mit der Pflicht zur „angemessenen Berücksichtigung“ der Geschlechter bei der Zusammensetzung des Gesamt- und des Konzernbetriebsrats nach § 47 Abs. 2 Satz 2 BetrVG und § 55 Abs. 1 Satz 2 BetrVG.<sup>179</sup> Teilweise sind – dem regulatorischen Modell des „comply or explain“ folgend – Berichts- und Begründungspflichten vorgesehen, wenn die Quote missachtet wird. Diesem Muster folgt beispielsweise § 7 Abs. 3 BGleiG für den Fall, dass Auswahlkommissionen nicht geschlechterparitätisch besetzt werden, und § 4 Abs. 3 BGremBG, wenn gegen die Vorgaben für die Zusammensetzung der Aufsichtsgremien verstoßen wird.

174 Erste Verordnung zur Durchführung des Betriebsverfassungsgesetzes (Wahlordnung – WO) vom 11.12.2001, BGBl. 2001 I S. 3494.

175 Siehe insbesondere § 5 Abs. 1 und 2 WO, wo von „Frauen und Männern“ bzw. von „beiden Geschlechtern“ die Rede ist.

176 Dies war die ausdrückliche Absicht des Gesetzgebers, siehe BT-Drucks. 14/6352, S. 54.

177 Dörner, in: Personalvertretungsrecht, hrsg. von Richardi/Dörner/Peter, 4. Aufl. 2012, § 17 BPersVG Rn. 30.

178 Annuß, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz II, 5. Aufl. 2019, § 4 DrittelbG Rn. 10; Oetker, in: Erfurter Kommentar (oben Fn. 76), § 11 DrittelbG Rn. 11.

179 Fitting (oben Fn. 80), § 47 BetrVG Rn. 34 und § 55 BetrVG Rn. 7.

Mit schärferen Durchsetzungsmechanismen bewehrt sind hingegen die Quotenregelungen über die Besetzung der Arbeitnehmerbank im Aufsichtsrat paritätisch mitbestimmter und börsennotierter Unternehmen. § 18a Abs. 2 Satz 1 MitbestG ordnet die Unwirksamkeit der Wahl derjenigen Bewerber an, die aufgrund der erreichten Stimmenzahl einen Sitz erringen würden, der den Vertretern des anderen Geschlechts zusteht. Der durch die Unwirksamkeit der Wahl frei gebliebene Sitz ist nach § 18a Abs. 2 Satz 2 MitbestG entweder durch gerichtliche Ersatzbestellung oder durch Nachwahl so zu besetzen, dass die Quotenvorgabe erfüllt wird.

Anders sind die Rechtsfolgen zur Sicherung der Geschlechterquote im Betriebsrat nach § 15 Abs. 2 BetrVG ausgestaltet. Sofern nach der Stimmenverteilung nicht die erforderliche Mindestzahl an Sitzen auf Bewerber des Minderheitsgeschlechts entfällt, kommen Kandidaten des Minderheitsgeschlechts trotz der geringeren Zahl erhaltener Stimmen zum Zuge und verdrängen Kandidaten des Mehrheitsgeschlechts, die an sich die erforderliche Stimmenzahl zur Erringung eines Sitzes erhalten haben. Das Verfahren zur Erfüllung der Mindestquote zugunsten des Minderheitsgeschlechts ist im Einzelnen in § 15 Abs. 5 WO geregelt. Die Vorschrift ordnet an, dass als „Nachrücker“ zunächst solche Bewerber des Minderheitsgeschlechts berücksichtigt werden, die auf derselben Vorschlagsliste wie die „übersprungenen“ Bewerber kandidieren (§ 15 Abs. 5 Nr. 1 WO). Gibt es innerhalb derselben Liste keine (weiteren) Bewerber des Minderheitsgeschlechts, rücken Kandidaten aus anderen Listen in den Betriebsrat nach (sogenannter „Listensprung“, § 15 Abs. 5 Nr. 2 WO). Nur für den Fall, dass auch auf keiner anderen Liste Nachrückkandidaten des Minderheitsgeschlechts zur Verfügung stehen, behält der Bewerber des Mehrheitsgeschlechts seinen Sitz, auch wenn dadurch im Ergebnis die Mindestquote zugunsten des Minderheitsgeschlechts nicht erfüllt wird (§ 15 Abs. 5 Nr. 5 WO).

## 8.2 Rechtfertigung positiver Diskriminierung im Rahmen einer binären Geschlechterordnung

### 8.2.1 Rechtfertigungserfordernis

Die vorstehend beschriebenen Regelungen zielen auf die Begünstigung von Personen eines bestimmten Geschlechts ab, um Nachteile zu verhindern oder auszugleichen, die Angehörige dieses Geschlechts typischerweise treffen. Bei den zuletzt behandelten Quotenregelungen besteht die Begünstigung darin, dass Personen wegen ihres Geschlechts einen Sitz in einem Repräsentations- oder Entscheidungsgremium erhalten, den sie ohne die Quotenregelung möglicherweise nicht erhalten hätten. Damit korrespondiert ein Nachteil potenzieller Gremienmitglieder des anderen Geschlechts, die ebenfalls wegen ihres Geschlechts keinen Sitz im Gremium erhalten.<sup>180</sup> Bei den Fördermaßnahmen, die den Zugang zu Arbeitsplätzen und den beruflichen Aufstieg zum Gegenstand haben, besteht die Begünstigung darin, dass Personen des geförderten Geschlechts bevorzugt eingestellt oder befördert werden. Daraus entspringt auf der anderen Seite ein entsprechender Nachteil für Bewerber und Beschäftigte des anderen Geschlechts, die trotz gleicher Eignung nicht eingestellt oder befördert werden.<sup>181</sup>

Eine solche Ungleichbehandlung stellt aus Sicht der Personen des nicht geförderten Geschlechts eine geschlechtsbezogene Benachteiligung dar. Am Maßstab des nationalen Rechts gemessen berühren derartige Regelungen das besondere Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Auf der Ebene des Unionsrechts ist das entsprechende Verbot der Geschlechtsdiskriminierung gemäß Art. 21 Abs. 1 GRC betroffen, im Bereich der Beschäftigung zusätzlich Art. 14 der Richtlinie 2006/54/EG sowie – bei Ungleichbehandlungen hinsichtlich des Arbeitsentgelts – Art. 4 derselben Richtlinie sowie Art. 157 Abs. 1 AEUV. Diese Vorschriften verbieten, wie bereits mehrfach angesprochen, Diskriminierungen wegen des Geschlechts.

---

180 BAG 16.3.2005, NZA 2005, 1252, 1256, im Zusammenhang mit der Quotenregelung des § 15 Abs. 2 BetrVG (Beeinträchtigung u. a. des passiven Wahlrechts von Bewerbern, die nicht dem Minderheitsgeschlecht angehören); Papier/Heidebach, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305, 314.

181 Papier/Heidebach, Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, DVBl. 2015, 125, 126.

## 8.2.2 Rechtfertigung im Rahmen des deutschen Verfassungsrechts

Mit Blick auf das autonome innerstaatliche Recht betont das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung, dass der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen legitimieren könne. Wie der im Jahr 1994 angefügte<sup>182</sup> Satz 2 der Grundgesetzbestimmung nunmehr betont,<sup>183</sup> fördert der Staat „die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin“. Dieses Gleichberechtigungsgebot – so das Bundesverfassungsgericht – berechtige den Gesetzgeber, tatsächlich bestehende Nachteile zulasten eines Geschlechts durch begünstigende Regelungen auszugleichen.<sup>184</sup> Der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG vermag somit als kollidierendes Verfassungsrecht Fördermaßnahmen zu legitimieren, die ihrerseits in Anknüpfung an das Geschlecht diskriminieren.<sup>185</sup>

Allerdings unterliegt die Rechtfertigung derartiger positiver Diskriminierungsmaßnahmen strengen Anforderungen. Der Gesetzgeber darf bei der Verwirklichung des Gleichberechtigungsgebots nicht unverhältnismäßig in die durch Art. 3 Abs. 3 Satz 1 geschützten Rechte jener Personen eingreifen, die dem bisher überrepräsentierten Geschlecht angehören und nun durch die Fördermaßnahme benachteiligt werden.<sup>186</sup> Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt insbesondere, dass die Fördermaßnahme erforderlich sein muss. Die Erforderlichkeit setzt – wie schon aus dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG hervorgeht – die Existenz „bestehender

---

182 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 27.10.1994, BGBl. 1994 I S. 3146.

183 Zur entsprechenden Rechtsprechung vor Änderung des Grundgesetzes siehe BVerfG 28.1.1992, BVerfGE 85, 191, 207; BVerfG 28.1.1987, BVerfGE 74, 163, 180.

184 BVerfG 25.10.2005, BVerfGE 114, 357, 370; BVerfG 24.1.1995, BVerfGE 92, 91, 109; BVerfG 28.1.1992, BVerfGE 85, 191, 207 (in allen Fällen ging es um mögliche Begünstigungen von Frauen).

185 Die Verfassungsmäßigkeit konkreter Fördermaßnahmen ist freilich im Einzelnen umstritten, siehe einerseits die in der vorigen Fn. nachgewiesene Rechtsprechung zur Verfassungskonformität bestimmter Förderregeln, andererseits z. B. Kamanabrou, Betriebsratswahl – Geschlechterquote, RdA 2006, 186, 188 ff. (Verfassungswidrigkeit von § 15 Abs. 2 BetrVG); Kischel, in: Beck'scher Online-Kommentar (oben Fn. 43), Art. 3 GG Rn. 206 (Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von Männern vom Amt der Gleichstellungsbeauftragten); Nußberger, in: Sachs (oben Fn. 50), Art. 3 GG Rn. 283 (generelle Zielsetzung paritätischer Repräsentanz von Frauen und Männern in allen gesellschaftlichen Bereichen verfassungswidrig).

186 Zum Erfordernis eines verhältnismäßigen Ausgleichs zwischen den kollidierenden Rechtspositionen Langenfeld, in: Maunz/Dürig (oben Fn. 50), Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 93; Nußberger, in: Sachs (oben Fn. 50), Art. 3 GG Rn. 266; Papier/Heidebach, DVBl. 2015, 125, 126.

Nachteile“ zulasten der Angehörigen des geförderten Geschlechts voraus. Der Gesetzgeber muss also in nachvollziehbarer Weise darlegen, dass Männer und Frauen nach dem Status quo keine Chancengleichheit genießen. Dazu genügt allerdings bereits der statistische Nachweis einer massiven Unterrepräsentanz des geförderten Geschlechts im relevanten Regelungskontext.<sup>187</sup>

Obwohl die Entscheidungen zur positiven Diskriminierung, soweit erkennbar, allesamt Fördermaßnahmen zugunsten von Frauen betrafen, ist überwiegend anerkannt, dass der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG auch die bevorzugte Behandlung von Männern in Bereichen zu rechtfertigen vermag, wo sich diese gegenüber Frauen in einer nachteiligen Position befinden.<sup>188</sup> § 7 Abs. 1 Satz 3 und § 8 Abs. 1 Satz 5 BGleIG, die Vergünstigungen für männliche Bewerber erlauben, soweit sie „auf Grund struktureller Benachteiligung unterrepräsentiert sind“, finden also im Gleichberechtigungsgesetz ebenso eine verfassungsrechtliche Grundlage wie beispielsweise die Mindestquote männlicher Betriebsratsmitglieder in Betrieben, in denen männliche Arbeitnehmer das „Geschlecht in der Minderheit“ im Sinne von § 15 Abs. 2 bzw. § 62 Abs. 3 BetrVG sind.

### 8.2.3 Rechtfertigung im Rahmen des Unionsrechts

Im Recht der Europäischen Union gelten ähnliche Grundsätze. Die mit der gezielten Begünstigung des strukturell benachteiligten Geschlechts verbundene Benachteiligung von Angehörigen des anderen Geschlechts ist unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt, um „in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten [im Verhältnis zwischen

187 Vgl. zur entsprechenden Prüfung in der Rechtsprechung der Fachgerichte BVerwG 31.1.2019, NVwZ 2019, 1291, Rn. 39 (im Zusammenhang mit der Begünstigung von Soldatinnen bei den Anforderungen an das äußere Erscheinungsbild); LAG Schleswig-Holstein 2.11.2017, BeckRS 2017, 143011, Rn. 44 (im Zusammenhang mit landesrechtlichen Vorschriften, die Männern das passive Wahlrecht für das Amt einer kommunalen Gleichstellungsbeauftragten versagten); BAG 16.3.2005, NZA 2005, 1252, 1256 (im Zusammenhang mit der Geschlechtermindestquote des § 15 Abs. 2 BetrVG); BVerwG 18.7.2002, NVwZ 2003, 92, 94. Siehe zur Rechtfertigung der Quotenregelungen für die Besetzung des Aufsichtsrats die statistischen Nachweise in der Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/3784, S. 40.

188 Nußberger, in: Sachs (oben Fn. 50), Art. 3 GG Rn. 265 (Förderungsgebot „unmissverständlich nicht exklusiv für Frauen geltend“); Langenfeld, in: Maunz/Dürig (oben Fn. 50), Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 80 („symmetrischer Schutz“); a.A. Baer/Markard, in: von Mangoldt/Klein/Starck (oben Fn. 156), Art. 3 GG Rn. 361 (Gleichberechtigungsgesetz als „zugunsten von Frauen wirkendes, antipatriarchales ‚Dominierungsverbot‘“).

den Geschlechtern zu] beseitigen oder [zu] verringern“.<sup>189</sup> Die prinzipielle Zulässigkeit positiver Diskriminierungsmaßnahmen findet in verschiedenen Vorschriften des Unionsrechts ihren gesetzlichen Niederschlag, namentlich in Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG, in Art. 157 Abs. 4 AEUV sowie in Art. 23 Abs. 2 GRC. Auch der Gerichtshof der Europäischen Union verlangt für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung das objektive Vorliegen faktischer Nachteile für das Geschlecht, dem die Fördermaßnahme zugutekommen soll.<sup>190</sup> In Art. 23 Abs. 2 GRC und Art. 157 Abs. 4 AEUV heißt es sogar ausdrücklich, dass sich die Vergünstigungen auf das „unterrepräsentierte Geschlecht“ beziehen sollen. Allerdings hat sich der Gerichtshof, soweit ersichtlich, noch nicht zu der Frage geäußert, welche konkreten Anforderungen an den Nachweis der Unterrepräsentanz zu stellen sind.<sup>191</sup>

Im Unionsrecht herrscht ebenfalls die Ansicht vor, dass positive Diskriminierungsmaßnahmen auch zugunsten unterrepräsentierter Männer zulässig sind.<sup>192</sup> Der geschlechtsneutrale Wortlaut der Art. 23 Abs. 2 GRC und Art. 157 Abs. 4 AEUV legt diesen Schluss nahe.

## 8.2.4 Besonderheiten der positiven Diskriminierung im binären Geschlechtsmodell

Die Beurteilung positiver Diskriminierungsmaßnahmen bereitet in einer binären Geschlechterordnung vergleichsweise geringere Schwierigkeiten. Hier geht es darum, einen angemessenen Interessenausgleich zwischen lediglich zwei verschiedenen Personengruppen herzustellen: Den strukturell Benachteiligten stehen die strukturell Privilegierten gegenüber. In einem solchen bipolaren Verhältnis ist die rechtliche Begünstigung der strukturell Benachteiligten prinzipiell geeignet, die faktischen Vorteile der bisher

189 EuGH 30.9.2010, Rs. C-104/09 (Pedro Manuel Roca ./ Sesa Start España ETT SA), Slg. 2010, I-8661, Rn. 33; EuGH 11.11.1997, Rs. 409/95 (Hellmut Marschall ./ Land Nordrhein-Westfalen), Slg. 1997, I-6363, Rn. 26; EuGH 17.10.1995, Rs. C-450/93 (Eckhard Kalanke ./ Freie Hansestadt Bremen), Slg. 1995, I-3051, Rn. 18 (sämtliche Entscheidungen zu Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie 76/207).

190 Siehe Nachweise in der vorigen Fn.

191 Für die Möglichkeit eines statistischen Nachweises Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (oben Fn. 87), Art. 23 GRC Rn. 16. Nach Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 23 GRC Rn. 19, setzen positive Maßnahmen nach Art. 23 Abs. 2 GRC voraus, dass ein Geschlecht „deutlich unterrepräsentiert bzw. benachteiligt“ ist. Allerdings findet diese gesteigerte Anforderung an die Rechtfertigung positiver Diskriminierungsmaßnahmen, soweit ersichtlich, keinen unmittelbaren Anhaltspunkt in der Rechtsprechung des Gerichtshofs.

192 Ebenso Jarass (vorige Fn.), Art. 23 GRC Rn. 20; Mohr, in: Franzen/Gallner/Oetker (oben Fn. 87), Art. 23 GRC Rn. 15; a.A. Eichenhofer, in: EUV/AEUV, hrsg. von Streinz, 3. Aufl. 2018, Art. 157 AEUV Rn. 25.

Privilegierten auszugleichen und somit tatsächliche Chancengleichheit zwischen den Kontrahenten herzustellen. Die Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts geht mit anderen Worten stets und zwangsläufig zulasten des überrepräsentierten Geschlechts.

Hinzu kommt ein weiterer Aspekt, der in einer binären Geschlechterordnung die Legitimierung positiver Diskriminierungsmaßnahmen praktisch erleichtert. Da der Anteil von Frauen und Männern in der Gesamtbevölkerung annähernd gleich groß ist,<sup>193</sup> lässt sich die Unterrepräsentanz eines Geschlechts in bestimmten Berufen oder Führungspositionen vergleichsweise einfach nachweisen. Sofern im relevanten Bereich ein signifikantes zahlenmäßiges Ungleichgewicht zwischen den männlichen und den weiblichen Beschäftigten besteht, stellt dieser Befund ein Indiz für fehlende Chancengleichheit in der sozialen Wirklichkeit dar.

## 8.3 Grundsätzliche Schwierigkeiten bei der Rechtfertigung positiver Diskriminierung im Rahmen eines nichtbinären Geschlechtsmodells

### 8.3.1 Wesentliche Fragestellungen

Ungleich komplizierter gestaltet sich die Beurteilung geschlechtsspezifischer Fördermaßnahmen in der nichtbinären Geschlechterordnung. Die Schwierigkeiten rühren daher, dass bei der Anerkennung weiterer Geschlechtskategorien jenseits von männlich und weiblich das Geschlechterverhältnis nicht länger bipolar ist, sondern mehrpolig. In einem solchen System ist es denkbar, dass mehr als ein Geschlecht unterrepräsentiert ist. Fördermaßnahmen zugunsten eines strukturell benachteiligten Geschlechts gehen dann möglicherweise nicht ausschließlich zulasten des faktisch bessergestellten Geschlechts, sondern wirken sich auch nachteilig auf das weitere unterrepräsentierte Geschlecht aus. In einer solchen Konstellation erscheint die Legitimation positiver Diskriminierungsmaßnahmen zweifelhaft.

---

193 Nach Angaben des Statistischen Bundesamts lebten zum Stichtag 30.6.2019 ca. 41 Millionen Männer und ca. 42 Millionen Frauen in Deutschland. Die genauen Zahlen sind abrufbar unter <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/zensus-geschlecht-staatsangehoerigkeit-2019.html>.



Hinzu kommt, dass aufgrund des äußerst niedrigen und nicht genau bezifferbaren Anteils von Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung an der Gesamtbevölkerung (oben 2.) der empirische Nachweis einer Unterrepräsentanz sowie struktureller Benachteiligungen dieser Geschlechter in konkreten Berufen und Branchen schwer zu führen ist. Statistische Angaben, etwa über das Fehlen oder die Präsenz intergeschlechtlicher Beschäftigter in bestimmten Führungspositionen, sind unter solchen Bedingungen kaum repräsentativ und sagen wenig darüber aus, ob Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung in der sozialen Wirklichkeit diskriminiert werden.

Im Folgenden ist also die Reichweite des Gleichstellungsauftrags des Art. 3 Abs. 2 GG und der entsprechenden unionsrechtlichen Regelungen zu klären. Gelten die angesprochenen Gebote nur im Verhältnis zwischen Männern und Frauen oder werden ebenso die weiteren rechtlich anerkannten Geschlechtskategorien erfasst? Von der Antwort auf diese Fragen hängt insbesondere ab, ob der Gesetzgeber ermächtigt oder gar verpflichtet ist, Fördermaßnahmen auch zugunsten von Personen mit offenem oder diverssem Geschlechtseintrag zu ergreifen, die nachweislich strukturell benachteiligt sind. Darüber hinaus ist die Untersuchung wichtig für die Beurteilung, ob sich Fördermaßnahmen zugunsten unterrepräsentierter Frauen bzw. Männer zum Nachteil solcher Personen auswirken dürfen.

### 8.3.2 Reichweite des Gleichstellungsauftrags des Art. 3 Abs. 2 GG

In Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG heißt es, dass „Männer und Frauen“ gleichberechtigt sind. Satz 2 fordert die „tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern“. Diese Formulierung spricht für sich genommen nicht von vornherein gegen die Erstreckung des Gleichstellungsauftrags auf Geschlechtskategorien jenseits des männlichen und des weiblichen Geschlechts. So ist bereits im Zusammenhang mit den Diskriminierungsverboten (oben 5.2.2.2) deutlich geworden, dass auch Vorschriften, die ausschließlich die männliche und weibliche Personenbezeichnung verwenden, zugunsten von Personen anwendbar sind, die für die dritte Geschlechtskategorie optieren.

Bei den eben erwähnten Diskriminierungsverboten handelt es sich allerdings um Normen, die das in Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG (und entsprechenden unionsrechtlichen Regelungen) niedergelegte Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts auf der Ebene des einfachen Gesetzesrechts konkre-

tisieren. Diese Vorschriften sind verfassungskonform entsprechend dem jetzigen Verständnis des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG anzuwenden, wonach das Geschlecht schlechthin – gleich ob weiblich, männlich, divers oder unbestimmt – kein von der Rechtsordnung toleriertes Differenzierungsmerkmal darstellt. Demgegenüber liegen die Dinge beim Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG anders. Es handelt sich dabei nämlich um eine Vorschrift von verfassungsrechtlichem Rang, die eigenständige Bedeutung besitzt und nicht im Licht des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG auszulegen ist.

Außerdem ist zu bedenken, dass der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG, soweit er diskriminierende Maßnahmen zugunsten des strukturell benachteiligten Geschlechts legitimiert, eine Ausnahme vom Verbot der Geschlechtsdiskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG bildet. Diese Ausnahme ist von der Verfassung eng gefasst und an bestimmte Bedingungen geknüpft worden, etwa an das Vorliegen „bestehender Nachteile“ für das geförderte Geschlecht. Entstehungsgeschichtlich ist die Norm eine von der Frauenrechtsbewegung erkämpfte Reaktion auf die jahrhundertlange rechtliche wie faktische Benachteiligung von Frauen gegenüber Männern in nahezu allen Bereichen des öffentlichen und privaten Lebens.<sup>194</sup> Diese Überlegungen sprechen dagegen, Art. 3 Abs. 2 GG in seiner Legitimation geschlechtsbezogener Diskriminierungen de lege lata auf andere Geschlechterverhältnisse zu erstrecken.<sup>195</sup>

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung zur dritten Geschlechtsoption (oben 1.2.2) angedeutet, dass es den Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG, was den persönlichen Schutzbereich anbelangt, enger interpretiert als das Verbot der Geschlechtsdiskriminierung nach Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Als Begründung verweist das Gericht zum einen auf den engeren Wortlaut, zum anderen auf den „über das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG hinausreichende[n] Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG“, der darin bestehe, „dass er ein Gleichberechtigungsgesbot auf-

---

194 Ausführlich zur Entstehungsgeschichte des Art. 3 Abs. 2 GG in seiner ursprünglichen Fassung sowie zur späteren Erweiterung um Satz 2 Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 323–332 und 392–398. Siehe zum neuen Satz 2 auch den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, S. 49, in dem fortbestehende Benachteiligungen zulasten von Frauen als entscheidender Beweggrund für die Verfassungsänderung genannt werden. Die Funktion von Art. 3 Abs. 2 GG als Schutzgebot zugunsten von Frauen hervorhebend Baer/Markard, in: von Mangoldt/Klein/Starck (oben Fn. 156), Art. 3 GG Rn. 361.

195 Ebenso Kischel, in: Beck'scher Online-Kommentar (oben Fn. 43), Art. 3 GG Rn. 183; Rädler (oben Fn. 16), S. 75; wohl auch Baer/Markard, in: von Mangoldt/Klein/Starck (oben Fn. 156), Art. 3 GG Rn. 357 und 360.

stellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt“.<sup>196</sup> Anzumerken ist freilich, dass sich das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung nicht abschließend über die Reichweite des Gleichstellungsauftrags äußern musste. Für die Beurteilung des Falls war allein das Benachteiligungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG maßgebend. Daher ist dieses obiter dictum – das die Verhaftung des Gleichstellungsauftrags im binären Modell betont – bemerkenswert.

Beschränkt man den Gleichstellungsauftrag – wie hier befürwortet – auf das Verhältnis zwischen Frauen und Männern, ergeben sich für den vorliegenden Untersuchungsgegenstand zwei wichtige Konsequenzen. Zum einen lassen sich auf der Grundlage des Art. 3 Abs. 2 GG in seiner geltenden Fassung keine positiven Diskriminierungsmaßnahmen zugunsten von Personen legitimieren, die nicht dem männlichen oder weiblichen Geschlecht angehören. Zum anderen lassen sich jedoch auch keine positiven Diskriminierungsmaßnahmen zur Begünstigung unterrepräsentierter Frauen oder Männer rechtfertigen, die eine Benachteiligung von Menschen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag zur Folge haben. Welche konkreten Auswirkungen sich daraus für das geltende Recht ergeben, ist an späterer Stelle aufzuzeigen (unten 8.4).

### 8.3.3 Unionsrechtliche Vorgaben

Auch im vorliegenden Kontext gilt indessen: Die hier vertretene Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG – insbesondere der Ausschluss positiver Diskriminierungsmaßnahmen zugunsten von Beschäftigten, die den Geschlechtseintrag „divers“ oder keine positive Geschlechtsangabe wählen – darf nicht gegen vorrangige Bestimmungen des Unionsrechts verstoßen. Relevanter Prüfungsmaßstab sind in diesem Zusammenhang die bereits oben (8.2.3) angesprochenen Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG sowie Art. 157 Abs. 4 AEUV, die beide den Mitgliedstaaten die Einführung bzw. Beibehaltung positiver Maßnahmen zur „effektive[n] Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben“ erlauben. Da der Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung unionsrechtlich durch die Richtlinie 2006/54/EG reguliert ist, findet außerdem gemäß Art. 51 Abs. 1 GRC die europäische Grundrechtecharta Anwendung (3.2.1). Es muss deshalb zusätzlich Art. 23 Abs. 2 GRC berücksichtigt werden, der ebenfalls „spezifische Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht“ rechtfertigt.

---

<sup>196</sup> BVerfG 10.10.2017, BVerfGE 147, 1, Rn. 60.

Wie bereits erwähnt, ist derzeit offen, ob der Gerichtshof der Europäischen Union den Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung auf Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung ausweiten wird (oben 3.2.2). Für die vorliegende Fragestellung ist die künftige Positionierung des Gerichtshofs indessen irrelevant. Die einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts formulieren allesamt nur die prinzipielle Befugnis – und keine Verpflichtung – der Mitgliedstaaten, positive Maßnahmen zugunsten eines unterrepräsentierten Geschlechts zu ergreifen. Der Regelungsgehalt der Vorschriften erschöpft sich in der Klarstellung, dass solche Regelungen nicht gegen das unionsrechtliche Verbot geschlechtsbezogener Diskriminierung verstoßen. Vor diesem Hintergrund erscheinen Konflikte mit dem Unionsrecht ausgeschlossen, wenn ein Mitgliedstaat – entsprechend der hier vertretenen Auslegung des Art. 3 Abs. 2 GG – positive Fördermaßnahmen lediglich zur Gewährleistung faktischer Chancengleichheit im Verhältnis zwischen Frauen und Männern erlaubt.<sup>197</sup>

## 8.4 Bewertung konkreter Regelungsoptionen

Auf der Grundlage der vorstehenden Überlegungen sollen im Folgenden konkrete Regelungsoptionen aufgezeigt und bewertet werden, die für die Ausgestaltung geschlechtsbezogener Fördermaßnahmen in der nichtbinären Geschlechterordnung denkbar sind. Als Regelungsalternativen kommen im Wesentlichen das Modell der erweiterten Differenzierung sowie das Unisex- und das Optionsmodell in Betracht, die bereits im Zusammenhang mit den neutralen Differenzierungsnormen diskutiert worden sind (oben 7.2.2). Zunächst jedoch soll die Möglichkeit in den Blick genommen werden, dass der Gesetzgeber keine Anpassung der geltenden Rechtslage vornimmt.

---

197 Siehe in diesem Zusammenhang auch die Erklärung 28 in der Schlussakte des Vertrags von Amsterdam, wonach Maßnahmen der Mitgliedstaaten nach Art. 119 Abs. 4 EWG (jetzt: Art. 157 Abs. 4 AEUV) „in erster Linie der Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben dienen“ sollen.

### 8.4.1 Keine Einführung positiver Fördermaßnahmen zugunsten der dritten Geschlechtsoption (Beibehaltung des rechtlichen Status quo)

Zunächst erscheint es denkbar, dass der Gesetzgeber die geltenden Förderregeln zugunsten des typischerweise benachteiligten Geschlechts, die sich entweder auf Frauen oder auf Männer beziehen, unangetastet lässt und darauf verzichtet, sie um Vorschriften zur Förderung strukturell benachteiligter Beschäftigter mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag zu ergänzen.<sup>198</sup> Wie bereits ausgeführt (oben 8.3.2), wäre ein solches Vorgehen nach hier vertretener Einschätzung vom Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG gedeckt.<sup>199</sup>

Klarzustellen ist, dass nach diesem Regelungsmodell Fördermaßnahmen zugunsten der dritten Geschlechtsoption auch nicht im Wege der Rechtsanwendung, also durch Auslegung oder richterliche Rechtsfortbildung, eingeführt werden dürften. Eine solche richterrechtliche Ausweitung geschlechtsbezogener Förderregeln kommt dort in Betracht, wo die relevanten Vorschriften neutral formuliert sind und an das unterrepräsentierte „Geschlecht“ anknüpfen. So verhält es sich namentlich mit § 15 Abs. 2 BetrVG, der für die Sitzverteilung im Betriebsrat eine Mindestquote zugunsten des „Geschlecht[s], das in der Belegschaft in der Minderheit ist“, vorschreibt (oben 8.1.2). Teilweise wird bereits erwogen, die Regelung zugunsten Beschäftigter mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag anzuwenden, sofern diese in ihrem Betrieb – was regelmäßig der Fall sein dürfte – das Minderheitsgeschlecht darstellen.<sup>200</sup> Eine solche Auslegung des § 15 Abs. 2 BetrVG ist nach hier vertretenem Standpunkt verfassungswidrig. Sie kann im Ergebnis zu einer Begünstigung intergeschlechtlicher Personen auf Kosten unterrepräsentierter Frauen (oder Männer) führen – etwa wenn eine Bewerberin auf ihren Sitz im Betriebsrat verzichten müsste, da-

---

198 Siehe etwa die Antwort der Bundesregierung vom 25.3.2019 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Nicole Höchst, Martin Reichardt, Frank Pasemann, Thomas Ehrhorn und der Fraktion der AfD, BT-Drucks. 19/8716, S. 2, wonach die Bundesregierung (jedenfalls zum damaligen Zeitpunkt) „kein Gesetz, das eine Quote für Menschen mit dem Geschlechtseintrag ‚divers‘ vorsieht“, plante.

199 Ebenso – in Bezug auf die Quotenregelung für die Zusammensetzung des Aufsichtsrats – Habersack, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (oben Fn. 178), § 96 AktG Rn. 45; Oetker, in: Erfurter Kommentar (oben Fn. 76), § 96 AktG Rn. 4.

200 So Franzen (oben Fn. 80), S. 138 (allerdings ohne der Frage nachzugehen, inwieweit ein solches Verständnis mit Art. 3 Abs. 2 GG vereinbar ist); im Ergebnis offenlassend Verhoek/Weuthen, Betriebsratswahlen 2018: Neues zur Wahlauswertung und zum dritten Geschlecht, ArbR-Aktuell 2018, 65, 68; Weller, BB 2018, Heft 7, Die erste Seite, jedoch im Ergebnis ablehnend.

mit ein intergeschlechtlicher Bewerber zur Erfüllung der Mindestquote in den Betriebsrat nachrücken kann.<sup>201</sup> Der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG legitimiert lediglich Begünstigungen im Verhältnis zwischen Frauen und Männern (oben 8.3.2).

Im Fall des Verzichts auf positive Diskriminierungsmaßnahmen zugunsten von Personen, die für die dritte Geschlechtskategorie optieren, erscheint allerdings die gesetzgeberische Klarstellung geboten, dass sich die geltenden geschlechtsbezogenen Förderregeln nicht zulasten dieser Personengruppe auswirken dürfen. Bewerben sich beispielsweise eine Frau und eine Person mit offenem bzw. diversem Geschlechtseintrag um eine Stelle im Bundesdienst, darf bei gleicher Eignung nicht der Grundsatz des § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleG gelten, wonach der Bewerberin der Vorzug gebührt (oben 8.1.1). Art. 3 Abs. 2 GG vermag die Bevorzugung der Bewerberin nur im Verhältnis zu einem männlichen Bewerber zu rechtfertigen. Eine entsprechende klarstellende Bestimmung würde außerdem deutlich machen, dass Regelungen, die eine geschlechterparitätische Besetzung von Gremien vorschreiben (oben 8.1.2), Personen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag nicht den Zugang zu diesen Gremien versperren können. Ähnliche Vorschriften, die die Anwendung geschlechtsspezifischer Fördermaßnahmen im Interesse anderer schutzwürdiger Personengruppen begrenzen, finden sich bereits jetzt im Schwerbehindertenrecht, etwa in § 165 Satz 3 und in § 205 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch<sup>202</sup> (SGB IX). Diese Vorschriften könnten als Blaupause für eine vergleichbare Bestimmung zum Schutz von Menschen dienen, die von der personenstandsrechtlichen Möglichkeit eines offenen oder diversen Geschlechtseintrags Gebrauch machen.

Entsprechende Überlegungen gelten in Bezug auf die verbindlichen (d. h. nicht lediglich auf Soll-Vorschriften beruhenden) Quotenregelungen. Die Bestimmungen des § 15 Abs. 5 WO zur Durchsetzung der Mindestquote im Betriebsrat zugunsten des Minderheitsgeschlechts dürfen nicht dazu führen, dass ein Bewerber mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag auf seinen Sitz verzichten muss, um einem Kandidaten des Minderheitsgeschlechts Platz zu machen.<sup>203</sup> Hier wäre eine Klarstellung in der Wahlordnung wünschenswert, dass in diesem Fall der Kandidat des Mehrheitsgeschlechts mit der nächsthöheren Stimmenzahl seinen Sitz aufgeben

201 Ebenso Schmidt, in: Erfurter Kommentar (oben Fn. 76), Art. 3 GG Rn. 94.

202 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen vom 23.12.2016, BGBl. 2016 I S. 3234.

203 Anders Franzen (oben Fn. 80), S. 141.

muss. Ebenso sollte bei den Quotenregelungen nach dem Mitbestimmungsgesetz für die Besetzung der Arbeitnehmerbank in Aufsichtsräten verfahren werden. Auch hier darf die Wahl eines nichtbinären Bewerbers nicht nach § 18a Abs. 2 MitbestG unwirksam werden, um die Erfüllung des Mindestanteilsgebots durchzusetzen. Vielmehr sollte die Wahl des Bewerbers des überrepräsentierten Geschlechts mit dem nächstbesseren Stimmenanteil unwirksam sein.

Anzumerken ist allerdings, dass die eben aufgezeigten Grundsätze nicht immer eine widerspruchsfreie Auflösung möglicher Konfliktlagen ermöglichen. Ein Beispiel hierfür bildet der Fall, dass sich ein Mann, eine Frau und eine Person mit dem Geschlechtseintrag „divers“ bzw. ohne positive Geschlechtsangabe auf eine Stelle bewerben, die alle in gleicher Weise für die Tätigkeit geeignet sind. § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleIG verlangt in einer solchen Konstellation bei Unterrepräsentanz von Frauen an sich die Bevorzugung der Bewerberin im Verhältnis zum männlichen Kandidaten. Eine solche Bevorzugung würde indessen den intergeschlechtlichen Bewerber benachteiligen. Dafür fehlt es jedoch nach hier vertretener Auffassung an einer Rechtfertigung nach Art. 3 Abs. 2 GG. Verzichtet man zum Schutz des intergeschlechtlichen Bewerbers auf die Begünstigung der Kandidatin, wird das Frauenförderungsgebot des § 8 Abs. 1 Satz 1 BGleIG missachtet, da die Kandidatin im Ergebnis die gleiche Behandlung erfährt wie der männliche Bewerber.

Ein ähnlicher Konflikt tritt bei den Vorschriften der Bundeswehr zum äußeren Erscheinungsbild (oben 8.1.1) auf, die gezielt Soldatinnen privilegieren, um den Anteil von Frauen im Militär zu erhöhen. Solche Regelungen bewirken nämlich einerseits eine gerechtfertigte Begünstigung von Frauen gegenüber Männern, gleichzeitig jedoch eine ungerechtfertigte Begünstigung von Frauen gegenüber Soldaten, die den Geschlechtseintrag „divers“ oder keine positive Geschlechtsangabe wählen. Erstreckt man die Privilegierungen auf intergeschlechtliche Soldaten, um ihre Benachteiligung gegenüber Frauen zu beseitigen, bewirkt man wiederum eine unzulässige Bevorzugung intergeschlechtlicher Personen gegenüber Männern.

Nicht anders verhält es sich mit der Beschränkung des aktiven und passiven Wahlrechts für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten allein auf weibliche Beschäftigte. Das Ziel der Frauenförderung rechtfertigt nicht den Ausschluss von Beschäftigten mit diversem oder unbestimmtem Geschlecht von der Wahl. Gewährte man jedoch auch dieser Gruppe das

Wahlrecht, würde sie gegenüber den (vom Wahlrecht weiterhin ausgeschlossenen) männlichen Beschäftigten auf unzulässige Weise begünstigt.

Die richtige Lösung dürfte in solchen Konstellationen darin bestehen, den Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG als (restriktiv anzuwendende) Ausnahme vom Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zurücktreten zu lassen und alle Geschlechter formal gleich zu behandeln. Mit Blick auf das oben geschilderte Bewerbungsbeispiel hat dieser Grundsatz zur Folge, dass für die Auswahlentscheidung das Geschlecht der sich bewerbenden Personen überhaupt keine Rolle spielen darf. Was die Vorschriften über das äußere Erscheinungsbild wiederum anbelangt, liefern die vorstehenden Erwägungen ein weiteres Argument für Unisex-Regelungen, die für alle Bundeswehrangehörigen gelten. Für das Amt der Gleichstellungsbeauftragten sollte das aktive und passive Wahlrecht allen Beschäftigten unabhängig vom Geschlecht zugestanden werden.

#### 8.4.2 Einführung positiver Fördermaßnahmen zugunsten der dritten Geschlechtsoption (Modell der erweiterten Differenzierung)

Verschiedentlich wird die Ansicht vertreten, der Gesetzgeber müsse als Reaktion auf die Anerkennung der dritten Geschlechtsoption geschlechtsspezifische Förderregeln zu ihren Gunsten einführen.<sup>204</sup> In die gleiche Richtung zielt der Vorschlag, geschlechtsneutral formulierte Vorschriften zur Förderung des unterrepräsentierten Geschlechts wie etwa § 5 AGG auch auf Beschäftigte mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag anzuwenden, sofern sich diese in einer Position struktureller Benachteiligung befinden. Nach hier vertretenem Standpunkt können allerdings solche Förderregeln nicht durch Art. 3 Abs. 2 GG gerechtfertigt werden, da diese Bestimmung ausschließlich das Geschlechterverhältnis zwischen Frauen und Männern betrifft (oben 8.3.2); es müsste mithin das Grundgesetz geändert werden, um positive Fördermaßnahmen zugunsten der dritten Geschlechtsoption einzuführen. Auch die unionsrechtlichen Vorschriften über die Zulässigkeit positiver Maßnahmen (namentlich Art. 3 der Richtlinie 2006/54/EG,

204 So Althoff/Schabram/Follmar-Otto (oben Fn. 31), S. 60; Kasten (oben Fn. 76), S. 14 und 22 f.; Kutzki, RiA 2018, 258, 259; Plett (oben Fn. 113), S. 22 ff. (mit konkreten Regelungsvorschlägen); Spielberger/Eber, AuA 2019, 404, 407 (Einführung einer „Drei-Geschlechter-Quote“ für die Betriebsratswahl); allerdings fehlt in sämtlichen der vorgenannten Stellungnahmen eine Auseinandersetzung mit der vorgreiflichen verfassungsrechtlichen Frage, inwieweit das materielle Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG auch positive Diskriminierungsmaßnahmen zugunsten von Personen mit einem anderen Geschlecht als dem männlichen oder weiblichen rechtfertigt (hierzu oben 8.3.2).



Art. 157 Abs. 4 AEUV sowie Art. 23 Abs. 2 GRC) scheiden als Rechtfertigung aus. Wie bereits gesehen (oben 8.3.3), überlassen diese Vorschriften den Mitgliedstaaten die Entscheidung darüber, welche benachteiligten Gruppen sie fördern wollen.<sup>205</sup> Mit dem Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG hat die deutsche Rechtsordnung diese Befugnis bislang nur zugunsten unterrepräsentierter Frauen und Männer wahrgenommen.

Aus den gleichen Erwägungen heraus verbietet sich – wie schon erwähnt – die Schaffung von Quotenregelungen zugunsten von Beschäftigten mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag im Wege der Auslegung bzw. der richterlichen Rechtsschöpfung, etwa durch die Qualifikation dieser Personen als „Minderheitsgeschlecht“ im Sinne des § 15 Abs. 2 BetrVG.

Sollte indessen entgegen der hier vertretenen Auffassung (oben 8.3.2) der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG dahin gehend zu interpretieren sein, dass er positive Diskriminierungsmaßnahmen zugunsten der dritten Geschlechtsoption erlaubt, ist Folgendes zu bedenken: Begünstigende Regelungen für die Angehörigen eines Geschlechts sind nur dann gerechtfertigt, wenn sich für dieses Geschlecht strukturelle Nachteile nachweisen lassen (oben 8.2.2). Wie bereits erwähnt (oben 8.3.1), dürfte es angesichts der vergleichsweise geringen Zahl von Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung (oben 2.) nicht immer leichtfallen, aus der Unterrepräsentanz dieser Gruppe in bestimmten Tätigkeitsfeldern oder Führungspositionen auf eine strukturelle Benachteiligung zu schließen.

### 8.4.3 Vollständiger Verzicht auf positive geschlechtsbezogene Fördermaßnahmen (Unisex-Modell)

Denkbar erscheint ferner der vollständige Verzicht auf positive Diskriminierungsmaßnahmen zur Förderung der faktischen Chancengleichheit von Männern und Frauen und damit der Übergang bzw. die Rückkehr zu einem Ansatz der rein formalen Gleichbehandlung aller Geschlechtskategorien einschließlich der dritten Geschlechtsoption.<sup>206</sup> Ohne an dieser Stelle auf die Frage einzugehen, ob ein solches Regelungsmodell geschlechterpolitisch sinnvoll ist oder nicht, ist aus rechtlicher Sicht jedenfalls festzuhalten, dass der gesetzgeberische Verzicht auf geschlechtsbezogene Fördermaßnahmen mit dem Grundgesetz vereinbar ist. Dies folgt daraus,

205 Dazu, dass Art. 157 Abs. 4 AEUV in erster Linie der Förderung von Frauen im Berufsleben dienen soll, siehe oben Fn. 197.

206 Für die komplette Aufgabe der Geschlechterquote bei der Zusammensetzung des Betriebsrats plädiert etwa Weller, BB 2018, Heft 7, Die erste Seite.

dass der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG den Angehörigen eines strukturell benachteiligten Geschlechts keinen subjektiven Anspruch gegen den Staat auf konkrete Fördermaßnahmen verleiht.<sup>207</sup> Ebenso wenig folgt – wie schon erwähnt – aus dem Unionsrecht eine Pflicht der Mitgliedstaaten zum Erlass aktiver Förderregeln.

#### 8.4.4 Binäres Optionsmodell

Schließlich könnte der Gesetzgeber die geltenden Regeln zur Förderung des strukturell benachteiligten Geschlechts dahin gehend anpassen, dass er Personen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag die freie Wahl überlässt, ob sie sich für die Zwecke der Förderregeln dem männlichen oder dem weiblichen Geschlecht zuordnen möchten. So könnten sie zum Beispiel in Bereichen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, für das weibliche Geschlecht „optieren“ und damit in den Genuss der Frauenförderung gelangen. Diesem Regelungsansatz folgen auf der Ebene des Landesrechts die neuen Vorschriften des Brandenburgischen Landeswahlgesetzes,<sup>208</sup> die als Paritätsgesetz bezeichnet werden. Die Bestimmungen schreiben geschlechterparitätische Landeslisten für die Landtagswahl vor. § 25 Abs. 3 Satz 6 des Landeswahlgesetzes ordnet an, dass „Personen, die entsprechend § 22 Abs. 3 und § 45b Abs. 1 PStG weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugeordnet werden können“, frei entscheiden können, ob sich ihre Bewerbung auf die für Männer oder die für Frauen reservierten Listenplätze richten soll.

Gegen dieses regulatorische Modell sprechen verfassungsrechtliche Bedenken. Wie schon im Zusammenhang mit den neutralen Differenzierungsnormen dargelegt (oben 7.2.2.3), werden Personen, die sich weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht verletzt und überdies unter Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG wegen ihres Geschlechts benachteiligt, wenn die Rechtsordnung lediglich zwischen Männern und Frauen differenziert, ohne für die dritte Geschlechtsoption spezielle Vorschriften vorzusehen. Die Betroffenen werden dann nämlich gezwungen, sich einem Geschlecht

207 Siehe den Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, BT-Drucks. 12/6000, S. 49, wo es im Zusammenhang mit dem neu eingefügten Satz 2 von Art. 3 Abs. 2 GG heißt: „Dabei wird durch die Formulierung als Staatsziel deutlich, daß kein Individualanspruch auf ein bestimmtes staatliches Handeln eingeräumt werden soll“.

208 Wahlgesetz für den Landtag Brandenburg (Brandenburgisches Landeswahlgesetz – BbgLWahlG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 28.1.2004, GVBl. 2004 I S. 30, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.2.2019, GVBl. 2019 I S. 1.

zuzuordnen, das nicht ihr eigenes ist. Dies kann in der Öffentlichkeit zu einer falschen Wahrnehmung ihrer tatsächlichen geschlechtlichen Identität führen. Darin liegt außerdem eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung dieser Personen, da nur für sie keine geschlechtsspezifischen Regelungen gelten.



## 9. Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, aber mit männlichem oder weiblichem Geschlechtseintrag

Wie bereits eingangs skizziert (oben 1.2.2), ist der personenstandsrechtliche Zugang zum unbestimmten oder diversen Geschlechtseintrag optional ausgestaltet. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass Menschen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung nicht von der Möglichkeit eines unbestimmten oder diversen Geschlechtseintrags Gebrauch machen und personenstandsrechtlich männlich oder weiblich bleiben. Ferner sind Konstellationen vorstellbar, in denen einer Person der Weg zu einem unbestimmten oder diversen Geschlechtseintrag verschlossen ist, etwa soweit § 45b PStG eng auszulegen sein sollte und nur Personen mit körperlichen Varianten der Geschlechtsentwicklung umfasst, nicht aber Personen, die sich aufgrund ihrer Geschlechtsidentität nicht dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugehörig fühlen (näher oben 1.2.2).

Es drängt sich mithin die Frage auf: Betreffen die eben erläuterten Reaktionen des Arbeitsrechts und Rechts des öffentlichen Dienstes auf den Abschied vom binären Geschlechtsmodell (oben 4.–8.) auch solche intergeschlechtlichen Personen, die einen weiblichen oder männlichen Geschlechtseintrag besitzen?

### 9.1 Unisex-Modell

Keine großen Schwierigkeiten ergeben sich, soweit das Gesetz bereits de lege lata (oben 5.2.2.1 und 6.2.1) – und sei es auch nur im Wege der Analogie (oben 5.2.2.2 und 6.2.2) – dem Unisex-Modell folgt oder de lege ferenda (oben 7.2.2.2 und 8.4.3) dem Unisex-Modell folgen sollte: Ist das Geschlecht der Person irrelevant, etwa bei der Gleichbehandlung, dem Mutterschutz, bei neutralen Differenzierungen oder einer positiven Diskri-

minierung, dann kommt es auch auf das personenstandsrechtlich dokumentierte Geschlecht der betreffenden Person nicht an.

Sollte künftig das gesamte Rechtssystem „entgeschlechtlicht“ werden, stellt sich freilich die Folgefrage nach der Sinnhaftigkeit eines personenstandsrechtlichen Geschlechtseintrags. Das Personenstandsrecht besitzt, wie bereits mehrfach angedeutet, lediglich eine dienende Funktion (vgl. oben 1.3). Es dokumentiert den Status des Menschen nicht als Selbstzweck, sondern für andere Rechtsgebiete. Sollte das Geschlecht dort irrelevant sein, dann fällt ein wesentlicher Grund weg, das Geschlecht personenstandsrechtlich zu beurkunden.<sup>209</sup>

## 9.2 Modell der erweiterten Differenzierung oder binäres Optionsmodell

Virulent wird der Status von Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, aber weiblichem oder männlichem Geschlechtseintrag indessen, soweit das Gesetz sich am Modell der erweiterten Differenzierung (oben 7.2.2.1 und 8.4.2) oder – trotz der hier geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken – am binären Optionsmodell (oben 7.2.2.3 und 8.4.4) orientiert. Dann stellt sich nämlich die Frage, ob eine konkrete Regelung für Personen (Modell der erweiterten Differenzierung) oder die Wahlmöglichkeit zwischen den Regelungen für weibliche oder männliche Personen (binäres Optionsmodell) nur Personen mit unbestimmtem oder diversem Geschlechtseintrag in Anspruch nehmen können oder auch Personen mit weiblichem oder männlichem Geschlechtseintrag, die aber eine Variante der Geschlechtsentwicklung aufweisen.

Diese Frage dürfte der einfache Gesetzgeber entscheiden können und insbesondere eine Ausübung der personenstandsrechtlichen Option für einen unbestimmten oder diversen Geschlechtseintrag einfordern dürfen. Rechtspolitisch spricht Einiges dafür, dass das Gesetz bereits aus Gründen der Rechtssicherheit die Anwendung bestimmter Regelungen davon abhängig machen sollte, dass die berechnigte Person ihren Status zunächst durch Ausübung ihres Wahlrechts personenstandsrechtlich klärt. Die all-

---

<sup>209</sup> Zu beachten ist freilich, dass das Geschlecht einer Person auch in einem ausländischen Recht mit Relevanz für das Inland eine Rolle spielen kann, siehe Dutta/Helms, StAZ 2017, 98, 101.

gemeine Dokumentation des Status mit besonderer Beweiskraft (vgl. § 54 PStG) ist eine der Hauptfunktionen des Personenstandsrechts und soll verhindern, dass in jedem Einzelfall die Stellung einer Person in der Rechtsordnung (§ 1 Abs. 1 Satz 1 PStG) gesondert geprüft werden muss, also konkret die Frage, ob eine Person eine Variante der Geschlechtsentwicklung aufweist.

Diese zentrale Aufgabe des Personenstandsrechts hat das Bundesverfassungsgericht etwa in seiner Rechtsprechung zum Transsexuellengesetz anerkannt (oben 1.1), vor allem in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des Fortpflanzungsunfähigkeits- und Operationserfordernisses für die Anerkennung der Geschlechtszugehörigkeit.<sup>210</sup> Im konkreten Fall wollten eine Mann-zu-Frau-Transgeschlechtliche, deren Zugehörigkeit zum weiblichen Geschlecht noch nicht nach dem Transsexuellengesetz anerkannt worden war, und eine Frau eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründen. Eine solche Lebenspartnerschaft stand nach der damaligen Fassung des § 1 Abs. 1 Satz 1 des Lebenspartnerschaftsgesetzes nur zwei „Personen gleichen Geschlechts“ offen, während bis zur Einführung der „Ehe für alle“ nur Verlobte mit unterschiedlichem Geschlecht die Ehe schließen konnten. Das Bundesverfassungsgericht ließ keinen Zweifel daran, dass die Begründung einer Lebenspartnerschaft ohne vorherige gerichtliche Geschlechtsanerkennung der transgeschlechtlichen Person verfassungsrechtlich nicht geboten ist. Vielmehr stufte es die damals hohen Anforderungen an die personenstandsrechtlich maßgebliche Feststellung des Geschlechts als verfassungswidrig ein.<sup>211</sup> Das Bundesverfassungsgericht unterstreicht mithin, dass das einfache Gesetz die Rechte aus einem bestimmten Geschlechtsstatus (Möglichkeit der Begründung einer Lebens-

---

210 BVerfG 11.1.2011, BVerfGE 128, 109.

211 Siehe vor allem BVerfG 11.1.2011, BVerfGE 128, 109, Rn. 53 („Dabei ist das personenstandsrechtlich festgestellte Geschlecht der Partner zum Zeitpunkt des Eingehens der rechtlichen Verbindung maßgeblich. Die ausschließlich am rechtlich zugewiesenen Geschlecht ausgerichtete Unterscheidung der beiden vom Gesetzgeber eröffneten Möglichkeiten für Paare, sich rechtlich zu binden, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden [...]. Sie ermöglicht eine objektive und einfache Feststellung der Zugangsvoraussetzungen für Ehe und Lebenspartnerschaft, vermeidet, dass die Partner vor Eingehen der Ehe oder Lebenspartnerschaft Intimes über ihr Geschlechtsempfinden oder ihre sexuellen Neigungen preisgeben müssen, und dient damit dem Schutz der Privatsphäre“) und Rn. 59 („Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass der Gesetzgeber beim Zugang zu einer eingetragenen Lebenspartnerschaft auch bei Transsexuellen mit homosexueller Orientierung auf das personenstandsrechtlich festgestellte Geschlecht der Partner abstellt und die personenstandsrechtliche Geschlechtsfeststellung von objektivierbaren Voraussetzungen abhängig macht. Es verstößt jedoch gegen das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung [...], wenn er die personenstandsrechtliche Anerkennung eines Transsexuellen an zu hohe und damit unzumutbare Voraussetzungen knüpft“).

partnerschaft) verfassungsrechtlich von einem verfassungsmäßig ausgestalteten Statuswechsel abhängig machen darf.

Bei Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung, aber mit männlichem oder weiblichem Geschlechtseintrag kann nichts anderes gelten: Im Modell der erweiterten Differenzierung oder binären Optionsmodell sind solche Personen zunächst auf die Änderung ihres Geschlechtseintrags zu verweisen. Freilich können aus verfassungsrechtlicher Sicht die Hürden für die Änderung des Geschlechtseintrags zu hoch sein, etwa im Hinblick auf Personen mit nichtbinärer Identität, die körperlich eindeutig dem weiblichen oder männlichen Geschlecht zuweisbar sind. Dann ist jedoch beim Zugang zur dritten Geschlechtsoption anzusetzen, nicht aber bei der jeweiligen Norm, die dem Modell der erweiterten Differenzierung oder dem binären Optionsmodell folgt.



## 10. Postskriptum: Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Personen mit nichtbinärem Geschlechtsempfinden

Nach Abschluss des Manuskripts hat der Bundesgerichtshof die bereits oben (1.2.2) aufgeworfene Frage bejaht, dass auch Menschen, die sich aufgrund ihrer subjektiven Geschlechtsidentität weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, obwohl sie körperlich keine Varianten der Geschlechtsentwicklung aufweisen, erreichen können, dass ihr personenstandsrechtlicher Geschlechtseintrag nicht „männlich“ oder „weiblich“, sondern „divers“ lautet oder keine Geschlechtsangabe enthält.<sup>212</sup> Der XII. Zivilsenat öffnet damit den offenen oder diversen Geschlechtseintrag auch für – wie der Senat sie nennt – „Personen mit lediglich empfundener Intersexualität“, also Menschen mit nichtbinärem Geschlechtsempfinden. Zwar sei § 45b PStG, der Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung eine Änderung des Geschlechtseintrags ermöglicht (oben 1.2.2), nicht anwendbar. Diese Vorschrift erfasse nur Personen, bei denen „das Geschlecht nicht eindeutig anhand angeborener körperlicher Merkmale als weiblich oder männlich bestimmt werden kann“ (Rn. 14 des Beschlusses). Aber § 8 Abs. 1 TSG (oben 1.1) sei analog anwendbar. Personen, die sich aufgrund ihrer subjektiven Geschlechtsidentität weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuordnen, könnten gerichtlich in dem vom Transsexuellengesetz vorgeschriebenen Verfahren feststellen lassen, dass sie weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zugehören (Rn. 33 ff. des Beschlusses), und anschließend – wahrscheinlich nach § 27 Abs. 3 Nr. 4 Fall 2 PStG – erreichen, dass ihre auf „weiblich“ oder „männlich“ lautende Geschlechtsangabe im Geburtenregister gestrichen oder durch „divers“ ersetzt wird (so der zweite Leitsatz der Entscheidung). In einer Folgeentscheidung hat der Senat diese Grundsätze bestätigt und zugleich die

---

212 BGH 22.4.2020, FamRZ 2020, 1009 = StAZ 2020, 206, vorgesehen für BGHZ.

ebenfalls hier (oben 1.2.2) angesprochenen Anforderungen an das ärztliche Attest und die Nachforschungspflichten des Standesamts präzisiert.<sup>213</sup>

Diese Entscheidungen werfen zwar einige Folgefragen auf, vor allem rechtspolitischer Natur,<sup>214</sup> sie berühren aber nicht die Feststellungen dieser Studie zum gesetzgeberischen Anpassungsbedarf im Arbeitsrecht und im öffentlichen Dienstrecht des Bundes (zusammengefasst sogleich unten 11.). Vielmehr erweitert die jüngere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Umfang des von unserem Thema betroffenen Personenkreises (dazu bereits oben 2.) erheblich und erhöht damit die Relevanz des Themas. Nicht nur Personen mit (körperlichen) Varianten der Geschlechtsentwicklung, sondern auch mit nichtbinärer Geschlechtsidentität haben Zugang zum offenen oder diversen Geschlechtseintrag, freilich über den Umweg des Transsexuellengesetzes (oben 1.1). Auch bei diesem Personenkreis stellen sich die hier aufgeworfenen Fragen, und zwar sowohl in dem Fall, dass sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen (oben 4.–8.), als auch dann, wenn sie ihren weiblichen oder männlichen Geschlechtseintrag behalten (oben 9.).

---

213 BGH 10.6.2020, FamRZ 2020, 1402.

214 Siehe etwa *Dutta/Fornasier*, FamRZ 2020, 1015.

# 11. Zusammenfassung

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, dass ein positiver Geschlechtseintrag für Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung möglich sein muss, solange das Geschlecht personenstandsrechtlich erfasst wird, und die gesetzgeberische Umsetzung dieser Vorgaben im neu gefassten Personenstandsgesetz haben weitreichende Konsequenzen für die Rechtsordnung insgesamt. Im Arbeitsrecht und im öffentlichen Dienstrecht des Bundes bedürfen sämtliche Vorschriften einer Anpassung, die an das Geschlecht als Tatbestandsmerkmal anknüpfen.

Der gesetzgeberische Anpassungsbedarf variiert je nachdem, welche Art geschlechtsbezogener Normen betroffen ist:

- Bei den Diskriminierungsverboten und den Regelungen des Mutterschutzes erscheint eine gesetzgeberische Korrektur nicht verfassungsrechtlich geboten. Die verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Schutz von Beschäftigten mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag lassen sich bereits durch die Mittel der Auslegung und der richterlichen Rechtsfortbildung erreichen. Eine solche Anpassung ist mit den Vorgaben des europäischen Antidiskriminierungsrechts vereinbar. Das neu gefasste Mutterschutzgesetz trägt den Schutzbelangen von Beschäftigten mit Varianten der Geschlechtsentwicklung in einer eigenständigen Vorschrift Rechnung.
- Unverzichtbar erscheint eine gesetzgeberische Intervention hingegen bei den neutralen gesetzlichen Differenzierungen, also bei den Vorschriften, die nach dem Geschlecht differenzieren, ohne damit das typischerweise benachteiligte Geschlecht besserzustellen. Hier sollten entweder spezielle Regeln für die dritte Geschlechtsoption eingeführt werden (Modell der erweiterten Differenzierung) oder auf die geschlechtsspezifische Differenzierung insgesamt verzichtet werden (Unisex-Modell). Hingegen sind Menschen mit dem Geschlechtseintrag „divers“ oder ohne positive Geschlechtsangabe in ihren Grundrechten verletzt, wenn ihnen das Gesetz lediglich ein Wahlrecht einräumt, ob sie den für Männer oder den für Frauen geltenden Vorschriften unterliegen wollen (binäres Optionsmodell).

— Komplizierter stellt sich die Situation bei den positiven Diskriminierungsmaßnahmen zugunsten des unterrepräsentierten Geschlechts dar. Der Gleichstellungsauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG, der solche Differenzierungen legitimiert, erfasst aus historischen und systematischen Gründen nur das Verhältnis zwischen Frauen und Männern. Eine Bevorzugung von Menschen mit offenem oder diversem Geschlechtseintrag durch Quoten- oder sonstige Förderregelungen lässt sich ohne Anpassung des Grundgesetzes nicht rechtfertigen. Ebenso wenig dürfen jedoch unterrepräsentierte Frauen und Männer auf Kosten von Personen bevorzugt werden, die von der personenstandsrechtlichen Möglichkeit eines offenen oder diversen Geschlechtseintrags Gebrauch gemacht haben. Eine entsprechende Klarstellung in den gleichstellungsrechtlichen Vorschriften erscheint wünschenswert. Verfassungsrechtlich vertretbar ist im Übrigen auch der vollständige Verzicht auf geschlechtsspezifische Fördermaßnahmen (Unisex-Modell). Ein Wahlrecht für Menschen mit unbestimmtem oder diversem Geschlecht, ob sie für die Zwecke der geltenden Förderregeln dem männlichen oder weiblichen Geschlecht zugeordnet werden möchten (binäres Optionsmodell), ist indessen mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.

Soweit das Arbeitsrecht oder das Recht des öffentlichen Dienstes besondere Regelungen zum Schutz von Personen mit Varianten der Geschlechtsentwicklung bereithält, darf das Gesetz diesen Schutz auf Personen beschränken, die von der dritten Geschlechtsoption personenstandsrechtlich Gebrauch gemacht haben.

# Schrifttum

Adamietz, Geschlecht als Erwartung, 2011

Althoff, Gender diversity in law: The German perspective, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 393

Althoff/Schabram/Follmar-Otto, Gutachten: Geschlechtervielfalt im Recht. Status quo und Entwicklung von Regelungsmodellen zur Anerkennung und zum Schutz von Geschlechtervielfalt, 2017

Augstein, Entscheidungen zur Transsexualität und Intersexualität, StAZ 1982, 240

Bachmann, Kein Anspruch auf geschlechtergerechte Sprache in AGB und Formularen, NJW 2018, 1648

Barnard, EU Employment Law, 4. Aufl. 2012

Bauer/Krieger/Günther, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Entgelttransparenzgesetz, 5. Aufl. 2018

Beck-Online Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.6.2019

Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz, 41. Edition 2019

Berndt-Benecke, Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben, StAZ 2019, 65

Bettinghausen, Die geschlechtsneutrale Stellenausschreibung unter Berücksichtigung des dritten Geschlechts, BB 2018, 372

Bockstette, Das Personenstandsrechts-Änderungsgesetz, StAZ 2013, 169

Brune/Brune, Das Entgelttransparenzgesetz – auch ein Auftrag an die Gerichte, BB 2019, 436

Bruns, Das „Gesetz zur Änderung der in das Geburtenregister einzutragenden Angaben“, StAZ 2019, 97

Coester-Waltjen, Geschlecht – kein Thema mehr für das Recht?, JZ 2010, 852

Däubler/Bertzbach, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz – Handkommentar, 4. Aufl. 2018

Deutscher Ethikrat, Intersexualität – Stellungnahme, 2012, abgedruckt auch in BT-Drucks. 17/9088

Dutta/Fornasier, Anm. zu BGH, Beschluss v. 22.4.2020 –XII ZB 383/19, FamRZ 2020, 1015

Dutta/Helms, Geschlechtseintrag „inter/divers“ im Geburtenregister?, StAZ 2017, 98

Dutta/Pintens, Private international law aspects of intersex, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 415

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020

Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, 15. Aufl. 2017.

Fenton-Glynn, The legal status of intersex persons in Australia, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 243

Fitting, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 29. Aufl. 2018

Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2020

Franzen, Das dritten Geschlecht in der Betriebsverfassung, in: 100 Jahre Betriebsverfassungsrecht, hrsg. von Gräfl/Lunk/Oetker/Trebinger, 2020, S. 129

Fuhlrott, Anm. zu BAG, Urt. v. 23.11.2017 – 8 AZR 372/16, NZA-RR 2018, 293

Garland, The legal status of intersex persons in Sweden, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 255

Gössl, Die Anwendung des § 22 Abs. 3 PStG auf intersexuelle Personen – Rechtsvergleichender Hintergrund, Auslegung und Reformperspektiven, StAZ 2018, 40

Gössl, Intersexuelle Menschen im Internationalen Privatrecht, StAZ 2013, 301

Gössl/Dannecker/Schulz, Was sollte nach der Einführung des „dritten Geschlechts“ weiter geregelt werden?, NZFam 2020, 145

Greenberg, The legal status of intersex persons in the United States, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 339

Grünberger, Das „generische Maskulinum“ vor Gericht, JZ 2018, 719

Grünberger/Husemann, Gleichbehandlung, in: Europäisches Arbeitsrecht, hrsg. von Preis/Sagan, 2. Aufl. 2019, S. 201

Helms, Personenstandsrechtliche und familienrechtliche Aspekte der Intersexualität vor dem Hintergrund des neuen § 22 Abs. 3 PStG, in: Festschrift für Gerd Brudermüller, 2014, S. 301

Helms, The 2013 German Law: Analysis and criticism, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 369

Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, 3. Aufl. 2019

Herbert, Intersex in the brain: What neuroscience can tell the law about gender identity, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 45

Höpfner, Gesetzesbindung und verfassungskonforme Auslegung im Arbeits- und Verfassungsrecht, RdA 2018, 321

Hughes, Biology of fetal sex development, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 25

Jacobs, Aktuelle Entwicklungen im deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrecht, RdA 2018, 263

- Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016
- Joussen, Anm. zu BAG, Urt. v. 23.11.2017 – 8 AZR 604/16, ZMV 2018, 221
- Kamanabrou, Betriebsratswahl – Geschlechterquote, RdA 2006, 186
- Kasten, Bedeutung der „Dritten Option“ in der Universität – Abbau von Diskriminierungen nicht-binärer und binärer inter- und transgeschlechtlicher Personen, 2019
- Koch, Transsexualismus und Intersexualität: Rechtliche Aspekte, MedR 1986, 172
- Kocher, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, in: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (Enzyklopädie Europarecht VII), hrsg. von Schlachter/Heinig, 2016, S. 219
- Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht, 2010
- Körlings, Das dritte Geschlecht und die diskriminierungsfreie Einstellung, NZA 2018, 282
- Krüger, Intersexualität im Recht, StAZ 2006, 260
- Kutzki, Inter oder divers: Arbeitsrechtliche Herausforderungen zum dritten Geschlecht, RiA 2018, 258
- Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995
- Lettrari, Aktuelle Aspekte der Rechtslage zur Intersexualität, 2015
- Mangold/Markwald/Röhner, Rechtsgutachten zum Verständnis von „Varianten der Geschlechtsentwicklung“ in § 45b Personenstandsgesetz, 2019
- Maunz/Dürig, Grundgesetz – Kommentar, Losebl. 1958 ff.
- Meyer, The German inter-ministerial working grup on inter- and transsexuality, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 383



Moron-Puech, The legal status of intersex persons in France, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 305

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band II: §§ 76-117 AktG, MitbestG, DrittelbG, 5. Aufl. 2019

Münchener Kommentar zum BGB I, 8. Aufl. 2018

Ni Mhuirthile, The legal status of intersex persons in Malta, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 357

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl. 2020

Papier/Heidebach, Die Einführung einer gesetzlichen Frauenquote für die Aufsichtsräte deutscher Unternehmen unter verfassungsrechtlichen Aspekten, ZGR 2011, 305

Papier/Heidebach, Mehr Frauen in Führungspositionen des öffentlichen Dienstes durch Fördermaßnahmen – verfassungs- und europarechtliche Bewertung, DVBl. 2015, 125

Pasterski, Gender identity and intersex conditions, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 65

Pintens, Entwicklungen im belgischen Personen- und Familienrecht 2018–2019, FamRZ 2019, 1488

Plett, Rechtswissenschaftliche Expertise zum 3. Geschlechtseintrag – erstellt im Auftrag der Freien und Hanse Stadt Hamburg, 2019

Rädler, Das dritte Geschlecht, 2019

Reuß, Der Abschied von der Binarität – Einige Perspektiven zur Einführung eines dritten Geschlechts in Deutschland, StAZ 2019, 42

Richardi, Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung – Kommentar, 16. Aufl. 2018

Richardi/Dörner/Peter, Personalvertretungsrecht – Bundespersonalvertretungsgesetz mit Erläuterungen zu den Personalvertretungsgesetzen der Länder – Kommentar, 4. Aufl. 2012

Rothärmel, Rechtsfragen der medizinischen Intervention bei Intersexualität, MedR 2006, 274

Röthel, Autonomie im Familienrecht der Gegenwart, JZ 2017, 116

Rubio-Marín/Osella, Between rights and pragmatism: Intersexuality before the Colombian Constitutional Court, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 319

Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 10. Aufl. 2018

Rudek/Schultz, Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten des Bundes, 1. Aufl. 2012

Sachs, Grundgesetz – Kommentar, 8. Aufl. 2018

Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996

Scherpe, Mehr Freiheit wagen im Familienrecht – Entgeschlechtlichung des Rechts, in: „Mehr Freiheit wagen“ – Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow, hrsg. von Dutta/Heinze, 2018, S. 73

Schmidt am Busch, Intersexualität und staatliche Schutzpflichten bei geschlechtszuweisenden Operationen, AÖR 137 (2012), 441

Schneider, Rechtsprobleme der Transsexualität, 1976

Shah, The legal status of intersex persons in India, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 281

Sieberichs, Das unbestimmte Geschlecht, FamRZ 2013, 1180

Sieberichs, Die diversen Geschlechter, FamRZ 2019, 329

Spielberger/Eber, Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht, AuA 2019, 404

Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Neubearbeitung 2018

Streinz, EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Kommentar, 3. Aufl. 2018

Theilen, Intersexualität, Personenstandsrecht und Grundrechte, StAZ 2014, 1

Van den Brink, The legal status of intersex persons in the Netherlands, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 293

Verhoek/Weuthen, Betriebsratswahlen 2018: Neues zur Wahlauswertung und zum dritten Geschlecht, ArbR-Aktuell 2018, 65

Von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 7. Aufl. 2018

Wacke, Vom Hermaphroditen zum Transsexuellen – Die Stellung von Zwittern in der Rechtsgeschichte, in: Festschrift für Rebmann, 1989, S. 861

Wapler, „Drittes Geschlecht“ muss personenstandsrechtlich anerkannt werden, jM 2018, 115

Weller, Das dritte Geschlecht im Arbeitsrecht, BB 2018, Heft 7, Die erste Seite

Wijffels, Intersex: Some (legal-)historical background, in: The legal status of intersex persons, hrsg. von Scherpe/Dutta/Helms, 2018, S. 181

## **Impressum**

Diese Publikation ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

### **Herausgeberin:**

Antidiskriminierungsstelle des Bundes  
11018 Berlin

[www.antidiskriminierungsstelle.de](http://www.antidiskriminierungsstelle.de)

### **Autor:**

Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford), München, und  
Prof. Dr. Matteo Fornasier, LL. M. (Yale), Bochum

### **Kontakt:**

Tel.: +49(0) 30 18555-1855

Fax: +49(0) 30 18555-41865

Juristische Erstberatung: Mo. 13–15 Uhr, Mi. und Fr., 9–12 Uhr

E-Mail: [beratung@ads.bund.de](mailto:beratung@ads.bund.de)

Allgemeine Anfragen: Mo. bis Fr., 9–12 Uhr und 13–15 Uhr

E-Mail: [poststelle@ads.bund.de](mailto:poststelle@ads.bund.de)

**Gestaltung:** [www.zweiband.de](http://www.zweiband.de)

**Stand:** März 2020, 1. Auflage

**Druck:** MKL Druck GmbH & Co. KG

Alle Rechte vorbehalten. Auch fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.

ISBN 978-3-8387-6733-5

In den Jahren 2013 und 2018 hat das deutsche Personenstandsrecht für Personen, die wegen Varianten der Geschlechtsentwicklung weder dem männlichen noch dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen sind, die Möglichkeit geschaffen, in einem Personenstandseintrag statt des männlichen oder weiblichen Geschlechts den Eintrag zum Geschlecht unbestimmt zu lassen oder den Eintrag „divers“ aufzunehmen.

Die Studie soll die Konsequenzen dieser gesetzgeberischen Entscheidung für das Arbeitsrecht und das Recht des öffentlichen Dienstes untersuchen. In beiden Rechtsgebieten spielt das Geschlecht des Menschen – vor allem auf Beschäftigtenseite – eine zentrale Rolle. Beide Rechtsgebiete folgen indessen weitgehend einem binären Geschlechtsmodell, das nur das männliche oder weibliche Geschlecht kennt. Wir wollen ausloten, welche geschlechtsbezogenen Normen nach den anerkannten Methoden der Rechtsanwendung auf Personen mit unbestimmtem oder diversem Geschlechtseintrag anwendbar sind und bei welchen Normen die Gesetzgebung Klarstellungen oder rechtspolitische Entscheidungen treffen muss.