

# Die Auflösung von Geschlecht und die Dekonstruktion von Frausein und Mannsein

“Ideas have consequences”<sup>1</sup>

David Lee Mundy

## 1. Einführung

In jüngster Zeit wird heiß diskutiert, was lange selbstverständlich war: Die Definition von Geschlecht.<sup>2,3</sup> Die Verfechter einer neuen Definition von Geschlecht standen jahrzehntelang allein da.<sup>4</sup> Ungeduldig über die langwierigen Verfahren der Gesetzgebung brachten sie deshalb ihre Forderungen vor die Gerichte<sup>5</sup> – und stießen dort auf offene Ohren. Jetzt ist die Diskussion darüber wie eine Dampfwalze angelaufen, und es gibt schon widersprüchliche Gerichtsentscheidungen in Bezug auf das juristische Geschlecht operierter Transsexueller.<sup>6</sup>

Kommt nun die Rechtswissenschaft endlich dem nach, was die neuen Wissenschaften sagen?<sup>7</sup> Die Tatsache, dass es nicht mehr um Geschlecht [sex], sondern um Gender [gender] geht, stellt einen völligen Wandel der Rechtslandschaft dar.<sup>8</sup> Weshalb haben sich viele Richter bisher geweigert, diesen Wechsel zu vollziehen? Gibt es abgesehen von Tradition, Unwissenheit oder offensichtlicher Halsstarrigkeit<sup>9</sup> – für einen denkenden Menschen einen vernünftigen Grund, weshalb „Geschlecht“ für juristische Zwecke objektiv und nicht einfach subjektiv definiert werden sollte?<sup>10</sup>

Die Antworten auf diese Fragen hängen von der jeweiligen Weltanschauung ab.<sup>11</sup>

Eine Weltanschauung ist eine Gesamtsicht der Welt, ein „Glaubens-System“, mit dem man die Welt anschaut.<sup>12</sup> Sie ist sowohl eine „Erklärung und Interpretation der Welt“ als auch eine „Anwendung dieser Lebensanschauung.“<sup>13</sup> Das jeweilige Weltbild eines Menschen beeinflusst seine Auffassung von Recht und Gesellschaft tiefgreifend.<sup>14</sup> Daher kann man erwarten, dass

auch „die juristische Argumentation von der jeweiligen philosophischen Neigung abhängig ist.“<sup>15</sup>

Die Diskussion über die juristische Definition von Geschlecht ist in ihrem Kern eine ontologische Frage.<sup>16</sup> Sie trifft in die Mitte der eigenen Ansichten über das Wesen des Menschen und die Natur des Rechts.<sup>17</sup> Wenn Geschlecht zum Beispiel nur ein biologischer Unfall ist,<sup>18</sup> und es gar keine inhärenten biologischen Unterschiede zwischen Männern und Frauen gibt, dann muss die Vorstellung von „Geschlecht“ wirklich eine soziale Erfindung sein, willkürlich bzw. nach Laune konstruiert.<sup>19</sup> Wenn aber umgekehrt Unterschiede zwischen männlich und weiblich eine natürliche Ordnung widerspiegeln, die zumindest teilweise biologisch ist, dann ist eine Unterscheidung anhand dieses „So-geschaffenseins“ nicht irrational und unterdrückt auch niemanden. Dann ist es vielmehr möglich, dass Männer und Frauen verschieden sind und einander ergänzen können, ohne dass dadurch der Grundsatz der Gleichheit verletzt würde.<sup>20</sup>

Die Definition von Geschlecht ist eine ganz entscheidende Frage, nicht nur wegen der persönlichen Annahmen, die damit verbunden sind, sondern wegen der rechtlichen Auswirkungen.<sup>21</sup> In einigen Fällen ist Geschlecht wichtig, in anderen unwichtig, aber in manchen ganz entscheidend.<sup>22</sup> Eine Neu-Definition von Geschlecht – nicht mehr auf der Grundlage objektiver Biologie sondern subjektiver „Geschlechtsidentität“ ([gender identity] – wird deshalb schwerwiegende Auswirkungen auf unsere Gesellschaft und das Rechtssystem haben.<sup>23</sup>

*Die Diskussion über die juristische Definition von Geschlecht ist in ihrem Kern eine ontologische Frage. Sie trifft in die Mitte der eigenen Ansichten über das Wesen des Menschen und die Natur des Rechts.*

*„Die Gender-Perspektive... ist eine umfassende Weltanschauung, die besagt, dass jede menschliche Handlung oder Beziehung rein sozial konstruiert ist.“*

In diesem Aufsatz geht es um die Motive hinter der Forderung, Geschlecht allein aufgrund subjektiver Kriterien zu bestimmen. Es geht darum, welche Konsequenzen dies für die Gesellschaft und das Rechtssystem hat und weshalb das Recht bisher immer darauf bestanden hat, dass die Frage des Geschlechts wichtig ist.<sup>24</sup> Es geht darum, nachzuweisen, warum ein denkender Mensch durchaus zu der vernünftigen Überzeugung kommen kann, Geschlecht solle objektiv bestimmt werden. In Teil zwei geht es um die Gender-Perspektive und warum sie eine Weltanschauung ist. In Teil drei geht es um die Auflösung und Dekonstruktion der traditionellen, objektiven, biologischen Sicht von Geschlecht und darum, welche Folgen das hat. Im vierten Teil geht es um die Frage, ob es wirklich biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern gibt und ob diese von Bedeutung sind. Zuletzt geht es um die Langzeitfolgen der Auflösung von Geschlecht [sex], Mannsein und Frausein [gender] und darum, weshalb unsere Gesetze und die Rechtsprechung sehr zurückhaltend sein sollten, subjektive Normen zur Definition von Geschlecht zu übernehmen.

## **2. Es ist alles eine Sache der (Gender) Perspektive <sup>25</sup>**

### **Gender-Perspektive als Ideologie**

Mit den Worten von Catherine Mackinnon „wird Gender ... als Ontologie, nicht als Epistemologie gelebt“.<sup>26</sup> Die Gender-Perspektive kann man deshalb als „Gender-Brille“ bezeichnen. Es ist ein „Glaubens-System“, mit dem man die Welt anschaut.<sup>27</sup> Mit anderen Worten: „Die Gender-Perspektive... ist eine umfassende Weltanschauung, die besagt, dass jede menschliche Handlung oder Beziehung rein sozial konstruiert ist.“<sup>28</sup> Die Gender-Perspektive ist ein komplexes und in sich geschlossenes System, mit dem man „von der Werbung bis zur Religion alles erklären kann.“<sup>29</sup> Sie stellt einen Paradigmenwechsel dar, wonach die Zweigeschlechtlichkeit des Menschen, Mann und Frau, nur gesellschaftliche Indoktrination ist.<sup>30</sup> Geschlecht ist ein Geburtsunfall der Geburt oder möglicherweise ein Unfall im Universum.<sup>31</sup> Deshalb müssen alle biologischen Unterschiede zwischen den Geschlechtern auf soziale Konstruktion<sup>32</sup> oder auf Unterschiede auf der reinen Verhaltensebene zurückzuführen sein.<sup>33</sup>

Die Gender-Perspektive als Weltanschauung missioniert Andersgläubige und verfolgt Ungläubige. Ziel ist es, die Unbedarften aufzuklären, indem man die unterdrückenden Herrschaftsstrukturen aufdeckt<sup>34</sup> und alle in den Kampf gegen das herrschende Hetero-Patriarchat<sup>35</sup> einreicht. Der Angriff ist ontologisch begründet.<sup>36</sup> Der Krieg gegen die Herrschaft der heterosexuellen (männlichen) Unterdrücker ist erklärt.<sup>37</sup> Es geht darum, die Kontrolle über die gesellschaftlichen Institutionen zu erlangen. Es geht um die Macht, bestimmen zu können, was Wahrheit ist.<sup>38</sup> Die Gender-Perspektive ist besonders in der akademischen Welt erfolgreich.<sup>39</sup> Dadurch hat sie die Macht bekommen, jeden, der gegen ihre Ideologie ist, als homophob<sup>40</sup> oder irrational<sup>41</sup> abzustempeln. Dieses Tabu, in der akademischen Welt die Gender-Perspektive<sup>42</sup> nicht kritisieren zu dürfen, wird als „progressive Hegemonie“<sup>43</sup> bezeichnet. Ein konstruktiver Dialog mit Anhängern der Gender-Perspektive ist schwierig, weil es sich um ein geschlossenes Denksystem handelt.<sup>44</sup> Jedes Gegenargument wird als Beweis für die Existenz einer massiven patriarchalen Verschwörung gesehen<sup>45</sup>. Und die Tatsache, dass die Gender-Perspektive von der Mehrheit der Frauen<sup>46</sup> nicht angenommen wird, begründet man mit dem Phänomen einer Selbsttäuschung oder mit gesellschaftlichen Zwängen.<sup>47</sup> Wenn man sagt, Frauen bevorzugen freiwillig weibliche Tätigkeiten, löst das einen Angriff auf den freien Willen aus.<sup>48</sup> Behauptet man, Männlichkeit und Weiblichkeit könnten eine natürliche Grundlage haben, erfolgt ein Angriff auf die Natur.<sup>49</sup>

### **Wie die Gender-Perspektive die Welt sieht <sup>50</sup>**

Sieht man die Welt durch die Gender-Perspektive, dann sind nicht nur Mannsein und Frausein [gender]<sup>51</sup> rein sozial konstruiert bzw. etwas, das sich nur auf der äußeren Verhaltensebene abspielt, sondern Geschlecht [sex] als Kategorie überhaupt ist nichts weiter als eine Konstruktion.<sup>52</sup> Einige Theoretiker der Gender-Perspektive sind der Auffassung, dass Gender nichts mit der Biologie zu tun hat, sondern nur gesellschaftlich konstruiert ist.<sup>53</sup> Andere Theoretiker behaupten, weder das biologische [sex] noch das soziale Geschlecht [gender] seien konstruiert; beides seien nur Imitationen oder rein äußerliche Darstellungen [performed].<sup>54</sup> Judith Butler schreibt:

„Geschlechtsidentität (gender) [wird] durch die Regulierungsverfahren der Geschlechterkohärenz (gender coherence) performativ hervorgebracht und erzwungen.“<sup>55</sup> Mannsein und Frausein haben somit nichts mit einem „heterosexuellen Original“ zu tun, denn auch das „Original“ ist nur äußere Darstellung.<sup>56</sup> Am Ende kommen beide Theorien zu demselben Schluss: Das biologische Geschlecht [sex] ergibt sich erst aus dem sozialen Geschlecht [gender].<sup>57</sup>

Die Gender-Perspektive erkennt keinerlei wesentliche oder angeborene Unterschiede zwischen Mann und Frau an. Angebliche Unterschiede werden als in sich fragwürdig angesehen.<sup>58</sup> Und wo es solche gibt, werden sie eben nicht auf biologische Unterschiede, sondern auf rein kulturell festgelegte Einteilungen zurückgeführt.<sup>59</sup>

„Es ist unser kulturell vorgegebenes Konzept von der Zweiteilung der Geschlechter [dimorphic concepts of gender], das uns überhaupt erst zur Entdeckung von Tatsachen führt, wonach wir dann eine Unterscheidung in Mann und Frau vornehmen.“<sup>60</sup> Biologische Unterschiede machen deshalb nur aus der Gender-Perspektive den richtigen Sinn<sup>61</sup>, denn „die Bedeutung, die man diesen Unterschieden gibt, ist rein gesellschaftlich und kulturell bedingt und daher veränderbar.“<sup>62</sup> Und da es die Gesellschaft ist, die letztlich verantwortlich für die Bedeutung ist, die wir Geschlechtsunterschieden<sup>63</sup> geben, ist Geschlecht eine politische Kategorie.<sup>64</sup> Geschlechtsbezogene Politik aber ist von vornherein eine Politik der Ungleichheit.<sup>65</sup>

Die Gender-Perspektive behauptet, alle biologischen Unterscheidungen würden zu gesellschaftlicher Ungerechtigkeit und Unterdrückung führen, denn aus diesem Grunde seien die Unterschiede überhaupt erst konstruiert worden.<sup>66</sup> Erstens sei jede Unterscheidung oder Einteilung aufgrund des biologischen Geschlechts willkürlich.<sup>67</sup> Außerdem besage die klassisch marxistische Sicht, dass „Unterschiede immer ungerecht sind, und Ungerechtigkeit immer Unterdrückung bedeutet.“<sup>68</sup> Wissenschaftliche Forschung bezüglich biologischer Unterschiede zwischen

Männern und Frauen sollte deshalb nicht gefördert werden<sup>69</sup>, ebensowenig wie Sportarten, die Geschlechtsunterschiede machen.<sup>70</sup>

Auch in öffentlichen Toiletten, den letzten Zeichen kulturell aufgezwungener Geschlechtsunterschiede,<sup>71</sup> muss „die Trennung aufgehoben“<sup>72</sup> werden. Derzeit bringt man Jungen aus praktischen und politischen Gründen bei, im Sitzen zu pinkeln.<sup>73</sup> Der Schlüssel zur Schaffung einer klassenlosen Gesellschaft liege darin, „das biologische Geschlecht von dem gesellschaftlich konstruierten sozialen Geschlecht [gender] abzutrennen.“<sup>74</sup> Das Rechtssystem wird also als Teil einer patriarchalischen Herrschaft angesehen, das Mannsein und Frausein [gender] erst produziert.<sup>75</sup>

Gemäß der Gender-Perspektive konstruiert das Rechtssystem gesellschaftliche Geschlechtsunterschiede und hält diese dann am Leben.<sup>76</sup> Die Gesellschaft wiederum gebraucht das Rechtssystem, um ein bestimmtes Geschlechtsrollenverhalten durchzusetzen.<sup>77</sup> Es stimme zwar, dass die binäre Natur des Rechtssystems sich gut dazu eigne, Kategorien aufzustellen.<sup>78</sup> Indem es aber die Kategorisierung nach „natürlichen“ Geschlechtsunterschieden vornehme, „hält es den Zwang zur Heterosexualität aufrecht.“<sup>79</sup> Diese Unredlichkeit unseres Rechtssystems, so heißt es weiter, verewige das Patriarchat auf Kosten von Gleichheit und Nicht-Diskriminierung.<sup>80</sup> Die scheinbare Unvermeidbarkeit der Zweigeschlechtlichkeit des Menschen sei in Wirklichkeit nur das Produkt und Konstrukt eines mit Zwang operierenden Rechtssystems.<sup>81</sup> Gemäß der Gender-Perspektive muss nun auch das Recht endlich aufgelöst und dekonstruiert<sup>82</sup> werden.

### 3. Die Dekonstruktion des Rechts - Eine Anleitung

Jede Unterscheidung der Geschlechter, sagt die Gender-Perspektive, ist willkürlich und der Laune unterworfen.<sup>83</sup> Das Rechtssystem hat aber immer Geschlechtsunterschiede anerkannt, vor allem dort, wo sie von entscheidender Bedeutung sind.<sup>84</sup> Die Gesetze ermächtigen den Staat, das Geschlecht einer Person festzulegen.<sup>85</sup> Die Gender-Perspektive muss deshalb das Rechtssystem auflösen.<sup>86</sup>

*Die Gender-Perspektive stellt einen Paradigmenwechsel dar, wonach die Zweigeschlechtlichkeit des Menschen, Mann und Frau, nur gesellschaftliche Indoktrination ist.*

*Die scheinbare Unvermeidbarkeit der Zweigeschlechtlichkeit des Menschen sei in Wirklichkeit nur das Produkt und Konstrukt eines mit Zwang operierenden Rechtssystems.*

Die Strategie ist dabei nicht, über die Wahrheit der binären Mann/Frau-Norm zu diskutieren, sondern die Wahrheit zu verändern. Das geschieht, indem diese beständig als willkürlich bezeichnet wird und gleichzeitig eine Machtbasis innerhalb des Rechtssystems aufgebaut wird, um von dort aus eine neue Wahrheit zu verkünden.<sup>87</sup> Außerdem erhebt man verfassungsrechtliche Ansprüche und behauptet, Grundrechte würden verletzt<sup>88</sup> (auch das Recht auf persönliche Freiheit und Gleichheit)<sup>89</sup> – in der Hoffnung, dass ein Gericht ein günstiges Urteil fällt. Die Kampagne gegen das Recht des Staates, Geschlecht zu definieren,<sup>90</sup> hat nur ein Ziel: „Das Recht des Staates, eine bestimmte Definition bezüglich Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexueller Orientierung durchsetzen zu können“, ist abzuschaffen.<sup>91</sup> Die zahlreichen Strategien, die bisher von Verfechtern der Gender-Perspektive verfolgt wurden, lesen sich dabei wie eine Bedienungsanleitung zur Dekonstruktion des Rechts.<sup>92</sup>

### **Wie man Mehrdeutigkeiten nutzt**

Um zu zeigen, wie willkürlich die Mann-Frau-Dichotomie ist, werden zwei Strategien verfolgt: a) Eine Verwirrung in Bezug auf Geschlecht schaffen und b) Die Aufstellung von Geschlechtsfaktoren.

#### **a) Die Veruneindeutigung von Geschlecht**

„Verwirrung in Bezug auf Geschlecht schaffen [making gender trouble], bedeutet, dass Geschlechtsrollen ihres natürlichen Ursprungs beraubt werden, indem man zeigt, dass sie nur Konstrukte und reine Zufallsprodukte sind. Es geht nicht darum, eine Perspektive zu finden, bei der die geschlechtliche Identität [gendered identity] über sich selbst hinausweist, das gibt es nicht, denn sie ist ja durch das Rechtssystem und andere Institutionen erst konstruiert. Die Strategie ist, die Künstlichkeit von Geschlechtsrollen [gender roles] aufzuzeigen. Alle möglichen Einzelfälle dienen dazu, die Anzahl der Geschlechter [gender] zu vervielfachen.“<sup>93</sup>

Die Verwirrung in Bezug auf Geschlecht basiert auf der Marcuse'schen Annahme, wonach zum Sturz einer korrupten Gesellschaft jede sexuelle Abweichung als revolutionär gefördert werden sollte.<sup>94</sup> Deshalb werden Crossdresser und Transsexuelle bei ihren Versuchen, die

Geschlechter ins Komische zu ziehen, ermutigt, weil sie damit den Herrschaftsanspruch einer normativen Geschlechtsidentität schwächen und die Bandbreite geschlechtlicher Möglichkeiten ausweiten.<sup>95</sup> Je mehr es gelingt, „Geschlecht“ [gender] völlig frei auszulegen, desto mehr institutionelle Macht kann die Gender-Perspektive ergreifen.<sup>96</sup> Einerseits propagieren die Verfechter der Gender-Perspektive die Veruneindeutigung von Geschlecht als ihr Ziel, es sei ja nur eine äußere Darstellung (gender performance), andererseits können sie nicht begründen, weshalb dann das Rechtssystem unbedingt die „heterosexuelle Darstellung“ aufgeben sollte. Wenn alles Mannsein und Frausein [gender] nur äußere Darstellung ist, weshalb sollte dann die eine Darstellung besser sein als die andere?<sup>97</sup>

#### **b) Die Aufstellung von „Geschlechts-Faktoren“**

Die Anhänger der Gender-Perspektive sind schnell dabei, darauf hinzuweisen, dass Geschlecht<sup>98</sup> erst noch gesetzlich definiert werden müsse, und haben es noch eiliger, die entsprechenden Vorschläge anzubieten. Als Erstes stellen sie fest, dass die Zuweisung des Geschlechts bei der Geburt nur aufgrund einer oberflächlichen Untersuchung der Genitalien erfolge. Sie behaupten, Geschlecht solle statt dessen anhand folgender acht Faktoren<sup>99</sup> bestimmt werden: Chromosomen, Hormone, Geschlechtsdrüsen, innere und äußere Genitalien, äußere Erscheinung, anezogenes Geschlecht und Kern-Geschlechtsidentität.<sup>100</sup>

Die Frage ist dann, durch welche(n) der Faktoren wird das juristische Geschlecht festgelegt?<sup>101</sup> Man hat die Gerichte kritisiert, weil sie keine Aussage über die Rangfolge und das Gewicht der einzelnen Faktoren gemacht haben.<sup>102</sup> Einige Kritiker warnen davor, dass es auch weiterhin widersprüchliche Gerichtsentscheidungen geben werde,<sup>103</sup> solange die Bedeutung der einzelnen Determinanten nicht festgelegt sei.

Aber auch Gerichte, die anhand all dieser Faktoren das juristische Geschlecht eines operierten Transsexuellen zu bestimmen hatten, sind zu verschiedenen Ergebnissen gekommen.<sup>104</sup> In zwei Fällen ging es um die Annullierung einer Ehe zwischen einem Mann und einer transsexuellen Frau, die nach der geschlechtsumwandelnden Operation ebenfalls ein Mann war. In der Sache „Corbett gegen Corbett“<sup>105</sup> entschied das Gericht, dass zumindest für den Bereich der Ehe biologische

Faktoren den Ausschlag geben sollten.<sup>106</sup> Der Fall erregte damals große Aufmerksamkeit in England. In einem US-amerikanischen Fall wurde dagegen anders entschieden. In der Sache „M.T. gegen J.T.“ war das Gericht der Auffassung, dass zum Geschlecht sowohl die [subjektiv empfundene] Geschlechtsidentität als auch biologische Faktoren gehörten. Wo beides übereinstimme, werde das Gericht das auch so festlegen.<sup>107</sup> Wo aber subjektive Geschlechtsidentität und Biologie nicht übereinstimmten, habe die Biologie den Vorrang.<sup>108</sup>

In diesen Fällen wurde nicht deshalb unterschiedlich entschieden, weil die genannten acht Geschlechtsfaktoren außer acht gelassen wurden. Die unterschiedliche Beurteilung ergab sich vielmehr aus der Tatsache, dass die Faktoren von völlig verschiedenen Weltanschauungen<sup>109</sup> aus betrachtet wurden. Das ist nicht nur eine Frage der Semantik. Es geht um „ein grundlegend anderes Verständnis dessen, was 'Geschlecht' [sex] im Rahmen der Ehe bedeutet.“<sup>110</sup> Daher wird die Verwirrung nicht unbedingt abnehmen, wenn die Gerichte eine Rangliste der Geschlechtsfaktoren erstellen. Gerade die Tatsache, dass es im Ermessen der einzelnen Gerichte liegt, die Rangordnung der Faktoren festzulegen, kann dazu führen, dass Widersprüchlichkeiten für immer bestehen bleiben.

Die Faktoren, einzeln betrachtet, sind leicht auseinander zunehmen. Wenn man z.B. Chromosomen und Anatomie zusammen berücksichtigt, gibt es Menschen, die aus der Zweiteilung der Geschlechter herausfallen. Das trifft besonders für Intersexuelle zu, deren Chromosomenstruktur und äußere Genitalien nicht eindeutig sind.<sup>111</sup> Gerade wegen der Mehrdeutigkeit bestimmter Chromosomenstrukturen hat das Internationale Olympische Komitee den Chromosomentest für weibliche Athleten<sup>112</sup> abgeschafft. Einige Experten sind nun der Auffassung, die subjektiv empfundene Geschlechtsidentität eines Menschen sei zur Bestimmung des Geschlechts wichtiger als die Chromosomen.<sup>113</sup> Und die Unstimmigkeit bei transsexuell lebenden Menschen zwischen subjektiver Geschlechtsidentität und biologischem Geschlecht sehen einige als Zeichen einer bedeutsamen Mehrdeutigkeit.<sup>114</sup>

Beim Lärm um die Kriterien wird jedoch außer acht gelassen, dass im Fall „Corbett“ die genannten Faktoren gar nicht das Entscheidende waren.<sup>115</sup> Ursprünglich wurden die Faktoren ja nicht zusammengestellt, um menschliche Geschlechtsmerkmale aufzulisten, sondern um das Geschlecht auch im Fall einer Mehrdeutigkeit oder Abnormalität festlegen zu können.<sup>116</sup> Da aber die Mehrheit der Bevölkerung eindeutig entweder dem männlichen oder dem weiblichen Geschlecht angehört, erhebt sich die Frage, ob diese Mehrheit dekonstruiert werden soll nach Kriterien, die ursprünglich für Menschen entwickelt wurden, deren Geschlechtszugehörigkeit [aufgrund einer Krankheit] nicht eindeutig war.

### Wie man einen Talisman wählt<sup>117</sup>

Die Gender-Perspektive instrumentalisiert Intersexuelle, Transvestiten und Transsexuelle, um eine generelle Mehrdeutigkeit von Geschlecht zu schaffen. Auf diese Weise soll das juristische Klassifizierungssystem, das auf der Zweigeschlechtlichkeit des Menschen, Mann und Frau, aufbaut, aufgelöst und seine offensichtliche Ungerechtigkeit ans Licht gebracht werden.<sup>118</sup> Transsexuelle und andere Gruppen stehen nicht deshalb im Mittelpunkt, weil man sich um die Betroffenen sorgt, sondern weil man die Annahme, die Mann-Frau-Dichotomie unserer Gesetze sei richtig, infrage stellen<sup>119</sup> und „das heterosexuelle Patriarchat zerstören“<sup>120</sup> will. Die Gender-Perspektive hat ihre Talismane exakt gewählt.

Tatsächlich ist die jüngste Debatte über die Definition von Geschlecht [sex] zu einem großen Teil auf die Entwicklung der geschlechtsumwandelnden Chirurgie und ihre Anwendung bei Transsexuellen zurückzuführen.<sup>121</sup> Transsexuell lebende Menschen sind dabei zu einem Symbol geworden. Für die Anhänger der Gender-Perspektive stehen sie für den Aufstand gegen traditionelle Geschlechterrollen und Kategorien.<sup>122</sup> „Der Transsexuelle steht als Symbol für fließende Identitäten und geschlechtliche Vieldeutigkeit, so dass wir befugt sind, unser Geschlecht selbst zu wählen, ein Geschlecht, das uns weder bei der Geburt zugewiesen wurde, noch das unveränderbar ist oder auf Dauer gleich bleiben muss.“<sup>123</sup>

*Die Gesetze ermächtigen den Staat, das Geschlecht einer Person festzulegen. Die Gender-Perspektive muss deshalb das Recht auflösen.*

*Die Gender-Perspektive instrumentalisiert Intersexuelle, Transvestiten und Transsexuelle, um eine generelle Mehrdeutigkeit von Geschlecht zu schaffen.*

*Transsexuelle und andere Gruppen stehen nicht deshalb im Mittelpunkt, weil man sich um die Betroffenen sorgt, sondern weil die Annahme, die Mann-Frau-Dichotomie unserer Gesetze sei richtig, infrage stellen und "das heterosexuelle Patriarchat zerstören" will.*

Deshalb wird es immer wichtiger, die Transsexualität von dem „Stigma“ der Krankheit zu befreien.<sup>124</sup> Von vielen Seiten wird darauf gedrängt, dass geschlechtsumwandelnde Operationen auf Wunsch möglich sein müssten und die bisherige Zwischenphase mit dem Nachweis einer Krankheit entfallen sollte.<sup>125</sup> Es gibt auch die Tendenz, die Bezeichnung „geschlechtsunstimig“ [gender dysphorisch] nicht mehr zu gebrauchen und es durch etwas Positiveres zu ersetzen.<sup>126</sup> Erst wenn Transsexualität nichts mehr mit Krankheit oder Unmoral zu tun hat, kann es den Verfechtern der Gender-Perspektive als hochwirksamer, symbolischer Talisman dienen.<sup>127</sup>

Dabei ist die Vorstellung, Transsexualität sei etwas „Andauerndes und Unveränderbares, zu einem der Mythen des Transsexualismus geworden.“<sup>128</sup> Transsexualität wird als etwas Unveränderliches und Festgelegtes dargestellt.<sup>129</sup> Kritik an Transsexualität wird als „Rollen-Unterdrückung“<sup>130</sup> dargestellt, die ihren Ursprung in der engstirnigen Vorstellung von der Zweigeschlechtlichkeit des Menschen<sup>131</sup> sowie in religiösen und patriarchalischen Vorurteilen<sup>132</sup> habe. In Wirklichkeit sind es neue Rollenvorbilder und Mentoren, die einen starken Einfluss ausüben.<sup>133</sup>

**E**chte Fälle von Transsexualität sind sehr selten.<sup>134</sup> Die Gender-Literatur trifft keine Unterscheidung zwischen primärer und sekundärer Transsexualität.<sup>135</sup> Primäre Transsexualität ist sehr selten und kommt sowohl bei Männern als auch bei Frauen vor.<sup>136</sup> Sekundäre Transsexualität ist weitaus häufiger und kommt nur bei Männern vor.<sup>137</sup> Primäre Transsexualität scheint eine biologische Komponente zu haben, denn hier wird gegengeschlechtliches Verhalten von früher Kindheit an beobachtet.<sup>138</sup> Sekundäre Transsexualität hat nicht diese lange Geschichte der „Geschlechtsunstimigkeit“. Betroffene haben sich die meiste Zeit ihres Lebens ihrem biologischen Geschlecht entsprechend verhalten und die Geschlechtsrolle erst als Reaktion auf eine akute Krise geändert.<sup>139</sup> Die Gender-Perspektive behandelt aber alle transsexuell lebenden Menschen so, als ob es sich immer um primäre Transsexualität<sup>140</sup> handele und sorgt so dafür, dass der Mythos von der Unveränderbarkeit weiterbesteht.<sup>141</sup>

Transsexuelle waren und sind nützliche Talismane bei dem steten Versuch, das Rechtssystem zu dekonstruieren und ihm die Möglichkeit zu nehmen,

eine Unterscheidung aufgrund des Geschlechts vorzunehmen.<sup>142</sup>

Gerichtliche Klagen von Transsexuellen, sie würden aufgrund ihres transsexuellen Geschlechts diskriminiert,<sup>143</sup> waren wenig erfolgreich. Wenn es darum ging, amtliche Dokumente zu ändern,<sup>144</sup> waren ihre Klagen erfolgreicher. Sehr großen Einfluss und enorme Auswirkungen hatten sie aber auf die Diskussion um die „gleichgeschlechtliche Ehe“.<sup>145</sup> Indem sie eine allgemeine Auflösung und Dekonstruktion der geschlechtlichen Kategorien förderten, waren transsexuelle „Ehen“ die Vorbote für eine Akzeptanz von homosexuellen Partnerschaften.<sup>146</sup>

### **Wie man den Knoten löst**

Die Gender-Perspektive behauptet, dass die Ehe die Klassenunterschiede verewige.<sup>147</sup> Immerhin ist laut Friedrich Engels die Ehe das erste Beispiel für Klassenfeindschaft und Unterdrückung.<sup>148</sup> Ehe ist die endgültige Gestalt der geschlechtlichen Unterscheidung und der Unterdrückung.<sup>149</sup> Trotz aller Versuche der Gender-Perspektive gilt noch immer in der gesamten Rechtsprechung [in den USA] der Grundsatz, dass für eine Ehe ein Mann und eine Frau erforderlich sind.<sup>150</sup> Deshalb ist die Neu-Definition von Geschlecht aufgrund subjektiver Kriterien der erste Schritt zur Dekonstruktion und Auflösung der heterosexuellen Ehe.<sup>151</sup> Die Macht, das Geschlecht als männlich oder weiblich bestimmen zu können, ist für die Frage der Ehe von grundlegender Bedeutung.<sup>152</sup> Bei der Neu-Definition von Geschlecht geht es nicht so sehr um die „gleichgeschlechtliche Ehe“,<sup>153</sup> es ist vielmehr ein verstärkter Angriff auf die (heterosexuelle) Ehe<sup>154</sup> und auf das Privileg des Rechtssystems, eine Einteilung aufgrund des Geschlechts vorzunehmen.

Dieser Angriff erfolgt leise und unterschwellig. Theoretiker wie Cass Sunstein<sup>155</sup> befürworten ein flexibles und stufenweises Vorgehen bei der Dekonstruktion von Geschlecht und Ehe.<sup>156</sup> Der Plan ist, am Eherecht herumschneiden, ohne dass es zu einer Gegenreaktion der Bevölkerungsmehrheit kommt. Es geht darum, „öffentliche Diskussionen zu ermöglichen und dann eine einheitliche Entscheidung des Obersten Gerichts zu erhalten, die dem normalen politischen Entscheidungsprozess bezüglich ethischer Fragen zuvorkommt. Denn in diesem politischen Entscheidungsprozess befindet sich die Gesellschaft erst im Stadium der Entwicklung.“<sup>157</sup> Deshalb wurde der Kläger in Littleton, ein operierter transsexueller Mann, von der transsexuellen Subkultur kritisiert, weil er

seine angeblichen ehelichen Rechte zum Nachteil dieser Subkultur durchsetzen wollte.<sup>158</sup> Wenn man das Schreckgespenst der „Transsexuellen-Ehe“ zu einer Mehrheitsentscheidung des Gesetzgebers erhebt, erfordert das neue Regelungen.<sup>159</sup> Deshalb ziehen die Verfechter der homosexuellen und transsexuellen „Ehe“ es fast immer vor, den Kampf auf die Gerichte zu begrenzen.

### Wie man ein neues Bürgerrecht schafft

Die Gender-Perspektive verfolgt die Strategie, „Traditionen anzugreifen unter dem Vorwand, dass bestimmte Bürgerrechte gesetzlich nicht genügend geschützt sind.“<sup>160</sup> Dabei wird das Recht der Mehrheit, ihre Ansichten im Gesetz widergespiegelt zu sehen, gegen eine potentielle Unterdrückung von Minderheiten ausgespielt.<sup>161</sup> Dass sich die Rechtsprechung auf die biologisch begründete Definition von Geschlecht verlässt, wird verunglimpft, weil es das Recht auf freie sexuelle Selbstbestimmung einschränke und Unterdrückung aufgrund von Klassenzugehörigkeit schaffe.<sup>162</sup> Neben anderen umfassenden Rechtsansprüchen bezüglich persönlicher Freiheit und Gleichheit<sup>163</sup> gehören zu den unterdrückten Rechten aus Sicht der Gender-Perspektive das Recht auf Privatsphäre, das Recht, in Ruhe gelassen zu werden und das Recht auf persönliche Autonomie.<sup>164</sup> Gegen diese grundlegenden Rechte verstoße die staatliche Gewalt, indem sie Regelungen auf der Grundlage der Geschlechtszugehörigkeit treffe. Zur Ideologie gehört auch, davon auszugehen, dass es die Gesellschaft ist, die die grundlegenden Rechte aus sich heraus erfindet und dann kontrolliert.<sup>165</sup> Durch umfassende rechtliche Forderungen, so die Gender-Perspektive, sollen alle Rechte genauester Prüfung unterzogen werden. Damit will man die gesetzlichen Möglichkeiten, auf der Grundlage von Geschlecht einen Unterschied machen zu können, einschränken.<sup>166</sup> Genauer gesagt laufen alle diese Rechte auf die Schaffung „eines grundlegenden Rechts, das eigene Geschlecht [gender] völlig unabhängig von der Biologie bestimmen“ zu können, hinaus.<sup>167</sup>

Dieses angebliche Recht, das eigene Geschlecht und die geschlechtliche Identität [sexual identity] selbst bestimmen zu können, ist aber nicht unter Berufung auf die Verfassung einklagbar.<sup>168</sup> Substantielle Rechte sind an die Tradition gebunden.<sup>169</sup> In diesem Fall gibt es kein allgemein

anerkanntes Grundrecht auf die freie Bestimmung des eigenen Geschlechts und der geschlechtlichen Identität [sexual identity]; das Vorrecht zur Definition von Geschlecht hatte immer der Staat.<sup>170</sup>

### Gleichstellung der Vielfalt

Angesichts des heftigen Widerstandes der Gender-Perspektive gegen das heute geltende juristische binäre Klassifizierungssystem [nur zwei Geschlechter, Mann und Frau],<sup>171</sup> taucht die Frage auf: Welche Norm sollte stattdessen eingeführt werden oder sollte es vielleicht überhaupt keine Normen mehr geben?

In Anbetracht der Veränderbarkeit und Mehrdeutigkeit der oben genannten Geschlechtsfaktoren<sup>172</sup> haben einige Experten die These aufgestellt, die subjektive Geschlechtsidentität [sexual identity] sei eine eindeutigere und gerechtere Möglichkeit, das Geschlecht [sex] juristisch zu bestimmen.<sup>173</sup> Theoretisch zumindest würde eine solche Definition sowohl medizinische Ergebnisse als auch die Rechte des Einzelnen berücksichtigen.<sup>174</sup> Sie wäre viel flexibler und man könnte damit auf gestaffelte Geschlechtsrollen [gender roles] besser reagieren als die formale biologische Einteilung in [nur] zwei Geschlechter.<sup>175</sup> Diese Definition wäre auch die mitfühlendere, da sie Rechtswerte widerspiegeln, die das emotionale Wohlfühl fördern.<sup>176</sup> Und schließlich: Das Geschlecht subjektiv zu bestimmen, würde zur „Befreiung vom heteropatriarchalen Status Quo und seinen verheerenden Auswirkungen auf Recht und Gesellschaft“ führen.<sup>177</sup>

Für die Anhänger der Gender-Perspektive ist wohl der subjektive Ansatz der attraktivste, weil er gar nicht zur Anwendung kommen kann:<sup>178</sup> Die subjektive Norm ist eben keine Norm.<sup>179</sup> Subjektiv empfundene Geschlechtsidentität (gender identity) beruht auf der eigenen Selbstwahrnehmung,<sup>180</sup> und kann deshalb nur beurteilt werden, wenn man auf subjektive Weise in die Psyche einer Person eindringt.<sup>181</sup> Dieses „Keine Norm“ ist jedoch genau das, was die Anhänger der Gender-Perspektive wollen. Ihr Ziel ist es, dem Rechtssystem die Vollmacht zu nehmen, eine Unterscheidung aufgrund des biologischen Geschlechts vorzunehmen.<sup>182</sup> Aus der Gender-Perspektive ist Geschlecht nur ein gesellschaftliches Konstrukt; und deshalb sind rechtliche Normen, die von der Geschlechtszuge-

*Die Neu-Definition von Geschlecht aufgrund subjektiver Kriterien ist der erste Schritt zur Dekonstruktion und Auflösung der heterosexuellen Ehe.*

*Das Geschlecht einer Person wird bei der Geburt rechtlich bindend festgelegt. Durch die Gender-Brille gesehen ist eine solche Entscheidung völlig irrational.*

hörigkeit abhängen, notwendigerweise willkürlich.<sup>183</sup> Also sind – unabhängig aller körperlichen Unterschiede – alle Gesetze, die sich auf die beiden Geschlechter Mann und Frau beziehen, irrational und ungerecht.<sup>184</sup> Man vergesse das Mantra nicht: Unterscheidung ist Klassifizierung und Klassifizierung ist Unterdrückung.

#### **4. Es macht doch einen Unterschied**

Das Recht hat immer eine normative und objektive Definition von Geschlecht angenommen und dies als „natürlich, zwangsläufig und unpolitisch“<sup>185</sup> angesehen. Diese traditionelle Sicht ist wiederholt in zahlreichen neueren Entscheidungen zu finden: Das Geschlecht einer Person wird bei der Geburt rechtlich bindend festgelegt.<sup>186</sup> Diese Entscheidungen wurden später von Wissenschaftlern als „viel zu einfach“ kritisiert.<sup>187</sup> Durch die Gender-Brille gesehen ist eine solche Entscheidung bei der Geburt völlig irrational,<sup>188</sup> weil sie „die heterosexistische Vorstellung, zwischen biologischem Geschlecht [sex] und sozialem Geschlecht [gender] müsse eine Übereinstimmung bestehen, weiter am Leben hält und verstärkt.“<sup>189</sup> Vergessen wir nicht, dass die Gender-Perspektive alle Unterschiede zwischen den Geschlechtern ignorieren oder so klein wie möglich machen und alle Handlungen, die geeignet sind, Geschlechterkategorien aufzulösen, glorifizieren will.<sup>190</sup>

Der Unterschied zwischen der traditionellen Sicht und der Gender-Perspektive betrifft grundlegend andere Vorstellungen über Natur und Wesen von Mann und Frau.<sup>191</sup> Geschlecht kann man als Zufall im Verlauf der Evolution oder als Teil einer über allem stehenden natürlichen Ordnung sehen.<sup>192</sup> Es ist wichtig, nochmals zu betonen, dass die Gender-Perspektive eine Ideologie ist, eine Weltanschauung,<sup>193</sup> die auf bestimmten Annahmen beruht. Die wichtigste Annahme ist die, dass Unterschiede zwischen Männern und Frauen nicht in der Natur von Mann und Frau begründet sind, sondern nur gesellschaftlich konstruiert<sup>194</sup> bzw. äußere Darstellung (performative) seien.<sup>195</sup> Diese Annahme ist widerlegbar.

Dass Unterschiede im Geschlechtsrollenverhalten von Mann und Frau biologisch bedingt sein können, ist eine Bedrohung für die Gender-Perspektive, deren Verfechter dogmatisch darauf

insistieren, dass alles konstruiert oder äußere Darstellung [performance] ist.<sup>196</sup> Die Anhänger der Gender-Perspektive neigen deshalb dazu, jede deskriptive Untersuchung unter den Tisch fallen zu lassen und nur auf normative Untersuchungen zu setzen.<sup>197</sup> Es ist aber eine Sache zu behaupten, vom normativen Standpunkt aus sollten die Unterschiede zwischen Männern und Frauen keine Rolle spielen, und eine ganz andere Sache, vom deskriptiven Standpunkt aus zu sagen, es gäbe gar keine Unterschiede.<sup>198</sup> Mit Recht kann man sagen: „Das Insistieren darauf, biologisches Geschlecht durch Gender zu ersetzen und Gender als 'sozial konstruierte Rolle' völlig neu zu definieren, ist der Versuch, die philosophische Diskussion zu gewinnen und der Welt eine einzige, geschlossene und ungläubwürdige Weltsicht aufzuzwingen.“<sup>199</sup>

**D**iese Sicht hat mit der Debatte um „Angeboren“ oder „Anerzogen“ zu tun. Die Argumente sind überholt. In der medizinischen Forschung stößt man immer weiter auf Unterschiede zwischen Mann und Frau, sei es in der Hirnforschung oder bei den Fortpflanzungsstrukturen.<sup>200</sup> „Schon während der Embryonalentwicklung erweist sich das Fortpflanzungssystem als sexuell zweigeteilt [dimorph]. Auch in der späteren Entwicklung des Verhaltens und in der psychischen Entwicklung ist eine geschlechtliche Zweigestaltigkeit (geschlechtlicher Dimorphismus) erkennbar. In der Theorie der psychosexuellen Entwicklung gilt es heute als überholt, Biologie und Umwelt gegeneinander zu stellen...“<sup>201</sup> Es kann nachgewiesen werden, dass es geschlechtlichen Dimorphismus gibt; dieser ist weder rein biologisch noch rein gesellschaftlich konstruiert.<sup>202</sup> Statt sich auf die überholten Argumente „Angeboren gegen Anerzogen“ zurückzuziehen, brauchen wir ein Verständnis dafür, wie beide zusammenwirken.<sup>203</sup>

Ein gemäßiger Ansatz erkennt sowohl Anteile von Essentialismus als auch von Konstruktivismus an.<sup>204</sup> Weder die Anhänger des biologischen Essentialismus noch die Anhänger des sozialen Konstruktivismus haben allein recht, vielmehr „vermischen und überlappen sich biologische und soziale Faktoren.“<sup>205</sup> Biologie und Erziehung sind so eng miteinander verflochten, dass sie fast nicht unterscheidbar sind.<sup>206</sup>

Eine Abspaltung des sozialen Geschlechts [gender] vom biologischen Geschlecht [sex] lässt sich mit den Ergebnissen der Wissenschaften nicht vereinbaren.<sup>207</sup> Weil beispielsweise Martine Rothblatt keine Begründung dafür geben konnte, dass es in fast jeder Gesellschaft Mannsein und Frausein als die beiden sozialen Geschlechter gibt, „widerspricht ihre Vision von der sexuellen Bandbreite [zahlreicher Geschlechter und geschlechtlicher Ausdrucksformen] einem Großteil der empirischen Forschung in der Kulturanthropologie.“<sup>208</sup> Auch Judith Butler geht in ihrer Theorie davon aus, dass typisch männliches oder typisch weibliches Verhalten nur äußere Darstellung sei [performance theory] und dass „Heterosexualität und Fortpflanzung nur willkürliche Konstruktionen sind.“ Die erotische Anziehung zwischen Mann und Frau unterschlägt sie, weil das Auswirkungen auf die Frage nach der Normativität hätte.<sup>209</sup> Auch die Naturwissenschaften bestätigen immer wieder neu das Vorhandensein biologischer Unterschiede.<sup>210</sup> Diese sind nicht nur auf das Körperliche beschränkt, sondern „betreffen auch die Psyche und das Verhalten.“<sup>211</sup> Dass Geschlecht [sex] nur ein soziales Konstrukt sei, widerspricht nicht nur der Intuition, sondern auch „den biologischen und anthropologischen Erkenntnissen.“<sup>212</sup> In der Medizin geht man heute davon aus, dass es nur zwei biologische Geschlechter [sex] und auch nur zwei soziale Geschlechter [gender] gibt, letzteres in mannigfaltigen Variationen.<sup>213</sup>

Es ist auch durchaus möglich, dass die sozialen Geschlechtsunterschiede das Ergebnis biologischer Notwendigkeit sind.<sup>214</sup> Traditionen haben ihre Wurzeln nicht in irgendwelchen patriarchalen Herrschaftsformen, sondern darin, die sozialen Kosten so niedrig wie möglich zu halten. Unterschiede zwischen den Geschlechtern haben deshalb weniger mit Macht, Zufall oder Unwissenheit zu tun als mit „Anreizen, Gelegenheiten, Zwängen und sozialen Aufgaben.“<sup>215</sup> Die Biologie – wenn sie auch nicht determiniert –, beeinflusst doch Verhalten und sexuelles Vorgehen.<sup>216</sup> Von daher ist auch einzusehen, dass Jungen nicht zu mädchenhaftem Verhalten [cross gender behavior] und Mädchen nicht zu jungenhaftem Verhalten [cross gender behavior] ermutigt werden sollten. Es verwirrt nur, es erhöht die Kosten.<sup>217</sup> Biologische Unterschiede ziehen weder soziale Unterlegenheit noch Überlegenheit nach sich; vielmehr können schein-

bare Ungleichheiten durchaus Ausdruck einer persönlichen Wahl sein.<sup>218</sup>

Das Beseitigen oder die Unterdrückung der Geschlechterrollen [sex roles] wird von der Gender-Perspektive als Ziel einer gesunden Gesellschaft gesehen. Und die offensichtlichen Unterschiede, die es im Verhalten von Männern und Frauen in praktisch allen Gesellschaften, auch in der unsrigen, gibt, werden als Zeichen dafür gesehen, dass irgendetwas völlig falsch läuft. Wenn es aber stimmt, dass es diese deskriptiven Unterschiede zwischen Mann und Frau wirklich gibt, dann brauchen wir auf die jeweiligen Besonderheiten im Verhalten von Mann und Frau nicht mit Misstrauen zu reagieren. Solches Misstrauen führt nur allzuoft zu bitterem Anprangern. Wenn Individuen wirklich unterschiedliche natürliche Begabungen haben, sollte unser System der freiwilligen Vereinbarungen diese Unterschiede auch widerspiegeln.<sup>219</sup>

**S**o sehen wir nun, dass man durchaus der subjektiven Definition von Geschlecht, wie sie die Gender-Perspektive vorschlägt, begründet widersprechen kann. In der Literatur des sozialen Konstruktivismus „werden die biologischen Geschlechtsunterschiede klein gemacht, was dazu führt, dass die juristischen Unterscheidungen, die darauf gründen, als willkürlich betrachtet werden.“<sup>220</sup> Während die Gender-Perspektive dies minimieren oder rationalistisch wegdeuten möchte, gibt es Beweise dafür, warum ein vernünftig denkender Mensch der Überzeugung sein kann, dass Unterschiede zwischen Mann und Frau existieren und auch von Bedeutung sind. Man braucht nicht zu behaupten, „Biologie ist Schicksal“, um zu bestätigen, „Biologie ist Wirklichkeit.“<sup>221</sup>

## 5. Was nun?

Was macht es für einen Unterschied, ob man Geschlecht aufgrund der Biologie oder aufgrund einer subjektiven Geschlechtsidentität definiert? Die Antwort findet sich in den Fernzielen der Gender-Perspektive. Erstens will die Gender-Perspektive die Gesellschaft ihrer eigenen Vorstellung gemäß und nach ihrem eigenen Bild neu schaffen. Zweitens: Wenn die juristische Definition von Geschlecht nicht mehr auf

*Statt sich auf die überholten Argumente „Angeboren gegen Anerzogen“ zurückzuziehen, brauchen wir ein Verständnis dafür, wie beide zusammenwirken.*

*Eine Neudefinition von Geschlecht anhand einer subjektiven Geschlechtsidentität (gender identity) würde alle Prinzipien der Gleichheit vor dem Gesetz zerstören.*

der objektiven Biologie, sondern auf subjektiv empfundener Geschlechtsidentität beruht, wird das unser gesamtes Rechtssystem gefährden.

### **Ein besseres Leben mit der Gender-Perspektive?**

Als Weltanschauung gründet die Gender-Perspektive auf der folgenden neomarxistischen Ideologie: Die Geschichte des Klassenkampfes, in dem Unterdrückter gegen Unterdrückte in einen Krieg verwickelt sind, kann nur ein Ende finden, wenn die Unterdrückten ein neues Bewusstsein bekommen und ihrer Unterdrückung gewahr werden, wenn sie sich in einer Revolution erheben und die Diktatur der Unterdrückten errichten. Dann wird die Gesellschaft völlig neu konstruiert und die friedliche klassenlose Gesellschaft wird entstehen, die utopischen Frieden und Wohlstand für alle sichert.<sup>222</sup>

Nach der Gender-Perspektive ist es das Hauptziel der Gesellschaft, jedermann persönliche Erfüllung zu garantieren und so dem Menschen zu helfen.<sup>223</sup> Wenn man also die derzeit geltende objektive Definition von Geschlecht durch eine subjektive ersetzen würde, würde dieses viele angebliche Probleme bezüglich „sexueller Minderheiten“ lösen. Es würde auch die Probleme derjenigen lösen, die unter der Last des vom Staat zugewiesenen Geschlechts leiden.<sup>224</sup>

Das Ziel der Gender-Perspektive ist die Schaffung einer paradiesischen Gesellschaft, in der – ungehemmt durch patriarchale Vorherrschaft – eine Vielzahl von Geschlechtern [gender] mit dementsprechend verschiedensten Ausdrucksformen leben kann. „Wir werden eine neue menschliche Kultur von nie dagewesener Kreativität bezüglich persönlicher Entwicklungsmöglichkeiten schaffen... Aus der Unterjochung der Frauen wird die Sensibilisierung der Männer hervorgehen. Und aus der Apartheid der Geschlechter entsteht die Freiheit von Gender.“<sup>225</sup> Die Verfechter der Gender-Perspektive stellen sich dabei positive Wogen kultureller Kreativität vor, die sowohl das Leben des Einzelnen als auch der ganzen Welt verbessern würden.<sup>226</sup>

Am Ende jedoch laufen die Bemühungen der Gender-Perspektive auf „einen leichtsinnigen

Versuch hinaus, die Menschen neu zu schaffen und eine Welt zu erschaffen, die es nie geben kann.“<sup>227</sup> Anhänger des sozialen Konstruktivismus lehnen die Vorstellung, es könne tief verwurzelte, vernünftige Gründe für die Unterschiede männlicher und weiblicher Verhaltensweisen geben, ab. Das würde ja bedeuten, dass die Gesellschaft nicht so leicht formbar wäre, sondern zutiefst ihrer utopischen Vision widerstehen würde.<sup>228</sup> In einer Kultur, die sich Veränderungen gegenüber so schwerfällig verhalte, könne die Utopie nur durch Zwang erreicht werden,<sup>229</sup> nur durch eine „Diktatur der Unterdrückten.“<sup>230</sup> Sehr viel Bürokratie wäre erforderlich, um ein „besseres Leben“ der Menschen sicherzustellen. Deshalb droht die Gender-Perspektive damit, ihre eigene Form von Imperialismus einzusetzen.<sup>231</sup> Zur Verwirklichung dieser Vision haben sie die Gerichte ausgesucht.

### **Vor Gericht gehen**

Verständlicherweise sind die Anhänger der Gender-Perspektive mit Mehrheitsentscheidungen sehr vorsichtig. Die Gesetzgebung wird eine Entscheidung wie in Littleton<sup>232</sup> eher bestätigen als aufheben. Außerdem sind Veränderungen durch politische Prozesse langsam.<sup>233</sup>

Die Strategie, über die Gerichte zu neuen Gesetzen zu kommen, wirft jedoch automatisch Fragen über die angemessene Rolle der Justiz bei der Entscheidung politischer und moralischer Fragen auf.<sup>234</sup> Wenn man aber sagt, die Definition von Geschlecht solle dem Gesetzgeber überlassen werden, können einige daraus den Schluss ziehen, Geschlecht sei nicht etwas Naturgegebenes, sondern eine vom Staat willkürlich bestimmte Konstruktion, die man beliebig definieren und neu definieren könne.<sup>235</sup> Die meisten Gerichte messen bei der Bestimmung des Geschlechts den biologischen Faktoren die entscheidende Bedeutung zu und verweisen sozialpolitische Fragen an den Gesetzgeber.<sup>236</sup> Die wenigen Gerichte, die anderer Meinung waren, haben größtenteils aufgrund der persönlichen Ansicht ihres vorsitzenden Richters so entschieden.<sup>237</sup> Deshalb wird dem Gericht in der Sache „M.T. gegen J.T.“ eine „sehr liberale Haltung“<sup>238</sup> bescheinigt. Gerichte, die sich weigern, solche Prozesse

zu führen, werden dafür in wissenschaftlichen Zeitschriften kritisiert.<sup>239</sup> Letztlich versucht die Gender-Perspektive, Gerichtsverfahren zu politisieren<sup>240</sup> und untergräbt damit die Befugnisse des Parlaments.<sup>241</sup> Richter Antonin Scalia hat von den Bundesrichtern als von einer Eliteklasse gesprochen und das Gericht davor gewarnt, „allen Amerikanern einen von dieser Eliteklasse favorisierten Beschluss aufzuzwingen.“<sup>242</sup> Neben den Gefahren eines juristischen Aktivismus gibt es allerdings noch andere Gründe, weshalb das Rechtssystem auch weiterhin das Geschlecht aufgrund objektiver Kriterien bestimmen sollte.

**D**as westliche Rechtssystem „basiert auf der jüdisch-christlichen Ethik. Diese Ethik gründet sich nicht selten auf die Annahme, dass das Geschlecht Einfluss auf Persönlichkeitsstruktur und Sozialgestalt hat.“<sup>243</sup> Das Recht fußt auf einem System, das absolute moralische Werte anerkennt.<sup>244</sup> Die jüdisch-christliche Weltanschauung, die bis ins 18. Jahrhundert bestimmend war, vertritt eine „umfassende Theorie des Geschlechts.“<sup>245</sup> Infolgedessen haben Wahrheiten nicht durch staatliche Gewalt, sondern als Widerspiegelung der göttlichen Ordnung Einzug in das Rechtssystem gehalten.<sup>246</sup>

Die Gender-Perspektive dagegen, die auch Religion als soziale Konstruktion<sup>247</sup> ansieht, fordert „juristische und soziale Zustimmung für Verhaltensweisen, die von Rechtskodizes, Religionen und kulturellen Normen überall und im Verlauf der gesamten Menschheitsgeschichte verurteilt wurden.“<sup>248</sup> Aus jüdisch-christlicher Sicht ist die geschlechtliche Unterscheidung in Mann und Frau keine bloße Konstruktion, sondern Teil der Heilsgeschichte.<sup>249</sup> Und diese geschlechtliche Unterscheidung hat bedeutende Auswirkungen auf das Recht.

Auf der Grundlage der jüdisch-christlichen Weltanschauung<sup>250</sup> geht es im Recht hauptsächlich um Beziehungen zwischen Personen sowie zwischen Personen und Staat.<sup>251</sup> Die Tradition dieses Rechts hat ihre Wurzeln im Naturrecht und dem Prinzip gemeinsamer Übereinstimmung.<sup>252</sup> Außerdem gründet das Recht selbst auf Klassifizierungen,<sup>253</sup> denn es ist ein „binäres System, das Entscheidungen nach Ja oder Nein fällt.“<sup>254</sup> Es ist somit praktisch unmöglich für das

Rechtssystem, die binäre Mann-Frau-Klassifizierung von Geschlecht aufzugeben.<sup>255</sup> Tatsächlich würde eine Neudefinition von Geschlecht anhand einer subjektiven Geschlechtsidentität [gender identity] alle Prinzipien der Gleichheit vor dem Gesetz zerstören.<sup>256</sup> Eine subjektive Norm der Geschlechtsidentität ist eben keine Norm.<sup>257</sup> Deshalb „kann man keine Gesetze über Beziehungen erlassen, die auf der Grundlage sozial definierter Rollen stehen; sie müssen sich auf männliche und weibliche Personen beziehen.“<sup>258</sup>

### Schlussfolgerung

Julie A. Greenberg, führende Rechtswissenschaftlerin, ist der Auffassung: „Es ist vertretbar, wenn ein Gericht aus politischen Gründen biologischen Faktoren mehr Bedeutung beimisst als der sexuellen Selbstidentität.“<sup>259</sup> Mit dieser Äußerung widerspricht sie den beharrlichen Aussagen der Gender-Perspektive, dass Unterscheidungen aufgrund des Geschlechts notwendigerweise unterdrückend sind. Die Gender-Perspektive ist eine in sich folgerichtige und umfassende Weltanschauung,<sup>260</sup> zu der eine Ontologie gehört, die Unterschiede zwischen biologisch männlich und biologisch weiblich<sup>261</sup> nicht anerkennt. Ihr Ziel ist die Revolution und die Schaffung einer klassenlosen, utopischen Gesellschaft.<sup>262</sup> Dazu steht sie in Kampfstellung gegen jede Unterscheidung der Geschlechter. Ihre verschiedenen Gruppierungen haben Verbindungen zum akademischen Feminismus.<sup>263</sup> Ihr gemeinsames Ziel<sup>264</sup> ist die völlige Auflösung von biologischem Geschlecht [sex], sozialem Geschlecht [gender] und sexueller Orientierung. Der gemeinsame Feind ist die Tradition der jüdisch-christlichen Weltanschauung.<sup>265</sup>

**A**ls Ausdruck einer Weltanschauung und einer normativen Analyse sind die Annahmen der Gender-Perspektive aus sich heraus widerlegbar. Jeder Beweis von Unterschieden zwischen den Geschlechtern wird von der Gender-Perspektive mit dem Bann belegt.<sup>266</sup> Außerdem müsste der zu erwartende Einfluss ihrer Theorien auf Gesellschaft und Recht ausreichen, um ihre Annahmen als völlig fragwürdig anzusehen.

Man muss jedoch nicht, wie die Gender-

*Das Ziel der Gender-Perspektive ist die Revolution und die Schaffung einer klassenlosen, utopischen Gesellschaft. Dazu steht sie in Kampfstellung gegen jede Unterscheidung der Geschlechter.*

Perspektive es tut, den Standpunkt anderer auseinander nehmen, um den eigenen innerlich widerspruchsfrei zu halten. Am Ende genügt es zu zeigen: Ungeachtet dessen, was die „progressiven Hegemonisten“ sagen mögen, gibt es sowohl deskriptive<sup>267</sup> als auch normative<sup>268</sup> Beweise, aufgrund derer ein vernünftig

denkender Mensch zu dem Schluss kommen kann, dass die juristische Definition von Geschlecht nicht anhand subjektiver, sondern anhand objektiver Faktoren erfolgen sollte. Man muss dazu nur erkennen, dass Weltanschauungen und Ideologien Einfluss haben und dass der Satz stimmt: „Ideas have consequences.“

### David Lee Mundy



David Lee Mundy, Jurist, war Chefredakteur von „Regent University Law Review“, Zeitschrift der Regent University School of Law in Virginia Beach, USA. Der Artikel ist in der Zeitschrift „Regent University Law Review“ erschienen.

#### Anmerkungen:

Der Artikel wurde in deutsch zuerst im DIJG-Bulletin Herbst 2002 veröffentlicht. In dieser Ausgabe wurde die Übersetzung geringfügig überarbeitet.

Alle in eckigen Klammern stehenden Erklärungen wurden vom Herausgeber hinzugefügt. Zum besseren Verständnis wurden auch die jeweils im englischen Original gebrauchten Begriffe wie „sex“ oder „gender“ oder „gender identity“ an den meisten Stellen in eckigen Klammern hinzugefügt. Die Fußnoten wurden englisch belassen. Der englische Originaltext ist im Internet unter [http://www.regent.edu/acad/schlaw/academics/lawreview/articles/14\\_1Mundy.PDF](http://www.regent.edu/acad/schlaw/academics/lawreview/articles/14_1Mundy.PDF) einsehbar und auch im DIJG auf Anfrage erhältlich. Anm. d. Hg.

1 Richard M. Weaver, *Ideas have Consequences* (1948).

2 Richard A. Epstein, *Gender is for Nouns*, 41 *DePaul L. Rev.* 981, 982-83 (1992). „In accordance with modern usage, the term gender carries with it the implication that we are exploring the relationship between males and females as a social phenomenon, and not as a biological one. The term sex, therefore, is reserved to deal with those aspects of anatomy, physiology, and reproduction that are explicit to sexual distinctions between persons.“ *Id.*

3 Note, *Patriarchy is Such a Drag: The Strategic Possibilities of a Postmodern Account of Gender*, 108 *Harv. L. Rev.* 1973, 2008 (1995) [hereinafter *Drag*].

4 See, e.g., Douglas K. Smith, *Comment, Transsexualism, Sex Reassignment Surgery, and the Law*, 56 *Cornell L. Rev.* 963 (1971).

5 Katrina C. Rose, *The Transsexual and the Damage Done: The Fourth Court of Appeals Opens PanDOMA's Box by Closing the Door on Transsexuals*, 9 *Law & Sex* 1, 134 (2000) (expressing deep concern about the majoritarian process involved in legislating public policy). See also Jay Alan Sekulow & John Tuskey, *Sex and Sodomy and Apples and Oranges. Does the Constitution Require States to Grant a Right to Do the Impossible?* 12 *BYU J. Pub. L.* 309, 309-10 (1998).

6 Compare *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105 (Eng. C.A.) (holding that, for the purposes of marriage, a post-operative transsexual's sex is biologically determined at birth), *In re Ladrach*, 32 *Ohio Misc. 2d* 6 (1987) (holding that a postoperative male may not marry another male), and *Littleton v. Prange*, 9 *S.W.3d* 223 (Tex. App. 1999) (holding that the sex of a postoperative male transsexual is determined at birth), with *M.T. v. J.T.*, 355 *A.2d* 204 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1976) (holding that a

postoperative transsexual's legal sex, for the purpose of marriage, is determined after surgery), and *Vecchione v. Vecchione*, Civ. No. 96D003769 (Cal. App. Dep't. Sup. Ct. 1997), reported in *L.A. Daily J.*, Nov. 26, 1997, at 1 (holding also that a postoperative transsexual's legal sex, for the purpose of marriage, is determined after surgery).

7 See *M.T.*, 355 *A.2d* at 210 (relying extensively on law review articles and expert testimony to the exclusion of precedent or the law itself).

8 Carl Pearlston, *Commentary, It's No Longer Just About Sex*, *L.A. Times*, July 18, 2000, at B9.

9 Mary C. Dunlap, *The Constitutional Rights of Sexual Minorities: A Crisis in the Male/Female Dichotomy*, 30 *Hastings L.J.* 1131, 1131 (1979). “[T]he presumption that two, and only two, distinct and immutable sexes exist amounts to a questionable premise, if not to an ignorant prejudice.“ *Id.* (footnotes omitted).

10 See Mary Coombs, *Sexual Disorientation: Transgendered People and Same-Sex Marriage*, 8 *UCLA Women's L.J.* 219, 227-28 (1998) (characterizing such a traditional viewpoint as rationally untenable and corresponding academic literature as “thin, fragmentary, and generally undertheorized”).

11 A worldview is “a set of presuppositions (assumptions which maybe true, partially true or entirely false) which we hold (consciously or subconsciously, consistently or inconsistently) about the basic makeup of our world.“ James W. Sire, *The Universe Next Door* 16 (3d ed. 1997).

12 Dale O'Leary, *Gender: The Deconstruction of Women, Analysis of the Gender Perspective in Preparation for the Fourth World Conference on Women in Beijing, China* 7 (1995).

- 13 "[I]t is both your view of the world and your view for the world. Your basic answers to the ultimate questions of life determine your preferences, priorities and actions." E-mail from Dr. William E. Brown, President, Bryan College, to David Lee Mundy, Student, Regent School of Law (Dec. 13, 2000) (on file with author).
- 14 Thomas Sowell, *The Vision of the Anointed* 106 (1995); Katherine M. Franke, *The Central Mistake of Sex Discrimination Law: The Disaggregation of Sex from Gender*, 144 U. Pa. L. Rev. 1, 5 (1995).
- 15 Sekulow & Tuskey, *supra* note 5, at 314; David W. Meyers, *The Human Body and the Law* 234 (2d ed. 1990) (noting how the personal beliefs of judges have affected transsexual marriage cases).
- 16 Franke, *supra* note 14, at 5 (stating the debate fundamentally concerns the "metaphysics of sexual difference"); see also Sekulow & Tuskey, *supra* note 5, at 314 ("[T]he issues ... are as much ontological as legal.")
- 17 Sowell, *supra* note 14, at 104-05; see also Robert H. Knight, *The Age of Consent* xv (1988); Lynne Marie Kohm, *The Homosexual "Union": Should Gay and Lesbian Partnerships be Granted the Same Status as Marriage?* 22 J. Contemp. L. 51, 57 (1996).
- 18 Martine Rothblatt, *The Apartheid of Sex* 25 (1995).
- 19 Judith Butler, *Gender Trouble: The Subversion of Identity* 7 (1990); Terry S. Kogan, *Intersections of Race, Ethnicity, Class, Gender & Sexual Orientation: Transsexuals and Critical Gender Theory: The Possibility of a Restroom Labeled "Other"*, 48 Hastings L.J. 1223, 1249 (1997).
- 20 O'Leary, *supra* note 12, at 17; see also Robert H. Bork, *Slouching Towards Gomorrah* 199 (1996).
- 21 Mary Anne C. Case, *Disaggregating Gender from Sex and Sexual Orientation: The Effeminate Man in the Law and Feminist Jurisprudence*, 105 Yale L.J. 1, 2 (1995); see, e.g., Julie A. Greenberg, *Defining Male and Female: Intersexuality and the Collision between Law and Biology*, 41 Ariz. L. Rev. 265, 269 (1999) (giving the usual list of legal areas affected by the definition of sex including marriage, official documents, sex discrimination, and gender-based claims to equal protection).
- 22 *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105 (Eng. C.A.). As the Corbett court explains: "Over a very large area the law is indifferent to sex. it is irrelevant to most of the relationships which give rise to contractual or tortious rights and obligations, and to the greater part of the criminal law... It is not an essential determinant of the relationship in these cases because there is nothing to prevent the parties to a contract of insurance or a pension scheme from agreeing that the person concerned should be treated as a man or as a woman, as the case may be... On the other hand sex is clearly an essential determinant of the relationship called marriage because it is and always has been recognised as the union of a man and woman. It is the institution on which the family is built, and in which the capacity for natural heterosexual intercourse is an essential element. It has, of course, many other characteristics, of which companionship and mutual support is an important one, but the characteristics which distinguish it from all other relationships can only be met by two persons of the opposite sex. There are some other relationships such as adultery, rape and gross indecency in which, by definition, the sex of the participants is an essential determinant." *Id.* at 105-06.
- 23 Kohm, *supra* note 17, at 72 (claiming that all areas of the law will be affected directly or indirectly through the subjectivization of sex). See also Epstein, *supra* note 2, at 982 ("The clear implication, therefore, is that once we shift from sex, which is not arbitrary, to gender, which may be, we have strengthened the case for thinking gender differences irrelevant in all social contexts.")
- 24 Meyers, *supra* note 15, at 225 (recognizing that courts continue to apply biological standards, preferring to leave social policy to the legislatures).
- 25 For the purposes of this article, the Gender Perspective includes but is not limited to the views of gender feminists and queer and transsexual theorists. This approach was adopted for two reasons. First, these theories share common roots. Most "have evolved from or remain linked to academic feminism." Jerry Z. Muller, *Coming Out Ahead: The Homosexual Moment in the Academy*, 35 *First Things* Aug. Sept. 1993, at 17, available at <http://www.firstthings.com/ftissues/ft9308/articles/muller.html>. Undeniably, differences and disagreements exist among them, but the tone is more of a healthy dialogue. Compare, e.g., Coombs, *supra* note 10, at 238 n.95 (critiquing transsexual reinforcement of gender stereotypes), with Rose, *supra* note 5, at 50 (rebutting feminist critique of transsexuals), and Drag, *supra* note 3, at 1975 (criticizing feminist use of identity politics when the true goal is to disrupt gender). See also Paisley Currah, *Continuing the Civil Rights Struggle: Ends & Means: Defending Genders: Sex and Gender Nonconformity in the Civil Rights Strategies of Sexual Minorities*, 48 Hastings L.J. 1363, 1383 (1997) (critiquing queer theorists for reliance on immutability of sex in equality arguments to the detriment of transsexuals). Secondly, these disciplines were grouped together for the purposes of this article because of their commonalities. See Knight, *supra* note 17, at xiv (sharing a mutual hostility toward the traditional Judeo-Christian worldview); Kogan, *supra* note 19, at 1224, 1241 (sharing a mutual goal of disaggregating sex from gender); Muller, *supra* (sharing a mutual belief that there are no inherent differences between men and women). See also Francisco Valdes, *Queers, Sissies, Dykes, and Tomboys: Deconstructing the Conflation of "Sex," "Gender," and "Sexual Orientation" in Euro-American Law and Society*, 83 Cal. L. Rev. 3, 9 (1995).
- 26 Catharine A. Mackinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* 237 (1989). Judith Butler, however, argues that there is no ontology of gender because gender is politic. Butler, *supra* note 19, at 148. This, too, however, is a worldview statement.
- 27 O'Leary, *supra* note 12, at 7.
- 28 *Id.* at 9.
- 29 Bork, *supra* note 20, at 196 (citing Carol Iannone, *The Feminist Confusion, in Second Thoughts: Former Radicals Look Back at the Sixties* 149 (Peter Collier & David Horowitz eds., 1989)).
- 30 Rothblatt, *supra* note 18, at 102.
- 31 *Id.* at 25. See also Butler, *supra* note 19, at 7.
- 32 E.g., Franke, *supra* note 14, at 99.
- 33 Butler, *supra* note 19, at 24.
- 34 Hegemonic has been defined as, "[I]deas or concepts which are universally accepted as natural but which Gender Feminists believe are actually socially

- constructed." O'Leary, *supra* note 12, at 6.
- 35 Christina Hoff Sommers, *Who Stole Feminism? How Women Have Betrayed Women* 23 (2d ed. 1995).
- 36 Coombs, *supra* note 10, at 228 (stating that the opposition's worldview is key to attacking the "political and psychological biases that form the basis of popular legislative opposition.").
- 37 Sommers, *supra* note 35, at 24 (contrasting the new gender feminists with the old equality feminists).
- 38 Muller, *supra* note 25, at 23-24.
- 39 Kohm, *supra* note 17, at 51.
- 40 Muller, *supra* note 25, at 19-20. For example, arguments made in support of "traditional Western notions about the correct relation between anatomy and gender identity" are "homophobic and transphobic." Currah, *supra* note 25, at 1377, 1380.
- 41 Coombs, *supra* note 10, at 228. Coombs then proceeds to criticize the "simplistic opinion[s]" of respected scholars including Richard Posner, John Finnis, Robert George, Gerald Bailey, Lynn Wardle, and Robert Knight. *Id.* at 228-36 (claiming that such arguments – for oppositeseex marriage – are ultimately biased on account of rampant homophobia).
- 42 Lynn D. Wardle, *A Critical Analysis of Constitutional Claims for Same-Sex Marriage*, 1996 *BYU L. Rev.* 1, 20 (1996).
- 43 Coombs, *supra* note 10, at 227.
- 44 O'Leary, *supra* note 12, at 11.
- 45 *Id.*
- 46 See Ecumenical Coalition of Women and Society, *Women of Renewal: A Statement*, *First Things*, Feb. 1998, at 36, available at <http://www.firstthings.com/ftissues/ft9802/articles/documentation.html> (last visited Oct. 10, 2001) (reprinting *A Christian Women's Declaration*). "[W]e affirm that sexuality is rooted in the biological designation of the two sexes – male and female." *Id.*
- 47 See *id.*
- 48 *Id.* at 10.
- 49 *Id.* See discussion *infra* Part III.
- 50 For purposes of persuasion, this section is written predominantly from the gender perspective; hence, certain affirmative statements are not representative of the author's view of sex and gender. See discussion *infra* Part IV.
- 51 Gender relates to the roles – masculine and feminine – traditionally attached to biological sex. Pearlston, *supra* note 8, at B9.
- 52 Kogan, *supra* note 19, at 1248-49. "Contemporary critical gender theory has moved beyond the early feminist critique of the construction of gender to a realization that the dimorphic paradigm of sex itself is socially constructed." *Id.*
- 53 O'Leary, *supra* note 12, at 5 (quoting former U.S. Congresswoman Bella Abzug's address to the United Nations Preparatory Committee).
- 54 Butler, *supra* note 19, at 24.
- 55 Butler, J., *Das Unbehagen der Geschlechter*, Frankfurt 1991, zit. nach dem deutschen Text, S. 49.
- 56 Drag, *supra* note 3, at 1989.
- 57 E.g., Franke, *supra* note 14, at 2. Or as Franke put it, "[S]ex bears an epiphenomenal relationship to gender." *Id.* See also Leslie Pearlman, *Comment, Transsexualism as Metaphor: The Collision of Sex and Gender*, 43 *Buff. L. Rev.* 835, 837 n.7 (1995) (representing the constructionist argument).
- 58 Meredith Gould, *Sex, Gender, and the Need for Legal Clarity: The Case of Transsexualism*, 13 *Val. U. L. Rev.* 423, 431 (1979).
- 59 See Franke, *supra* note 14, at 25.
- 60 *Id.* at 39 (emphasis added).
- 61 *Id.* at 98.
- 62 Richard A. Posner, *Sex and Reason* 23 (1992) (reiterating Michel Foucault's view of sex as a social construct).
- 63 Franke, *supra* note 14, at 71 (citing Jeffrey Weeks, *Sexuality and its Discontents* 122-23 (1985)).
- 64 Posner, *supra* note 62, at 24 (applying feminist line of reasoning).
- 65 O'Leary, *supra* note 12, at 8.
- 66 Pearlman, *supra* note 57, at 837 n.11 (citing Zillah R. Eisenstein, *The Female Body and the Law* 108-16 (1988)).
- 67 Posner, *supra* note 62, at 24.
- 68 O'Leary, *supra* note 12, at 14. See also Rothblatt, *supra* note 18, at 21 (arguing from a Marxist class ideology whereby differences and distinctions are inherently evil because they presuppose inequality).
- 69 O'Leary, *supra* note 12, at 12 (citing Sharon Begley, *Gray Matters*, *Newsweek*, Mar. 27, 1995, at 51).
- 70 Rothblatt, *supra* note 18, at 75 (saying in regard to sports, "separate is never equal," and that women and men could compete together were the sports based on different factors).
- 71 Franke, *supra* note 14, at 82.
- 72 Rothblatt, *supra* note 18, at 92.
- 73 *Id.* at 93 ("Standup urination for people with penises is a way to say that males are different (and better) in a patriarchal society.").
- 74 O'Leary, *supra* note 12, at 9.
- 75 William N. Eskridge, Jr. & Nan D. Hunter, *Sexuality, Gender, and the Law* 264-65 (1997) (citing Michel Foucault, *History of Sexuality: An Introduction* 90 (1976)).
- 76 See O'Leary, *supra* note 12, at 10.
- 77 Gould, *supra* note 58, at 431. "[S]ex based classifications at law cannot be viewed simply as regulation by biomedical definitions." *Id.*
- 78 The Hon. Sir Roger Ormrod, *The Medico-Legal Aspects of Sex Determination*, 40 *Medico-Legal J.* 78, 78 (1972). Consequently, Ormond also wrote the Corbett opinion. *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105 (Eng. C.A.).
- 79 Drag, *supra* note 3, at 1978.
- 80 Valdes, *supra* note 25, at 27, 32-33.
- 81 Drag, *supra* note 3, at 1994.
- 82 E.g., Valdes, *supra* note 25.
- 83 Rothblatt, *supra* note 18, at 21.
- 84 "The Supreme Court has never hesitated to recognize sexbased differences, particularly in cases involving physiology, marriage, childbirth, and sexuality." Wardle, *supra* note 42, at 84 (quoting *Torres v. Wis. Dep't of Health & Soc. Servs.*, 859 F.2d 1523, 1527-28 (7th Cir. 1988) (citing *Michael M. v. Superior Ct.*, 450 U.S. 464, 469, 1981)).
- 85 Julie A. Greenberg, *When is a Man a Man, and When is a Woman a Woman?* 52 *Fla. L. Rev.* 745, 757 (2000). "Legally, every adult is either male or female." Suzanne Miller, *When Sexual Development Goes Awry*, *World & I*, Sept. 2000, at 148, 154.
- 86 Greenberg, *supra* note 21, at 293.
- 87 See Muller, *supra* note 25, at 23-24.
- 88 Greenberg, *supra* note 21, at 292.

- 89 Dunlap, *supra* note 9, at 1139.
- 90 See Coombs, *supra* note 10, at 262.
- 91 Currah, *supra* note 25, at 1363.
- 92 Deconstruction has been defined as, “[T]he work of exposing hegemonic ideas and language so that people will recognize that their perceptions of reality are socially constructed.” O’Leary, *supra* note 12, at 6.
- 93 Drag, *supra* note 3, at 2007.
- 94 Cf. Posner, *supra* note 62, at 22-23 (commenting on Herbert Marcuse, *Eros and Civilizations: A Philosophic Inquiry into Freud* (1955)). See also Drag, *supra* note 3, at 2007-08 (stating that, “The strategy is to use the extremes to show that the categories that define the norm are themselves untenable.”).
- 95 Butler, *supra* note 19, at 146.
- 96 Muller, *supra* note 25, at 23-24.
- 97 *Id.*
- 98 Greenberg, *supra* note 21, at 268 (noting that even the recently passed Defense of Marriage Act, 28 USCS § 1738(c) (2000), does not define sex).
- 99 Gould, *supra* note 58, at 429. The assignment of sex at birth by external genitalia is a particular affront to advocates of the gender perspective who do not believe in biological differences between males and females. *Id.*
- 100 E.g., *id.* (citing John Money & Anke A. Ehrhardt, *Man & Woman, Boy & Girl* 1 (1996)).
- 101 Greenberg, *supra* note 21, at 269.
- 102 Greenberg, *supra* note 85, at 753.
- 103 Meyers, *supra* note 15, at 226.
- 104 Meanwhile, the Littleton court was heavily criticized for failing to even address the sex factors. Greenberg, *supra* note 85, at 754-55 (castigating the Littleton court’s rationale as being overly simplistic for not analyzing sex factors).
- 105 *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105 (Eng. C.A.).
- 106 *Id.* at 106 (according to the holding, determinant factors for marriage are biological because the law requires a male and a female); see also *Littleton v. Prange*, 9 S.W.3d 223 (Tex. App. 1999) (holding that a postoperative’s sex for the purposes of marriage is fixed at birth).
- 107 *M.T. v. J.T.*, 355 A.2d 204, 209 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1976).
- 108 *Id.* at 210. Accord *In re Anonymous*, 293 N.Y.S.2d 834, 837 (N.Y. Civ. Ct. 1968). The holding in *M.T. v. J.T.* is really quite unusual. See *In re Ladrach*, 32 Ohio Misc. 2d 6, 9 (1987). There the court held that where biology and gender identity were not in congruence, biology should control. Yet at the time of the marriage in question, the bride had yet to change his sex. See *M.T. v. J.T.*, 355 A.2d 209 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1976).
- 109 Cf. *In re Ladrach*, 32 Ohio Misc. 2d at 9 (criticizing the *M.T.* court’s “very liberal posture.”)
- 110 *M.T. v. J.T.*, 355 A.2d 209 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1976) (disagreeing with Corbett’s rationale).
- 111 Kogan, *supra* note 19, at 1239.
- 112 Miller, *supra* note 85, at 149.
- 113 *Ulane v. E. Airlines*, 742 F.2d 1081, 1083 n.6 (7th Cir. 1984) (holding that sex, for the purposes of Title VII sex discrimination, is determined by biological sex and not gender identity despite expert testimony to the contrary). See Smith, *supra* note 4, at 969.
- 114 Greenberg, *supra* note 21, at 267. *Contra Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105 (Eng. C.A.) (refusing the argument that transsexuals are intersexed due to ambiguity between their psychology and biology).
- 115 *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105 (Eng. C.A.).
- 116 *Id.*
- 117 Groups disliked, distrusted, or feared by the general public are particularly eligible to become mascots who symbolize the superior wisdom and virtue of the anointed.” Sowell, *supra* note 14, at 149.
- 118 Posner, *supra* note 62, at 25.
- 119 O’Leary, *supra* note 12, at 6.
- 120 Coombs, *supra* note 10, at 226.
- 121 *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105 (Eng. C.A.).
- 122 Pearlman, *supra* note 57, at 847 n.52.
- 123 *Id.*
- 124 Drag, *supra* note 3, at 1993.
- 125 Richard M. Levine, *Crossing the Line, Mother Jones*, May-June 1994, available at [http://www.motherjones.com/mother\\_jones/MJ94/levine.html](http://www.motherjones.com/mother_jones/MJ94/levine.html) (last visited Oct. 10, 2001).
- 126 *Id.*
- 127 Drag, *supra* note 3, at 1993.
- 128 Richard F. Docter, *Transvestites and Transsexuals: Toward a Theory of Cross-Gender Behavior* 26 (Richard Green ed., 1988) (emphasis added).
- 129 Greenberg, *supra* note 85, at 767; Gould, *supra* note 58, at 434.
- 130 Pearlman, *supra* note 57, at 872.
- 131 Coombs, *supra* note 10, at 225.
- 132 *Id.* See also Rose, *supra* note 5, at 69.
- 133 *Id.* at 26, 75.
- 134 Meyers, *supra* note 15, at 235.
- 135 Docter, *supra* note 128, at 70-71.
- 136 *Id.*
- 137 *Id.*
- 138 *Id.*
- 139 *Id.*
- 140 See, e.g., Greenberg, *supra* note 21.
- 141 Docter, *supra* note 128, at 26.
- 142 See Coombs, *supra* note 10, at 244.
- 143 Pearlman, *supra* note 57, at 862.
- 144 *Id.* at 851 n.75 (listing state legislatures’ stances on amended birth certificates).
- 145 Greenberg, *supra* note 85, at 761-62.
- 146 Pearlman, *supra* note 57, at 863.
- 147 Rose, *supra* note 5, at 129 (critiquing the Corbett decision).
- 148 O’Leary, *supra* note 12, at 8 (citing Frederick Engels, *The Origin of the Family, Private Property and the State* 65-66 (1972)).
- 149 O’Leary, *supra* note 12, at 14. Recall, from the gender perspective, different necessarily means unequal, and unequal necessarily means oppressive. *Id.*
- 150 Robert H. Knight, *How Domestic Partnership and “Gay Marriage” Threaten the Family*, Family Research Council, at <http://www.frc.org/get/is94f5.cfm> (last visited Nov. 10, 2001); see also Wardle, *supra* note 42, at 53-58.
- 151 See Wardle, *supra* note 42, at 32-39.
- 152 Rose, *supra* note 5, at 5.

- 153 Cf. Rose, *supra* note 5, at 48.
- 154 See Lynne Marie Kohm, *Marriage and the Intact Family: The Significance of Michael H. v. Gerald D.*, 22 *Whittier L. Rev.* 327, 327 (2000). See also Margaret F. Brinig, *The Supreme Court's Impact on Marriage, 1967-90*, 41 *How. L.J.* 271 (1998).
- 155 Cass R. Sunstein is the Karl N. Llewellyn Dist. Service Professor of Jurisprudence, University of Chicago Law School and Department of Political Science. The University of Chicago Law School, Cass R. Sunstein, at <http://www.law.uchicago.edu/faculty/sunstein> (last visited Apr. 15, 2001).
- 156 See Cass R. Sunstein, *Homosexuality and the Constitution*, 70 *Ind. L.J.* 1, 25 (1994).
- 157 *Id.* at 26.
- 158 Rose, *supra* note 5, at 73.
- 159 *Id.*
- 160 Knight, *supra* note 17, at xv.
- 161 Currah, *supra* note 25 at 1377.
- 162 Rothblatt, *supra* note 18, at 155.
- 163 Dunlap, *supra* note 9, at 1139.
- 164 *Id.* at 1140.
- 165 O'Leary, *supra* note 12, at 20.
- 166 Wardle, *supra* note 42, at 4.
- 167 Franke, *supra* note 14, at 8.
- 168 See Richard F. Duncan, "They Call Me 'Eight Eyes'": *Hardwick's Respectability, Romer's Narrowness, and Same-Sex Marriage*, 32 *Creighton L. Rev.* 241 (1998) (discussing a constitutional analysis of substantive rights claims).
- 169 Wardle, *supra* note 42, at 32.
- 170 Greenberg, *supra* note 85, at 757. See also Miller, *supra* note 85, at 154.
- 171 E.g., Currah, *supra* note 25, at 1366 (regarding the destruction of the State's power to classify). See also Coombs, *supra* note 10, at 262 (challenging the law's authority to define sex).
- 172 See discussion *infra* Part III.A.2.
- 173 *Ulane v. E. Airlines*, 742 F.2d 1081, 1083 n.6 (7th Cir. 1984) (citing expert opinion that sex, for the purposes of Title VII sex discrimination, should be determined by one's gender identity). See Smith, *supra* note 4, at 969.
- 174 Smith, *supra* note 4, at 972.
- 175 Rothblatt, *supra* note 18, at 21.
- 176 Greenberg, *supra* note 85, at 765-66 (arguing that the judges should be more cognizant of the "therapeutic effect" of the legal process).
- 177 Valdes, *supra* note 25, at 9 (referring to the detrimental effects of constraints on human sexuality and the repression of gender diversity).
- 178 Docter, *supra* note 128, at 74 (concerning the impossibility of quantitatively assessing gender identity).
- 179 *Id.*
- 180 *Id.* at 65.
- 181 *Id.* at 74.
- 182 Currah, *supra* note 25, at 1363.
- 183 Posner, *supra* note 62, at 24.
- 184 O'Leary, *supra* note 12, at 14 (concerning Marxist view of class oppression).
- 185 Drag, *supra* note 3, at 1973.
- 186 E.g., *Littleton v. Prange*, 9 S.W.3d. 223 (Tex. App. 1999). *Littleton* goes on to say, "There are some things we cannot will into being. They just are." *Id.* at 231. E.g., *In re Ladrach*, 32 *Ohio Misc. 2d* 6, 10 (1987); *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 104 (Eng. C.A.). "[T]he biological sexual constitution of an individual is fixed at birth (at the latest) and cannot be changed, either by the natural development of organs of the opposite sex, or by medical or surgical means." *Id.*
- 187 Coombs, *supra* note 10, at 228. See also Greenberg, *supra* note 85, at 747, 752 (chastening the *Littleton* court for deciding the case in a "simple manner" that "lack[s] the rigorous analysis that is required to resolve this complex and important issue.>").
- 188 See Coombs, *supra* note 10, at 228.
- 189 Kogan, *supra* note 19, at 1231.
- 190 See Rothblatt, *supra* note 18, at 157.
- 191 Kohm, *supra* note 17, at 57.
- 192 See *id.*
- 193 See discussion *infra* Part II.A.
- 194 Franke, *supra* note 14, at 99.
- 195 Butler, *supra* note 19, at 24.
- 196 Bork, *supra* note 20, at 267.
- 197 Richard A. Epstein, *Two Challenges for Feminist Thought*, 18 *Harv. J.L. & Pub. Pol'y* 331, 338 (1995).
- 198 *Id.*
- 199 O'Leary, *supra* note 12, at 12.
- 200 *Id.*
- 201 Money & Ehrhardt, *supra* note 100, at 1.
- 202 *Id.*
- 203 *Id.*
- 204 Posner, *supra* note 62, at 29.
- 205 Money & Ehrhardt, *supra* note 100, at xii.
- 206 O'Leary, *supra* note 12, at 12.
- 207 *Id.*
- 208 Kogan, *supra* note 19, at 1251 (referring to Rothblatt, *supra* note 18, at 13).
- 209 Muller, *supra* note 25, at 23 (concerning Butler, *supra* note 19).
- 210 See Seth Hettena, *Study: Gender Determined in Womb*, A.P. Online (May 12, 2000). See also O'Leary, *supra* note 12, at 12; Kogan, *supra* note 19, at 1251.
- 211 Epstein, *supra* note 197, at 338.
- 212 Posner, *supra* note 62, at 29. See also Peter L. Berger, *Two Cheers for Class*, 64 *First Things* 18-20 (June/July 1996), available at <http://www.firstthings.com/ftissues/ft9606/opinion/berger.html> (last visited Nov. 8, 2000).
- 213 Meyers, *supra* note 15, at 233. Cf. Wardle, *supra* note 42, at 88 (describing how heterosexual marriages are not gender exclusive but provide great latitude for gender roles).
- 214 Muller, *supra* note 25, at 22-23.
- 215 Posner, *supra* note 62, at 30.
- 216 *Id.* at 109.
- 217 Cf. *id.* at 151.
- 218 Bork, *supra* note 20, at 199.
- 219 Epstein, *supra* note 197, at 340.
- 220 Posner, *supra* note 62, at 32.
- 221 O'Leary, *supra* note 12, at 14 (first emphasis added).
- 222 *d.* at 8 (emphasis added).
- 223 Rothblatt, *supra* note 18, at 103 ("The principal objective of humanitarian society is to provide equal, nondiscriminatory

- opportunities for personal fulfillment to all persons.”).
- 224 See Dunlap, *supra* note 9, at 1147-48 (claiming that, by switching to a subjective definition of sex, “the power of the government to probe, penalize, and restrict basic freedoms of sexual minorities would be resolved individualistically and functionally ...”).
- 225 Rothblatt, *supra* note 18, at 21.
- 226 *d.* at 156.
- 227 Bork, *supra* note 20, at 197.
- 228 Posner, *supra* note 62, at 30.
- 229 *ork*, *supra* note 20, at 198.
- 230 O’Leary, *supra* note 12, at 8.
- 231 Butler, *supra* note 19, at 147.
- 232 Rose, *supra* note 5, at 134 (referring to the Littleton decision holding a transsexual’s sex at birth is his legal sex).
- 233 Sekulow & Tuskey, *supra* note 5, at 309-10.
- 234 *d.* at 315.
- 235 *Cf. id.*
- 236 Meyers, *supra* note 15, at 225.
- 237 *d.* at 234.
- 238 *n re Ladrach*, 32 Ohio Misc. 2d 6, 9 (1987).
- 239 “Because the Texas legislature had not provided any guidelines on how to determine a person’s sex and Texas case law on the subject did not exist ... The court should have based its holding on an examination of the developments in other disciplines, an analysis of the policy concerns that arise in cases involving sex determination, and a comparison of the justifications for the contrary results reached in other jurisdictions on similar cases.” Greenberg, *supra* note 85, at 746 (criticizing the court for not legislating). These differences concern one’s view of the judiciary’s role. Greenberg is predominantly concerned with the interpretation of law as therapy. See Greenberg, *supra* note 21, at 267-68. The judge in Littleton, however, saw his job as interpreting statutes and prior case law. In the absence of both he deferred the policy question to the legislature. *Littleton v. Prange*, 9 S.W.3d 223, 231 (Tex. App. 1999).
- 240 Rose, *supra* note 5, at 53.
- 241 Sowell, *supra* note 14, at 231.
- 242 *Romer v. Evans*, 517 U.S. 620, 636 (1996) (Scalia, J., dissenting).
- 243 Gould, *supra* note 58, at 423.
- 244 See John Finnis, *Moral Absolutes: Tradition, Revision, and Truth* (1991).
- 245 Eskridge & Hunter, *supra* note 75, at 136.
- 246 Kohm, *supra* note 17, at 56-57.
- 247 O’Leary, *supra* note 12, at 26.
- 248 *d.* at 19.
- 249 Michael Novak, *Women, Ordination, and Angels*, 32 *First Things*, Apr. 1993, at 25, available at <http://www.firstthings.com/ftissues/ft9304/articles/novak.html>. “[S]ex differentiation is not simply a trivial detail, to be discarded or altered without concern for the consequences; it is essential to the story of human salvation. Fundamental. Foundational.” *Id.*
- 250 Gould, *supra* note 58, at 423.
- 251 *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105 (Eng. C.A.).
- 252 O’Leary, *supra* note 12, at 20. This common consensus is the basis by which the law discerns right answers; therefore, “truth claims are not wholly arbitrary, but rather are subject to judgement based upon criteria of coherence, plausibility, and conformity to experience, which are at least partially universal.” Muller, *supra* note 25, at 24.
- 253 Ormrod, *supra* note 78, at 78.
- 254 *d.*
- 255 Smith, *supra* note 4, at 965. “It is probably impractical for the law to abandon the twosex assumption. The law must deal with social practicalities, not medical niceties, and most people are clearly male or clearly female.” *Id.*
- 256 Gould, *supra* note 58, at 449.
- 257 Docter, *supra* note 128, at 74 (concerning the impossibility of quantitatively assessing gender identity).
- 258 O’Leary, *supra* note 12, at 5. Subjectivizing sex would have a devastating effect on the enforcement of certain criminal offenses, such as adultery, rape and gross indecency, which are defined, in part, by the sex of the participant. *Corbett v. Corbett*, 1971 P. 105-06 (Eng. C.A.).
- 259 Greenberg, *supra* note 85, at 755.
- 260 O’Leary, *supra* note 12, at 9.
- 261 *E.g.*, Franke, *supra* note 14, at 99.
- 262 O’Leary, *supra* note 12, at 8.
- 263 Muller, *supra* note 25, at 18-20.
- 264 Kogan, *supra* note 19, at 1224, 1241. See also Valdes, *supra* note 25, at 9.
- 265 Knight, *supra* note 17, at xiv.
- 266 Bork, *supra* note 20, at 267.
- 267 See discussion *infra* Part IV (regarding sex differences).
- 268 See discussion *infra* Part V (concerning the gender perspective’s destructive ontology).