

Dana-Sophia Valentiner

Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung

Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion
des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit



Nomos

Schriften zur Gleichstellung

herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h.c. Susanne Baer

Marion Eckertz-Höfer

Prof. Dr. Jutta Limbach †

Prof. Dr. Heide Pfarr

Prof. Dr. Ute Sacksofsky

Band 52

Dana-Sophia Valentiner

Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung

Zugleich eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit



Nomos



Gefördert durch den Deutschen Akademikerinnenbund.

Gedruckt mit Unterstützung der Helmut-Schmidt-Universität.
Universität der Bundeswehr Hamburg.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Hamburg, Univ., Diss., 2020

ISBN 978-3-8487-7109-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-2563-7 (ePDF)



Onlineversion
Nomos eLibrary

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Als Studentin las ich in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Strafbarkeit des Geschwisterbeischlafs (BVerfGE 120, 224) zum ersten Mal von einem Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung. Darüber wollte ich mehr erfahren und fand einige wenige rechtswissenschaftliche Aufsätze, aber kaum systematische Darstellungen – weder in Grundrechtskommentaren noch in der Literatur zum Verfassungsrecht. Meine Neugier und die Überzeugung, dass die sexuelle Selbstbestimmung einen elementaren Aspekt der Persönlichkeitsentfaltung ausmacht, haben mich zu dieser Arbeit veranlasst. Mit der Arbeit wurde ich im Wintersemester 2020/21 durch die Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Hamburg promoviert.

Meine Doktormutter Professorin Dr. Ulrike Lembke hat mir im zweiten Semester mit ihrer Vorlesung zur Einführung in die Legal Gender Studies die Augen geöffnet für ein Forschungsfeld, das mich seither bewegt. Sie hat mir schon als studentische Hilfskraft viel zugetraut und mich schließlich zur Promotion ermutigt. Den wissenschaftlichen Weg hätte ich ohne diese Unterstützung nicht eingeschlagen. Dafür und für die intensive inhaltliche Auseinandersetzung mit meiner Arbeit und sehr hilfreiche Anregungen bin ich ihr unendlich dankbar.

Professorin Dr. Margarete Schuler-Harms ist nicht nur die Zweitgutachterin dieser Arbeit, ich hatte auch in der Promotionsphase das Vergnügen, als wissenschaftliche Mitarbeiterin an ihrer Professur zu arbeiten. Sie hat mir Freiräume für meine eigenen wissenschaftlichen Projekte eingeräumt, die weit über das übliche Maß hinausgingen. Für diese Unterstützung bedanke ich mich sehr herzlich. Es ist mir eine große Freude, dass ich meinen wissenschaftlichen Weg an ihrer Professur weiter gehen darf.

Mit der Aufnahme in die Schriftenreihe zur Gleichstellung haben die Herausgeberinnen Professorin Dr. Susanne Baer, PräsBVerwG i.R. Marion Eckertz-Höfer, Professorin Dr. Heide Pfarr und Professorin Dr. Ute Sacksofsky mir einen großen Wunsch erfüllt, meine Arbeit neben die Werke herausragender Kolleginnen und Role Models einzureihen.

Gefördert wurde diese Arbeit mit einem Promotionsstipendium der Friedrich-Ebert-Stiftung und Druckkostenzuschüssen des Deutschen Akademikerinnenbundes und der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg. Die Dissertation ist mit dem Marie-Elisabeth-Lüders-Wissenschaftspreis 2021 ausgezeichnet.

Vorwort

Höhen und Tiefen der Promotionszeit habe ich im Promotionszirkel mit Sarah Leyli Rödiger und Dr. Valérie V. Suhr gemeistert. Wir haben uns gegenseitig gestärkt und motiviert. Dafür bin ich ebenso dankbar wie für unsere gemeinsamen Schreibwochenenden, bei denen wir viel geschafft haben und eine Menge Spaß hatten.

Meine tollen Kolleg*innen aus Hamburg, meine Freundinnen und Vorbilder aus dem Deutschen Juristinnenbund und dem Netzwerk des Feministischen Juristinnentages sowie die Mitglieder des Gin Fix haben die Promotionsphase auf so vielfältige Weise bereichert. Sie haben immer wieder mit mir diskutiert, gelesen, kommentiert und waren da, als es brenzlich wurde. Besonders Dr. Hans Bechtolf, Professorin Dr. Sigrid Boysen, Lucy Chebout, Selma Gather, Heike Holz, Professorin Dr. Anna Katharina Mangold, Professorin Dr. Nora Markard, Dr. Leonie Steinl, Professorin Dr. Maria Wersig und Clara Willeke gilt mein Dank.

Meine Familie hat mit unermüdlichem Stolz meine Arbeit begleitet. Zu danken habe ich vor allem und von ganzem Herzen Julian Valentiner.

Mein größter Dank gilt der fantastischen Inga Schuchmann. Für einfach alles.

Hamburg, im Juli 2021

Dana-Sophia Valentiner

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| § 1 Einleitung | 17 |
| I. Ausgangslage: Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur | 17 |
| II. Methodik und Ziel der Bearbeitung | 19 |
| 1. Grundrechtskonkretisierung durch Verfassungsinterpretation | 21 |
| 2. Interdisziplinäre Forschungsperspektive | 24 |
| 3. Dogmatik der Gewährleistungsgehalte | 24 |
| 4. Bestandsaufnahme und Analyse der Literatur und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 26 |
| III. Zentrale Begriffe | 29 |
| 1. Autonomie und Selbstbestimmung | 30 |
| 2. Sexualitäten | 31 |
| IV. Gang der Untersuchung | 32 |
| § 2 Sexualitäten | 35 |
| A. Einführung: Sexualitäten zwischen Sittlichkeit und Selbstbestimmung | 35 |
| I. Sexualitäten als Forschungsgegenstand | 35 |
| 1. Frühe empirische Sexualforschung | 36 |
| 2. Sexualitäten als soziale Konstrukte | 38 |
| a) Von einer Soziologie der Sexualität zu multidisziplinären Sexualwissenschaften | 38 |
| b) Sexuelle Skripte | 41 |
| c) Scham | 41 |
| 3. Diskursivierung | 43 |
| a) Sexualitäten zwischen Gemein- und Geheimwissen | 44 |
| b) „I know it when I see it“: Sexualitäten in rechtswissenschaftlichen Diskursen | 46 |

| | |
|--|-----|
| II. Sexualitäten – eine gesellschaftspolitische Arena | 49 |
| 1. Gesellschaftspolitische Kämpfe um 1900 und in der Weimarer Republik | 49 |
| a) Rechtliche Bekämpfung sogenannter Schund- und Schmutzliteratur | 50 |
| b) (Rechts-)politische Kämpfe um die Liberalisierung der Sexualität | 50 |
| 2. Die sexuelle Revolution der 1960er Jahre | 53 |
| 3. Paradigmenwechsel: Von der Sexualmoral zum Selbstbestimmungsmaßstab | 55 |
| a) Aushandlung und Konsens | 55 |
| b) Lust und Begehren | 57 |
| c) Kommerzialisierung und Konsum | 58 |
| III. Sexualitäten – geschlechtertheoretisch vermessen | 60 |
| 1. Sexualitäten und Geschlechterordnung | 61 |
| 2. Feministische Kritik an der heteronormativen Geschlechterordnung | 64 |
| 3. Die Konstruktion von Öffentlichkeit und Privatheit | 67 |
| IV. Sexualitäten de lege lata | 69 |
| 1. Sexualstrafrecht | 69 |
| a) Unsittlichkeit und Unzucht im RStGB und im StGB | 70 |
| b) Rechtsgüterschutz der sexuellen Selbstbestimmung statt Moralschutz | 73 |
| c) Auf dem Weg zu einem Verhandlungsmaßstab? | 76 |
| d) Strafrechtliches Konzept der sexuellen Selbstbestimmung | 78 |
| 2. Schadensersatzrecht | 80 |
| 3. Arbeits- und Gleichbehandlungsrecht | 83 |
| 4. Beamten- und Wehrdisziplinarrecht | 85 |
| 5. Eherecht | 87 |
| 6. Prostitutionsrecht | 90 |
| 7. Schulrecht | 92 |
| 8. Sozial- und Gesundheitsrecht | 95 |
| V. Fazit | 97 |
| § 3 Autonomie | 99 |
| B. Rechtsphilosophische Überlegungen zur sexuellen Autonomie | 99 |
| I. Autonomie als Idee liberaler Theorie | 101 |
| 1. Moralität und Autonomie | 101 |

| | |
|--|-----|
| 2. Feministische Kritik am männlichen Ideal liberaler Autonomiemodelle | 102 |
| II. Sphären im Fokus: Privatheit | 104 |
| 1. Privatheit und Öffentlichkeit als dualistische Konzepte | 105 |
| a) Die Konstruktion öffentlicher und privater Sphären als Mechanismus eines gesellschaftlichen Ordnungssystems | 105 |
| b) Die Ordnung individueller Rechte und kollektiver Interessen | 106 |
| c) Die Machtdimension pluraler Interessen: Dominante Konventionen und Minderheitenschutz | 108 |
| 2. Privatheit als Recht: ein Überblick | 109 |
| a) Die Entwicklung des Rechts auf Privatheit | 111 |
| b) Privatheit: ein Recht, kein Recht oder viele Rechte? | 113 |
| 3. Der soziale Bezug von Privatheit | 115 |
| a) Kommunitaristische Privatheitskonzeption und Privatheit als soziale Praxis | 115 |
| b) Privatheit und gegenseitiger Respekt | 117 |
| 4. Intimität als Konkretisierung von Privatheit | 118 |
| 5. Zwischenfazit: Zur weiteren Arbeit mit Privatheit | 120 |
| III. Das Individuum im Fokus: Persönlichkeit | 122 |
| 1. Interne und externe Bedingungen der Autonomie: Rösslers personales Autonomiemodell | 123 |
| 2. Rezeption personaler Autonomiemodelle in den (Verfassungs-)Rechtswissenschaften | 127 |
| 3. Sozialer Kontext personaler Autonomie | 130 |
| IV. Gesellschaftsstrukturen im Fokus: Gleichheit und Nichtdiskriminierung | 131 |
| 1. Relationale Autonomie: Strukturen, Beziehungsgeflechte und Abhängigkeiten | 132 |
| 2. Substantielle Autonomie: Minderheitenschutz, Diskriminierungsverbote und Geschlechtergerechtigkeit | 137 |
| 3. Zwischenfazit | 139 |
| V. Interaktionsprozesse im Fokus: Zugangskontrolle | 140 |
| 1. Limitierter Zugang: Zugangsbeschränkung, Exklusivitätsthese und Verbrauchslogik | 142 |
| 2. Die Herstellung und Abgrenzung öffentlicher und privater Sphären durch Interaktion | 143 |

| | |
|--|-----|
| 3. Die Zugangskontrolle als Werkzeug autonomen Handelns | 144 |
| VI. Fazit: Sexuelle Selbstbestimmung als Versprechen der Entfaltung personaler Autonomie in einem Gesellschaftsgefüge | 146 |
| C. Sexuelle Autonomie und Konsens | 148 |
| I. Konsens als prozedurales Instrument der Zugangskontrolle | 149 |
| 1. Prozeduraler Konsensbegriff | 150 |
| 2. Aushandlung im Kontinuum zwischen enthusiastischer Interaktion und sexualisierter Gewalt | 151 |
| 3. Konsens im einfachen Recht | 153 |
| 4. Weiter Konsensbegriff | 153 |
| II. Gelingensbedingungen eines verhandlungsbasierten Konsensmodells | 154 |
| III. Hürden und Herausforderungen des Konsensmodells | 156 |
| 1. Tradierte Sexualmoral und Sexualtabus als beharrliche Regulierungsansätze | 156 |
| a) Ekel- und Abscheupolitiken | 158 |
| b) Rechtliche Regulierung von Tabus und Gefühlen | 159 |
| c) Rechtliche Schutzgüter als kollektivierte Tabus? | 161 |
| d) Legitime Regulierungsansätze | 162 |
| 2. Zwang und Fremdbestimmung: Sexuelle Autonomie als Utopie? | 163 |
| a) Machtverhältnisse und das Paradigma der Freiwilligkeit: MacKinnons Kritik konsensueller Sexualität als „rape redefined“ | 164 |
| b) Differenzierte Reflexionen zum Spannungsverhältnis von Selbst- und Fremdbestimmung innerhalb des Konsensmodells: die Ansätze Nussbaums und Brants | 166 |
| 3. Normative Herausforderungen eines rechtlichen Konsensbegriffs | 168 |
| IV. Weiterentwicklungen und Konkretisierungen des Konsensmodells | 172 |
| 1. Wege aus der Verdinglichungsfall: „yes means yes“, „affirmative consent“ und „performance model“ | 173 |
| 2. Die Wissensbasis autonomer Aushandlung und „informed consent“ | 176 |
| 3. Vielfalt als Strukturprinzip und „sexual citizenship“ | 179 |
| V. Fazit: Für ein prozedurales Konsensmodell | 183 |

| | |
|---|-----|
| § 4 Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung | 185 |
| D. Verfassungsrechtlicher Rahmen | 185 |
| I. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in der verfassungsrechtswissenschaftlichen (Kommentar-)Literatur | 186 |
| 1. Schutz der Sexualsphäre als Teil der Privat- bzw. Intimsphäre | 186 |
| 2. Aktivitäts- und Integritätsschutz | 189 |
| 3. Anerkennung der Geschlechtsidentität als Ausdruck sexueller Selbstbestimmung | 192 |
| 4. Zwischenfazit | 195 |
| II. Verortung der sexuellen Selbstbestimmung als Gewährleistung der freien Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG | 196 |
| 1. Autonomie und Persönlichkeitsentfaltung | 197 |
| a) Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht | 198 |
| b) Die Garantie der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG als gradueller Maßstab der Persönlichkeitsentfaltung | 201 |
| c) Persönlichkeitsentfaltung als Ausdruck personaler Autonomie | 204 |
| d) Umfassendes Verständnis der Persönlichkeitsentfaltung als „schöpferisch- gestaltender Vorgang“ | 206 |
| e) Die soziale Dimension der Persönlichkeitsentfaltung; ein interaktionistisches Autonomiemodell | 208 |
| 2. Sicherung der Entfaltungsbedingungen | 211 |
| a) Entfaltungsbedingungen | 212 |
| b) Abwehr gegenüber staatlicher Ingerenz | 215 |
| c) Staatliche Schutzpflichten | 215 |
| aa) Spezifische Förder- und Schutzpflicht gegenüber Leben, körperlicher Unversehrtheit, Freiheit und sexueller Selbstbestimmung | 217 |
| bb) Diskriminierungsschutz | 218 |
| cc) Offenbarungsschutz | 219 |
| d) Mittelbare Drittwirkung | 221 |

| | |
|--|-----|
| III. Grenzen und Begrenzungen grundrechtlich gewährleisteter Selbstbestimmung | 224 |
| 1. Begrenzung der Gewährleistungsverantwortung | 224 |
| 2. Schranken der Persönlichkeitsentfaltung | 227 |
| 3. Persönlichkeitsschutz als Sphärenschutz | 228 |
| a) „Sphärentheorie“ | 229 |
| b) Exkurs: Achtung der Privatsphäre | 232 |
| c) Zwischenfazit | 234 |
| IV. Selbstbestimmte Kontrolle der Person über den Zugang zu sich selbst: Zugangskontrolle und Konsens | 235 |
| V. Fazit | 238 |
| E. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur sexuellen Selbstbestimmung | 239 |
| I. Bestandsaufnahme: Sexualitäten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 241 |
| 1. Strafbarkeit homosexueller Handlungen (§ 175 StGB a.F.) | 241 |
| 2. Eheverbot der Geschlechtsgemeinschaft (§ 4 Abs. 2 EheG a.F.) | 245 |
| 3. Sexualkundeunterricht in der Schule | 247 |
| 4. Gesetz über die „Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen“: die Rechtsprechung zum Transsexuellengesetz | 252 |
| 5. Pornografie und Jugendschutz: die Josefine Mutzenbacher-Entscheidung | 256 |
| 6. Abstammungsrecht, Vaterschaftsfeststellung und Auskunft bezüglich der Identität von Sexualpartnern | 258 |
| 7. Sexualleben in der Kunst: die Esra-Entscheidung | 262 |
| 8. Ehe und eingetragene Lebenspartnerschaft | 266 |
| 9. Strafbarkeit des Geschwisterbeischlafs (§ 173 Abs. 2 S. 2 StGB) | 267 |
| 10. Ausübung der Prostitution und Sperrbezirksverordnungen | 272 |
| 11. Berichterstattung über Sexualstraftäter | 274 |
| 12. Ehrverletzende Bezeichnung als „durchgeknallte Frau“ | 276 |
| 13. Verbot artwidriger sexueller Handlungen an Tieren (§ 3 S. 1 Nr. 13 TierSchG) | 278 |

| | |
|--|-----|
| II. Erzählweisen über Sexualitäten in der Rechtsprechung | 279 |
| 1. Natürlichkeit im Verborgenen: Sexualität ist Privatsache | 280 |
| 2. Vergeschlechtlichte Sexualitäten: Männer und Frauen begehren unterschiedlich | 285 |
| 3. Bewahrpädagogik statt Kompetenzentwicklung: Kinder und Jugendliche sind vor sexuellen Gefahren zu warnen und zu bewahren | 288 |
| 4. Anarchie der Triebe: Die familiäre Ordnung kann durch Sexualität ins Wanken geraten | 291 |
| 5. Zwischenergebnis: Sexualitäten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts | 294 |
| III. Dogmatik des Bundesverfassungsgerichts zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung auf dem Prüfstand | 295 |
| 1. Grundrechtsgehalt: „Sexualbereich“ | 295 |
| a) „Das Recht, das Verhältnis zur Sexualität und die geschlechtlichen Beziehungen zu einem Partner einzurichten“ | 296 |
| b) „Schutz der sexuellen Selbstbestimmung und damit des Findens und Erkennens der eigenen geschlechtlichen Identität und sexuellen Orientierung“ | 298 |
| c) „Das Recht, sich nicht hinsichtlich der eigenen Sexualität offenbaren zu müssen“ | 301 |
| 2. Einschränkungsmöglichkeiten: bestimmte Ausdrucksformen der Sexualität als unantastbarer Kerngehalt | 303 |
| a) Kein absoluter Schutz der Sexualität | 304 |
| b) Sozialbezug | 305 |
| c) Sexualisierte Gewaltausübung | 307 |
| 3. Staatliche Pflichten zum Schutz des höchstpersönlichen Rechtsguts der sexuellen Selbstbestimmung | 308 |
| IV. Zusammenfassung der Analyseergebnisse | 310 |
| F. Konzepte und Einflüsse des europäischen und internationalen Menschenrechtsschutzes | 313 |
| I. Einleitung | 313 |
| II. Privatheit | 315 |
| 1. Achtung des Privatlebens | 315 |
| 2. Die Rechtsprechung des EGMR zum „sexual life“ | 316 |
| a) „inner circle‘ of privacy“ und „personal autonomy“ | 318 |

| | |
|---|-----|
| b) „Sexual life“ als Aspekt des „private life“ | 321 |
| c) Einvernehmliche sexuelle Handlungen („consenting adults alone“) | 322 |
| d) Positive Pflicht zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, insb. durch effektive Strafverfolgung | 327 |
| e) Sexuelle Bildung als Teilhaberecht | 330 |
| f) Diskriminierungsverbote | 334 |
| III. Gesundheit | 336 |
| 1. Schutz der Gesundheit | 337 |
| 2. Sexuelle und reproduktive Gesundheit | 337 |
| a) General Comment No. 22 (2016) on the right to sexual and reproductive health (Art. 12 ICESCR) | 338 |
| b) General Recommendation No. 24 (1999) on women and health (Art. 12 CEDAW) | 341 |
| c) Declaration of Sexual Rights (World Association for Sexual Health) | 343 |
| IV. Nichtdiskriminierung | 346 |
| 1. Menschenrechtliche Diskriminierungsverbote und Gleichberechtigungsgebote | 346 |
| a) Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung | 347 |
| b) Überwindung von (Geschlechter-)Stereotypen | 348 |
| c) Gebot gleicher sexueller (und reproduktiver) Rechte | 350 |
| 2. Yogyakarta-Prinzipien | 350 |
| V. Fazit | 353 |
| G. Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung | 356 |
| I. Einleitung | 357 |
| II. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit | 362 |
| 1. Art. 2 Abs. 1 GG als Ausgangspunkt | 363 |
| 2. Personales Autonomiemodell und Entfaltungsbedingungen | 365 |
| 3. Sexuelle Entfaltung statt „Sexualbereich“ | 366 |
| 4. Konsensuale Sexualitäten als verfassungsrechtliches Leitbild | 369 |
| 5. Sexualisierte Gewalt als sexuelle Entfaltung? | 372 |
| 6. Das Recht, das Verhältnis zur eigenen Sexualität und sexuelle Beziehungen zu anderen zu gestalten – als Recht auf Zugangskontrolle | 374 |

| | |
|---|-----|
| 7. Abgrenzung zum Recht, die eigene geschlechtliche Identität zu finden, zu erkennen und in dieser anerkannt zu werden | 376 |
| 8. Gewährleistungsdimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung: Abwehr, hinreichender Schutz, diskriminierungsfreie Teilhabe und Leistung | 377 |
| 9. Gewährleistungsumfang | 381 |
| 10. Zwischenergebnis | 383 |
| III. Konkretisierung spezifischer Gewährleistungsgehalte auf Verfassungsebene | 384 |
| 1. Das Recht auf staatlichen Schutz vor sexualisierter Gewalt und sexuellen Übergriffen | 385 |
| a) Effektive Strafverfolgung von Sexualstraftaten | 385 |
| b) Schadensersatz und Entschädigung bei Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung | 391 |
| c) Schutz vor Belästigungen durch Konfrontation mit Sexualitäten? | 392 |
| 2. Das Recht auf sexuelle Bildung | 393 |
| 3. Das Recht, sich nicht hinsichtlich der eigenen Sexualität offenbaren zu müssen | 399 |
| 4. Das Recht auf sexuelle (und reproduktive) Gesundheit | 401 |
| IV. Grundrechtsbeeinträchtigungen und Rechtfertigung | 406 |
| Zusammenfassung | 411 |
| Literaturverzeichnis | 419 |

§ 1 Einleitung

Die vorliegende Arbeit beleuchtet den Gewährleistungsgehalt des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Unter Auswertung bestehender Konzeptionen in der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft wird das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung konturiert und konkretisiert. Die grundrechtsdogmatische Arbeit gründet ihrerseits auf einem theoretischen Fundament, für das die Begriffe „Sexualitäten“ und „Autonomie“ von zentraler Bedeutung sind. Sie erfolgt in transdisziplinärer Auseinandersetzung mit dem Forschungsstand zur „sexuellen Selbstbestimmung“ in den Sexualwissenschaften, der Soziologie, der Rechts- sowie feministischen Philosophie.

I. Ausgangslage: Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der Literatur

Das Bundesverfassungsgericht spricht in seiner Entscheidung zur Strafbarkeit des Beischlafs unter Geschwistern aus dem Jahr 2008 erstmals von einem „Recht auf sexuelle Selbstbestimmung“ als „Ausprägung“ des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.¹ Ein Jahr später konstatiert *Susanne Baer*, weder zivilgesellschaftlich noch wissenschaftlich läge ein klares Konzept des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung vor.² Die Diskussion über sexuelle Selbstbestimmung verlaufe in einem „wissenschaftlich und juristisch nicht kanonisierten und damit auch ziemlich unsortierten Feld“, was zur Folge habe, dass „Rechtstexte sexuelle Selbstbestimmung durchaus unterschiedlich adressieren und [...] Gerichte entsprechend unterschiedlich urteilen“.³

1 BVerfGE 120, 224 (239).

2 *Susanne Baer*, „Sexuelle Selbstbestimmung“?, in: Lohrenscheit (Hrsg.), 2009, S. 89 (96).

3 Ebd., S. 89 (95). Auch im angloamerikanischen Rechtsdiskurs wird die rechtliche Absicherung und Gewährleistung sexueller Selbstbestimmung durchaus pessimistisch beurteilt, wie *Stephen J. Schulhofer* auf den Punkt bringt: „[...] as far as the law is concerned, [...] the right to sexual autonomy [...] doesn't exist“, siehe *Stephen J. Schulhofer*, *Unwanted Sex*, 1998, S. 274.

Ein Blick in die (Kommentar-)Literatur bestätigt diesen Befund für die Grundrechtslehre.⁴ Es finden sich wenige Ausführungen zur sexuellen Selbstbestimmung als Aspekt des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, die im Wesentlichen die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum „Transsexuellengesetz“ zusammentragen.⁵ Die Dogmatik zum Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung steckt noch in den Kinderschuhen.

Das Bundesverfassungsgericht wiederholt unterdessen in jüngster Rechtsprechung die Verankerung des „Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung“ in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG und bezeichnet es ganz explizit als „Grundrecht“.⁶ Zugleich kommt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Zurückhaltung zum Ausdruck, wenn das Gericht über Sexualitäten spricht. Dies illustriert die Entscheidung zum sogenannten „Scheinvaterregress“ aus dem Jahr 2015 zum Auskunftsanspruch eines vermeintlich leiblichen Vaters gegenüber der Mutter eines Kindes auf Benennung ihrer Sexualpartner: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schütze „auch Aspekte des Geschlechtslebens und das Interesse, diese nicht offenbaren zu müssen“. Der Schutz der Privat- und Intimsphäre umfasse „Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsinhalts typischerweise als ‚privat‘ eingestuft werden, insbesondere weil ihre öffentliche Erörterung oder Zurschaustellung als unschicklich gilt, das Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst, wie es gerade auch im Bereich der Sexualität der Fall ist“.⁷ Diese – freilich seiner älteren Rechtsprechung entnommene – Formulierung manifestiert eine lange vorherrschende Behandlung und Bewertung sexualbezogener Sachverhalte als „unschicklich“ oder „peinlich“. Die empirischen Befunde jüngerer (sexual-)soziologischer Untersuchungen belegen einen diesbezüg-

4 Siehe dazu unter Kap. D.I., S. 186 ff.

5 *Horst Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 2 Abs. 1 Rn. 37; *Hans Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), 14. Aufl. 2018, Art. 2 GG Rn. 29; *Heinrich Lang*, in: BeckOK, 46. Ed., Stand: 15.02.2021, Art. 2 GG Rn. 39a f.; *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), 7. Aufl. 2018, Art. 2 GG Rn. 85, 108 f.; knappe Hinweise zur Rechtsprechung zum Transsexuellengesetz finden sich bei *Matthias Herdegen*, in: Maunz/Dürig, 93. EL Oktober 2020, Art. 1 GG Rn. 87.

6 Jüngst BVerfG, in: NJW 2016, S. 1229: „Die angegriffenen Vorschriften verletzen nicht das **Grundrecht** der Beschwerdeführer **auf sexuelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG)**“. Hervorh. d. Verf.

7 BVerfGE 138, 377 (387). Skeptisch dazu, weil die „Pflichten aus der Ehe nicht beachtet“ würden *Christian Starck*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz Kommentar*, Bd. 1, 7. Aufl. 2018, Art. 2 Abs. 1 Rn. 108.

lichen gesellschaftlichen Wandel.⁸ Sexualitäten werden nicht mehr vorrangig an sittlichen oder moralischen Maßstäben gemessen, stattdessen rücken der Aushandlungsprozess und die Selbstbestimmung der sexuell interagierenden Personen in den Fokus.⁹

Dieser Paradigmenwechsel wird in der vorliegenden Arbeit herausgearbeitet und zum Anlass genommen, um zu untersuchen, wie das Recht den gesellschaftlichen Wandel verarbeitet. Aus einer transdisziplinären Perspektive wird die sexuelle Selbstbestimmung mit Bezug auf den gesellschaftlichen und rechtlichen Wandel neu vermessen und überkommene Vorstellungen und Wertungen neu eingeordnet. Die Untersuchung beschäftigt sich mit dem dogmatischen Verständnis des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung im deutschen Verfassungsrecht. In Auseinandersetzung mit einer Analyse der verfassungsrechtlichen Literatur und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, aber auch dem Zugriff auf Sexualitäten, Autonomie und Konsens wird eine Konzeption¹⁰ zur grundrechtlichen Gewährleistung der sexuellen Selbstbestimmung entwickelt.

II. Methodik und Ziel der Bearbeitung

Die vorliegende Bearbeitung zielt nicht bloß auf eine Bestandsaufnahme zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung in der Grundrechtsdogmatik, der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie im einfachen Recht, sondern entwickelt Ansätze einer grundrechtlichen Konzeption zur Gewährleistung der sexuellen Selbstbestimmung. Dabei geht es nicht um die Formulierung neuer Rechte, sondern die Konkretisierung des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit vor dem Hintergrund des gesellschaftlichen Wandels in der Verhandlung von Sexualitäten.

Die Verfassung vermittelt mit ihren weit formulierten Grundrechten einen „Auftrag zur Verfassungskonkretisierung“, der sich insbesondere an die Gesetzgebung richtet.¹¹ Die „Elastizität“ der Grundrechte bildet

8 Siehe hierzu Kap. A.I.2., S. 38 ff. sowie Kap. A.II.3, S. 55 ff.

9 Siehe hierzu Kap. A., S. 35 ff.

10 Vgl. zu den Begriffen der juristischen Theorien bzw. Konzeptionen und Modelle grundlegend *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 140 ff. Vgl. zum Begriff des Modells *Benjamin Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 113 ff.

11 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, in: *Der Staat* 43 (2004), S. 203 (207).

dabei den Ausgangspunkt für die gesetzgeberische Ausgestaltung.¹² Der Auftrag zur Verfassungskonkretisierung erstreckt sich aber auch auf die Erforschung des „Normprogramms“¹³. Er legitimiert nicht nur, sondern belegt auch die Konkretisierungsbedürftigkeit der grundrechtlichen Gewährleistungen.¹⁴ Erst die Konkretisierung, verstanden als Vorgang zur Erforschung der grundrechtlichen Gewährleistungsgehalte, der zwangsläufig ein spezifisches Vorverständnis der Gewährleistung (hier: der sexuellen Autonomie) verarbeitet,¹⁵ verhilft den Gewährleistungen zur Realität.¹⁶

12 *Peter Häberle*, Die Wesensgehaltgarantie des Artikel 19 Abs.2 Grundgesetz, 3. Aufl. 1983, S. 218; *Uwe Volkmann*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, in: JZ 2018, S. 265 (269); *Andreas Voßkuhle*, Verfassungsstil und Verfassungsfunktion, in: AöR 119 (1994), S. 35 (52 f.). Grundlegend zur doppelten Funktion der Verfassung zwischen Bewahrung und Erneuerung *Gerrit Hornung*, Grundrechtsinnovationen, 2015, S. 76 ff.

13 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, in: Der Staat 43 (2004), S. 203 (227). Vgl. auch, allerdings von einem naturrechtlichen Grundrechtsverständnis ausgehend *Gerd Morgenthaler*, Freiheit durch Gesetz, 1999, S. 253. Eine anders akzentuierte Verwendung findet der Begriff bei *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, S. 240 f.

14 *Peter Schneider*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20, 1963, S. 1 (39).

15 Vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, der im Rahmen einer Gewährleistungsdogmatik „die in den Grundrechtsnormen enthaltenen abstrakt-generellen Vorgaben für die Freiheitssicherung“ erfassen möchte: *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, in: Der Staat 43 (2004), S. 203 (231 f.).

16 Anders aber *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, S. 279 f. Die Konkretisierung wird bei *Müller* und *Christensen* deutlich formalisierter beschrieben als Abwendung vom Rechtspositivismus, verstanden als Überzeugung, dass dem Normtext bereits ein konkreter Gehalt eingeschrieben sei, der für spezifische Konstellationen geborgen werden muss; die Konkretisierung sei ein Prozess der Rechtserzeugung, in welchem die Rechtsnorm – gemeint ist die materielle Norm, also ihr Inhalt – im Rahmen der Lösung eines bestimmten Anwendungsfalls durch Jurist*innen hergestellt wird. *Müller* will für die Ermittlung des Geltungsgehalts die rationale Normbereichsanalyse zur Hilfe nehmen, siehe *Friedrich Müller*, Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl. 1990, S. 20. Siehe auch *Christian Graf von Pestalozza*, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung, in: Der Staat 2 (1963), S. 425 (427).

1. Grundrechtskonkretisierung durch Verfassungsinterpretation

Inhalt und Reichweite der Grundrechtsgewährleistungen werden durch Interpretation und einfachgesetzliche Ausgestaltung konkretisiert.¹⁷ Die Wahl der Interpretationsmethode determiniert den Interpretationsvorgang sowie die möglichen Interpretationsergebnisse. Für die Interpretation von Grundrechten kann nicht ohne Weiteres auf die für die Interpretation von Normtexten des einfachen Rechts rezipierten *Savignyschen* Auslegungsmethoden zurückgegriffen werden,¹⁸ die klassisch nach Wortlaut, Systematik, Historie und Teleologie unterscheiden.¹⁹ Der beschriebene Auslegungskanon kann ein Element der Konkretisierung darstellen, aber nicht das einzige.²⁰ Als weitere Elemente treten theoretisch-normative Ansätze zur Beantwortung philosophischer, soziologischer und ethischer Vorfragen, die Prinzipien, dogmatische Figuren und Argumentationsmuster hervor-

-
- 17 In diesem methodischen Ansatz unterscheidet sich die Gewährleistungsdogmatik von der abwehrrechtlich geprägten Dogmatik, die eine Konkretisierung der Grundrechte im Modus der Abwägung vornimmt. Vgl. zur Abwägungsjurisprudenz *Joachim Rückert*, Interessenjurisprudenz, Verfassungswandel, Methodenwandel, Juristenjurisprudenz?, in: JZ 2017, S. 965 (971). Anders *Böckenförde*, der Interpretation (als „Inhalts- und Sinnermittlung von etwas Vorgegebenem, das dabei womöglich vervollständigt und in sich differenziert, insoweit auch inhaltlich reicher wird“) und Konkretisierung (als „schöpferische Ausfüllung von etwas nur der Richtung oder dem Prinzip nach Festgelegtem, das im übrigen offen ist und allererst der gestaltenden Verbestimmung zu einer vollziehbaren Norm bedarf“) voneinander abgrenzt, siehe *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Grundrechte als Grundsatznormen, in: Der Staat 29 (1990), S. 1 (22).
- 18 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, 1840, S. 213 f. *Von Savigny* beschreibt die Auslegung als „die Reconstruction des dem Gesetze inwohnenden Gedankens“. Die Auslegung setze sich aus vier Elementen („ein grammatisches, logisches, historisches und systematisches“) zusammen.
- 19 *Rusteberg* spricht sich für die am klassischen Methodenkanon nach *von Savigny* orientierten Auslegungsmethoden (insbesondere semantische, historische/genetische, systematische und teleologische Auslegung) aus. *Benjamin Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, 2009, S. 173 ff. Ebenso *Kathrin Misera-Lang*, Dogmatische Grundlagen der Einschränkung vorbehaltloser Freiheitsgrundrechte, 1999, S. 230. Zur Anerkennung der Interpretationsgrundsätze für die Gesetzesauslegung durch die Rechtsprechung siehe nur BVerfGE 8, 274 (307); 11, 126 (130).
- 20 Vgl. *Friedrich Müller/Ralph Christensen*, Juristische Methodik, Bd. 1, 11. Aufl. 2013, S. 263. Siehe die typisierende Darstellung verschiedener Ansätze der Verfassungsinterpretation bei *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: NJW 1976, S. 2089-2099.

bringen (z.B. den Grundsatz der Einheit der Verfassung²¹), aber auch Wirklichkeitsbezüge²² (z.B. der soziale Kontext der Grundrechte) hinzu. Denn es geht bei der Konkretisierung auch darum, die Gewährleistungsgelände „auf die sonstigen normativen Umfeldbedingungen so abzustimmen, dass Macht kontrollierbar ist und die Freiheit der Bürger gesichert bleibt“²³. Die erforderliche Interpretationsarbeit²⁴ ist zudem durch das „Vorverständnis“²⁵ der Interpret*innen, u.a. das begriffliche und konzeptionelle Verständnis von „Sexualitäten“ und der „sexuellen Selbstbestimmung“ geprägt. Dieses Verständnis wirkt sich darauf aus, wie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung hergeleitet, konstruiert und gedacht wird.

-
- 21 *Laurence O'Hara*, Konsistenz und Konsens, 2018, S. 109; *Paul Kirchhof*, Verfassung, Theorie und Dogmatik, in: Isensee/ders. (Hrsg.), HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 273 Rn. 81.
- 22 Kritisch zu wirklichkeitswissenschaftlichen Interpretationsansätzen *Christian Starck*, Maximen der Verfassungsauslegung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 271 Rn. 29.
- 23 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, in: *Der Staat* 43 (2004), S. 203 (231).
- 24 Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, in: *Der Staat* 42 (2003), S. 165 (187 f.): „[Es] kann und muß gefragt werden, welche Folgerungen sich angesichts dessen [angesichts eines veränderten Realbereichs, Anm. d. Verf.] nunmehr aus dem normativen Sinn und Gehalt der Gewährleistung ergeben. Das ist normale Interpretationsarbeit, nicht verdeckte Verfassungsänderung oder gar -wandlung“.
- 25 Grundlegend *Josef Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 1970, passim. Siehe auch *Alexander Schmitt Glaeser*, Vorverständnis als Methode, 2004, S. 238; *Christian Hillgruber*, Verfassungsinterpretation, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), 2010, § 15 Rn. 5 ff.; *Horst Ehmke*, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, *VVDStRL* 20, 1963, S. 53 (70); *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 48 f.; *Christian Graf von Pestalozza*, Kritische Bemerkungen zu Methoden und Prinzipien der Grundrechtsauslegung, in: *Der Staat* 2 (1963), S. 425 (430); *Max Helleberg*, Leitbildorientierte Verfassungsauslegung, 2016, S. 1-19. Auch *von Savigny* ging von der Beeinflussung der Auslegung durch die interpretierende Person aus, siehe *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, 1840, S. 216: „Dieser Erfolg [der Auslegung] kann in verschiedenen Graden erreicht werden, und es ist diese Verschiedenheit abhängig theils von der Kunst des Auslegers, theils aber auch von der Kunst des Gesetzgebers, in dem Gesetze viel von sicherer Rechtskenntnis niederzulegen, also von diesem Punkte aus das Recht so viel als möglich zu beherrschen“. Auch die Wahl der Präsentationsform der Ergebnisse von Rechtsforschung ist immer auch das Ergebnis der Erwägungen Einzelner. Sie erfolgt weder „neutral“, noch gibt es eine „objektive“ rechtswissenschaftliche Darstellungsform, vgl. *Susanne Baer*, Rechtssoziologie, 4. Aufl. 2021, S. 282.

Das Vorverständnis impliziert rechtliche Konzeptionen, die an Begriffe von Autonomie und Selbstbestimmung sowie die freie Persönlichkeitsentfaltung geknüpft sind. Deshalb ist es erforderlich, Klarheit über den Autonomiebegriff sowie die wesentlichen Bedingungen zur Gewährleistung sexueller Autonomie zu gewinnen, um auf transparenter Grundlage ein rechtliches Konzept zur Gewährleistung sexueller Selbstbestimmung zu entwickeln.

An den Interpretationsprozess und die Grundrechtskonzeption wird nicht nur der Anspruch der Offenlegung des Vorverständnisses, sondern auch der Anspruch kritischer Reflexivität gestellt.²⁶ Das erfordert die Reflexion der eigenen wissenschaftlichen Bearbeitung, aber auch die Reflexion der verwendeten rechtlichen und außerrechtlichen Bezugspunkte und Konzepte.²⁷ Die reflexive Vorgehensweise bezieht sich auch darauf, die Einflüsse von Machtverhältnissen, z.B. der bestehenden Geschlechterordnung, von Stereotypisierungen und herrschenden Rollenbildern zu hinterfragen. Eine solche Haltung zeigt sich für das Verfassungsrecht auch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wenn dieses beispielsweise in der Entscheidung zur personenstandsrechtlichen Anerkennung der Geschlechteridentität aus dem Jahr 2017 hinsichtlich einer früheren Formulierung des Gerichts, jeder Mensch sei entweder weiblichen oder männlichen Geschlechts, klarstellt, es habe sich „schon damals nicht um die Feststellung [gehandelt], eine Geschlechterbinarität sei von Verfassungen wegen vorgegeben, sondern um eine bloße Beschreibung des zum damaligen Zeitpunkt vorherrschenden gesellschaftlichen und rechtlichen

26 Siehe zur Konzeption reflexiven Rechts grundlegend *Gunther Teubner*, Reflexives Recht, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68 (1982), S. 13-59; *Josef Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 19 ff.; kritisch *Niklas Lubmann*, Einige Probleme mit „reflexivem Recht“, in: *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 6 (1985), S. 1-18; *Ingeborg Maus*, Perspektiven „reflexiven Rechts“ im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen, in: *KJ* 1996, S. 390-405; ferner *Marcel Senn*, Rechtswissenschaft ohne reflexiven Habitus?, in: *FS Weber*, 2011, S. 913-929. Zu der Bedeutung für die Entwicklung einer rechtswissenschaftlichen Fachdidaktik siehe *Jan-Hendrik Dietrich*, Reflexive Rechtswissenschaft, in: *KritV* 2012, S. 217-229. Spezieller zur Regulierung von Intimität siehe *Jean L. Cohen*, *Regulating Intimacy*, 2002, S. 151 ff.

27 Den kritisch-reflektierten Umgang mit rechtlichen Kategorien und ihnen eingeschriebenen Konzepten beschreibt schon *Bartlett* als methodische Herausforderung: „feminists must use presently understandable categories, even while maintaining a critical posture toward their use“, siehe *Katharine T. Bartlett*, *Feminist Legal Methods*, in: *Harvard Law Review* 103 (1990), S. 829 (835).

Verständnisses der Geschlechtszugehörigkeit²⁸. Es gilt, in diesem Sinne, Vorannahmen, rechtliche und außerrechtliche Begriffe und Konzepte auf ihnen eingeschriebene vorherrschende gesellschaftliche Verständnisse zu evaluieren und rechtliche Maßstäbe in kritischer Auseinandersetzung mit gesellschaftlich geprägten und verfestigten Stereotypen herauszubilden.²⁹

2. Interdisziplinäre Forschungsperspektive

Um den gesellschaftlichen Wandel aufzuarbeiten und seinen Transfer in den rechtlichen Anwendungszusammenhang auszuloten, wird eine interdisziplinäre Forschungsperspektive eingenommen, die der Rechtsdogmatik vorausliegende Fragestellungen und Erkenntnisse der Soziologie, der Sexualwissenschaften und der (Rechts-)Philosophie reflektiert und sie für die (Fort-)Entwicklung rechtlicher Konzepte fruchtbar macht. Die Konzeption des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung kann nicht losgelöst von der Analyse erfolgen, welches Verständnis von Sexualitäten und sexueller Autonomie Rechtsdiskurse prägt. Die Bearbeitung beginnt daher mit einer Annäherung an den „Gegenstand“, das Realphänomen der Sexualitäten, und zeichnet bestehende Modi zur Regulierung sexualbezogener Sachverhalte nach.³⁰ Anschließend werden unterschiedliche (rechts-)philosophische Autonomiemodelle vorgestellt, um einen Ansatz für den Begriff der sexuellen Autonomie zu finden, der den Besonderheiten der Sexualität, die sich in Interaktion mit anderen entfaltet, gerecht wird.³¹ Autonomes Handeln in der sexuellen Interaktion wird vielfach als Einvernehmlichkeit, als konsensuales Handeln beschrieben, sodass auch das Konzept des Konsenses näherer Betrachtung bedarf.³²

3. Dogmatik der Gewährleistungsgehalte

Das hier verfolgte Ziel der Grundrechtsinterpretation besteht in der „Abstraktion der Grundrechtsnormen zu ‚objektivrechtlichen‘ (Freiheits-)Ge-

28 BVerfGE 147, 1 (24).

29 Siehe zur „stereotypensensiblen Maßstabsbildung“ im Verfassungsrecht *Cara Röhner*, *Ungleichheit und Verfassung*, 2019, S. 253 f.

30 Dazu grundlegend Kap. A., S. 35 ff.

31 Siehe Kap. B., S. 99 ff.

32 Siehe Kap. C., S. 148 ff.

währleistungen³³. Den verfassungsrechtlichen Anknüpfungspunkt für die Gewährleistung der sexuellen Selbstbestimmung bildet das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit aus Art. 2 Abs. 1 GG. Die Interpretation ist darauf gerichtet, die grundrechtlichen Inhalte und Maßstäbe eines Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung zu konturieren und staatliche Gewährleistungspflichten zu bestimmen. Die verfassungsrechtliche Konzeption zur Gewährleistung der sexuellen Selbstbestimmung greift die Dogmatik zu Art. 2 Abs. 1 GG auf, die zum sogenannten allgemeinen Persönlichkeitsrecht in Rechtsprechung und Literatur entwickelt wurde.³⁴ Ein Fokus liegt dabei auf dem Ansatz der interaktionistischen Grundrechtsdogmatik, der die Entfaltung der Persönlichkeit in der Interaktion mit anderen betont.³⁵ Die freie Entfaltung der Persönlichkeit ist auf Entfaltungsbedingungen angewiesen, deren Gewährleistung die Grundrechte in einem gewissen Umfang vom Staat erfordern. Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung fordert den Staat als Gewährleister eines Entfaltungsrahmens sexueller Autonomie. Es betrifft ihn in seiner Rolle als Gewährleistungsstaat. Die Konsequenz der Gewährleistungsperspektive besteht darin, dass der Fokus nicht auf Grundrechtseingriffen liegt, sondern auf Grundrechtsgelalten. Die Grundrechte vermitteln – so die Dogmatik der Grundrechtsgelalte³⁶ – „objektivrechtliche Normen, die einen bestimmten thematischen Gehalt mit einem Unantastbarkeits-, Achtungs-, Schutz-, Rechts-, Unverletzlichkeits- oder Freiheitsversprechen verknüpfen“³⁷. Die Grundrechte der Bürger*innen sind nicht nur gegen unrechtmäßige staatliche Eingriffe

33 *Marion Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 82. Die Doppelfunktion der Grundrechte wird in ständiger Rspr. anerkannt seit BVerfGE 6, 32 (41); 7, 198 (205). Siehe grundlegend *Robert Alexy*, Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen, in: *Der Staat* 29 (1990), S. 49 ff.; *Wolfgang Kahl*, Grundrechte, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), 2010, § 24 Rn. 9. Ferner *Gertrude Lübke-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S. 284 ff. Kritisch *Wolfram Cremer*, Freiheitsgrundrechte, 2003, S. 217 f. Zum Verhältnis des objektiv-rechtlichen Gehalts und der Abwehrfunktion der Grundrechte als dessen Ausprägung ferner *Jürgen Schwabe*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, 1977, S. 293.

34 Siehe Kap. D., S. 185 ff.

35 Siehe dazu Kap. D.II.1.e), S. 208 ff.

36 Grundlegend zur Dogmatik der Gewährleistungsgelalte *Rainer Wahl*, Freiheit der Wissenschaft als Rechtsproblem, in: *Freiburger Universitätsblätter* 95 (1987), S. 19 (27); *Marion Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 28 ff.; *Christian Bumke*, Ausgestaltung von Grundrechten, 2009, S. 6 (Fn. 19). Siehe auch Kap. G.I., S. 357 ff.

37 *Marion Albers*, Informationelle Selbstbestimmung, 2005, S. 426 f.

zu verteidigen.³⁸ Sie verpflichten den Staat auch zu Schutz³⁹ und Fürsorge, Leistung, Teilhabe und Nichtdiskriminierung.

Eine Rekonstruktion des Persönlichkeitsrechts bietet Potential für den Eingang neuer Gewährleistungs- und Schutzdimensionen,⁴⁰ deren Notwendigkeit sich nicht nur aus dem technologischen Fortschritt, sondern aus einem gesellschaftlich gewandelten Verständnis in anderen sozialen Bereichen ergeben kann – wie es gerade bei der Regulierung von Sexualitäten der Fall ist. Die Verfassung ist insoweit „wandlungsfähig und -bedürftig“.⁴¹

4. Bestandsaufnahme und Analyse der Literatur und Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Die Konkretisierung des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung erfolgt in Auseinandersetzung mit den in der Grundrechtslehre und den vom Bundesverfassungsgericht als zentralem autoritativen⁴² Verfassungs-

38 Die abwehrrechtliche Dimension des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung wird beispielsweise durch strafrechtliche Verbote bestimmten Verhaltens (z.B. § 173 Abs. 2 S. 2 StGB) tangiert. Mit Abschaffung der Strafbarkeit sogenannter homosexueller Handlungen (§ 175 StGB a.F.) wurde ein bedeutender rechtswidriger Eingriff in das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 GG beseitigt.

39 Grundlegend *Peter Unruh*, Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten, 1996, passim; *Matthias Mayer*, Untermaß, Übermaß und Wesensgehaltsgarantie, 2005, passim.

40 Zur „Offenheit“ der Verfassung grundlegend *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, passim. Siehe zur Beschreibung der Grundrechte als „lernendes Recht“ etwa *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch, in: *Der Staat* 43 (2004), S. 203 (211 f.); sowie zum Grundgesetz als „lebende[r] Verfassung“ *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: *FS Bryde*, 2004, S. 53 (54); *Josef Aulehner*, Grundrechte und Gesetzgebung, 2011, S. 21 f. Vgl. zur Innovationsoffenheit ferner *Wolfgang Kabl*, Neuere Entwicklungslinien der Grundrechtsdogmatik, in: *AöR* 131 (2006), S. 579 (618).

41 *Brun-Otto Bryde*, Verfassungsentwicklung, 1982, S. 299. Für den Freiheitsbegriff in Art. 2 Abs. 1 GG siehe *Rupert Scholz*, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in: *AöR* 100 (1975), S. 265 (288): „Der Freiheitsbegriff ist [...] offen und dynamisch“. Kritisch *Christian Hillgruber*, Verfassungsinterpretation, in: *Deppenheuer/Grabenwarter* (Hrsg.), 2010, § 15 Rn. 23: „[...] der Schleichweg kompetenzlos vorgenommener, inhaltsverändernder Neuinterpretation der Verfassung ist versperrt“.

42 Vgl. *Wolfram Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 88 ff.

interpretieren⁴³ getätigten Aussagen zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung,⁴⁴ sowie den Verpflichtungen aus den europäischen und internationalen Menschenrechtsverträgen⁴⁵. Da die verfassungsrechtliche Literatur zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung sich im Wesentlichen auf die Wiedergabe der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beschränkt, kommt letzterer besondere Bedeutung zu, auch wenn nicht außer Acht gelassen werden darf, dass die Deutung der Verfassung durch das Bundesverfassungsgericht als autoritativem Verfassungsinterpretieren nicht unproblematisch ist.⁴⁶

Im Rahmen der Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung wird eine umfassende Bestandsaufnahme der Aussagen des Gerichts zur sexuellen Selbstbestimmung bzw. Sexualitäten vorgenommen. Dabei ist zunächst von Interesse, ob in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein konzeptioneller Ansatz zur Gewährleistung sexueller Selbstbestimmung erkennbar ist. Die Untersuchung beschränkt sich dabei nicht auf Kriterien dogmatischer Richtigkeit⁴⁷ oder dogmatischer Stimmigkeit⁴⁸. Es wird vielmehr auch danach gefragt, welches Verständnis von Sexualitäten und sexueller Selbstbestimmung der Rechtsprechung zugrunde liegt und wie sich dieses auf die Dogmatik des Gerichts auswirkt. Zur Umsetzung dieses Anliegens ist die diskursanalytisch angelegte qualitative Entscheidungsanalyse die Methode der Wahl.⁴⁹ Mit dieser Methode ist es

43 *Martin Borowski*, Subjekte der Verfassungsinterpretation, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HStR*, Bd. XII, 3. Aufl. 2014, § 274 Rn. 25 ff.; vgl. *Uwe Volkmann*, Verfassungsänderung und Verfassungswandel, in: *JZ* 2018, S. 265 (269). Näher auch *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, in: *JZ* 1975, S. 297-305.

44 Siehe Kap. D., S. 185 ff. und Kap. E., S. 239 ff.

45 Siehe Kap. F., S. 313 ff.

46 *Hans Vorländer*, Regiert Karlsruhe mit?, in: *APuZ* 2011, S. 15 (18).

47 Zu so angelegten Analysebemühungen kritisch *Hubert Rottleuthner*, Inhaltsanalyse juristischer Texte, in: *Mackensen/Sagebiel/Deutsche Gesellschaft für Soziologie* (Hrsg.), 1979, S. 793 (798).

48 Kritisch *Hubert Rottleuthner*, Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), 2017, S. 251 (253).

49 Zum klassischen Methodenpool der Sozialwissenschaften gehören quantitative und qualitative Inhaltsanalysen. Siehe hierzu für die Rechtsforschung den kurzen Überblick bei *Susanne Baer*, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. 2021, S. 283 f. Quantitative Entscheidungsanalysen werten eine Vielzahl von Entscheidungen anhand vorab festgelegter Variablen aus. Solche Analysen können sich beispielweise mit den Auswirkungen des Geschlechts oder einer feministischen Einstellung von Richter*innen auf die jeweiligen Ergebnisse der Entscheidungen beschäftigen und dies anhand des Ausgangs von Gerichtsverfahren korrelativ nachweisen. *Hunter*

möglich, danach zu fragen, wie bestimmte Konzepte – etwa von Sexualitäten und Geschlecht – in der Rechtsprechung herangezogen und konstruiert werden. Der diskursanalytische Zugang dient der kritischen Beleuchtung der Begründung einer Entscheidung, einschließlich der darin verwendeten Sprache, Diskurselemente und Konzepte. Die Entscheidungsanalyse zielt auf die Kontextualisierung und Verortung der Rechtsprechung innerhalb des Rechtsdiskurses, aber auch in einem gesellschaftlichen Diskurs.⁵⁰ Die Analyse wie auch die Kritik sexualisierter und hierarchischer Strukturen in der Gesellschaft bilden die zentralen Anliegen geschlechtertheoretischer Forschung.⁵¹ Die eingangs am Beispiel der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Auskunftsanspruch des sogenannten Scheinvaters auf Preisgabe sexueller Kontakte der Mutter im Empfängniszeitraum beschriebene Zurückhaltung rechtlicher Akteur*innen in der Thematisierung und schon der Benennung der Sexualität entspricht der langen Tradition der gesellschaftlichen Tabuisierung dieses Lebensbereichs. An die Stelle theoretisch-fundierter Rechtskonzepte und -begriffe treten in der Rechtsprechung nicht selten „herrschende“ (Vor-)Annahmen, die in bestimmte begriffliche Formationen und rhetorische Figuren eingekleidet sind.⁵² Mehr- und Minderheitszuschreibungen (einschließlich der Konstruktion „des Anderen“), Inklusions- und Exklusionspolitiken, ganz generell: Machtverhältnisse, spielen in der Rechtsprechung eine bedeutende Rolle. Sie sind das Produkt mannigfaltiger Perspektiven und Wissensbe-

untersuchte beispielsweise die Beteiligung einer Richterin an Gerichtsverfahren am Court of Appeal in the Australian State of Victoria. Die Richterin hatte zuvor eine Karriere als feministische Wissenschaftlerin und beteiligte sich politisch-aktivistisch an Gesetzesreformen. *Hunter* analysierte u.a. Art und Ausgang der Verfahren und stellte fest, dass die Richterin überdurchschnittlich häufig von der Möglichkeit des *concurring judgment* Gebrauch machte – meist, um darin Argumente aus einer feministischen Perspektive einzubringen. *Rosemary Hunter*, Justice Marcia Neave, in: Schultz/Shaw (Hrsg.), 2013, S. 399-418. Für die Rechtsprechungsanalyse verbreiteter sind qualitative Inhaltsanalysen, die eine intensivere Untersuchung der Begründung von Entscheidungen ermöglichen. Siehe beispielsweise *Kylie Burns*, *The Australian High Court and Social Facts*, in: *Federal Law Review* 40 (2012), S. 317-348.

50 *Rosemary Hunter*, *Analysing Judgments from a Feminist Perspective*, in: *Legal Information Management* 15 (2015), S. 8.

51 *Anna Maria Riedl/Anna Kroll/Felix Krause/Michael Hartlieb*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), 2015, S. 9 (12).

52 *Susanne Baer*, *Rechtssoziologie*, 4. Aufl. 2021, S. 289. Feministische Rechtstheorie wendet sich gegen ein Verständnis, das Recht als objektiv und neutral konstruiert. Siehe hierzu *Susanne Baer/Sarah Elsuni*, *Feministische Rechtstheorien*, in: *Hilgendorf/Joerden* (Hrsg.), 2017, S. 270 (272).

stände, und auch der politischen und moralischen Einstellungen sowie Überzeugungen der Richter*innen. Um den rechtswissenschaftlichen Diskurs zu lesen, einzuordnen und schließlich einer Fortentwicklung zugänglich machen zu können, muss die Rechtsprechung als kulturelle Praxis verstanden werden, zu deren (wirk-)mächtigen Werkzeugen die Sprache, Bilder und Narrative sowie (performative) Inszenierungen zählen.⁵³ Die „Geheimsphäre der Entscheidungsfindung“, die aus der durchgängigen Trennung von Herstellung und Darstellung juristischer Entscheidungen resultiert,⁵⁴ wird dafür ein Stück weit ausgeleuchtet. Diese analytische Perspektive ermöglicht die Kontextualisierung⁵⁵ des in der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft bestehenden Gewährleistungskonzepts sexueller Selbstbestimmung, einschließlich der rechtsdogmatischen Anbindung an das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit.

Auf Grundlage der Bestandsaufnahme und Analyse von Literatur und Rechtsprechung zum Recht auf sexuelle Selbstbestimmung sowie in Auseinandersetzung mit den theoretisch-normativen Ansätzen zum Versprechen der sexuellen Autonomie wird schließlich eine eigene Konzeption zu den Gewährleistungsgehalten des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung entwickelt.

III. Zentrale Begriffe

Zentrale Begriffe der Arbeit sind „Sexualitäten“ und die „sexuelle Selbstbestimmung“. Die Klärung dieser Begriffe und damit verbundener Konzepte begleitet und strukturiert die gesamte Bearbeitung, sodass an dieser Stelle nur wenige vorgelagerte Bemerkungen, jedoch keine Begriffsklärungen als sinnvoll erscheinen.

53 *Julian Krüper*, Kulturwissenschaftliche Analyse des Rechts, in: ders. (Hrsg.), 2011, S. 260 (264).

54 Ebd., S. 260 (273).

55 Vgl. *Kathryn M. Stanchi/Linda L. Berger/Bridget J. Crawford*, Introduction to the U.S. feminist judgments project, in: dies. (Hrsg.), 2016, S. 3 (5).

1. Autonomie und Selbstbestimmung

Es sei aber darauf hingewiesen, dass die Begriffe „Selbstbestimmung“ und „Autonomie“ in dieser Arbeit synonym verwendet werden.⁵⁶ In dem (rechts-)philosophischen Diskurs ist der Begriff der Autonomie (wohl auch aus Gründen der Übersetzung von „autonomy“ aus dem angloamerikanischen Diskurs) verbreitet.⁵⁷ Das Bundesverfassungsgericht (und ihm folgend die verfassungsrechtliche Literatur) bevorzugt bei der Herleitung spezifischer Rechte aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit den Begriff der Selbstbestimmung (z.B. „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“⁵⁸, „Recht auf sexuelle Selbstbestimmung“⁵⁹). Die in der Bearbeitung verwendete Sprachvariante orientiert sich lose an diesem Befund, d.h. bei der rechtsphilosophischen Grundlegung wird dem Begriff der Autonomie der Vorzug gegeben, während bei der grundrechtsdogmatischen Rekonstruktion des Art. 2 Abs. 1 GG vorrangig von der Selbstbestimmung die Rede ist.

Anders als das Bundesverfassungsgericht schuldet eine grundrechtsdogmatische Konzeptualisierung eines Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung die Offenlegung der vorrechtlichen Annahmen, Voraussetzungen und normativen Prämissen, mit denen bzw. auf deren Grundlage gearbeitet wird.⁶⁰ Der Begriff der Autonomie wird „als [...] außerhalb des Rechts konturierter Wert oder Maßstab [...] und zugleich Bezugspunkt für eine Kritik

56 So z.B. auch *Anna Maria Riedl/Anna Kroll/Felix Krause/Michael Hartlieb*, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), 2015, S. 9 (13). Siehe zur Herkunft des Begriffs Autonomie *Monika Bobbert/Micha H. Werner*, Autonomie/Selbstbestimmung, in: Lenk/Duttge/Fangerau (Hrsg.), 2014, S. 105. Vgl. auch *Tatjana Hörnle*, Sexuelle Selbstbestimmung, in: ZStW 2015, S. 851 (854). Ferner *Joel Feinberg*, The Moral Limits of Criminal Law, Vol. 3, 1986, S. 27. Differenzierend *Susanne Baer/Ute Sacksofsky*, Autonomie im Recht, in: dies. (Hrsg.), 2018, S. 11 (17). *Sacksofsky* und *Baer* weisen auf die unterschiedlichen Kontexte hin, in denen die Begriffe Selbstbestimmung (als „Forderung, die sich gegen patriarchale Bevormundung wendet“) und Autonomie (als „politisches Kennzeichen von Bewegungen, die sich nicht in vorhandene Ordnungen einschreiben wollen, sondern als ‚autonome Frauenbewegung‘ einer anderen Logik des Politischen folgen“) verwendet werden.

57 Vgl. Kap. B.II.-V., S. 104 ff.

58 Siehe nur BVerfGE 109, 279 (365); 113, 348 (364); 120, 274 (302); 125, 260 (310); 130, 1 (35); 133, 277 (316).

59 Siehe nur BVerfGE 115, 1 (14); 116, 243 (264); 120, 224 (238); 121, 175 (190); 124, 199 (222); 128, 109 (124).

60 Vgl. *Christian Bumke*, Rechtsdogmatik, 2017, S. 116: „Die juristische Methode existiert nur in Form impliziten normativen Wissens. Sie zu explizieren ist eine der Aufgaben einer Theorie der Rechtsdogmatik“.

des Rechts⁶¹ herangezogen. Die Arbeit stützt sich insbesondere auf den personalen Autonomiebegriff von *Beate Rössler*⁶², nach der eine Person dann autonom ist, „wenn sie sich die Frage stellen kann, welche Person sie sein will, wie sie leben will, und wenn sie dann so leben kann“.⁶³

2. Sexualitäten

Es gibt keine gemeinhin anerkannte Realdefinition von Sexualitäten,⁶⁴ stattdessen werden kontext- und disziplinabhängig Arbeitsdefinitionen entwickelt oder Sexualitäten als Analysekatgorie gefasst.⁶⁵ Der Versuch jeder Definition von Sexualität ist „ebenso zeit- wie gesellschaftsabhängig“.⁶⁶ Angesichts der Komplexität sexualbezogener Sachverhalte besteht die Gefahr, dass eine Definition bzw. die Festlegung bestimmter Konzepte in einer normativen Bestimmung „richtiger“ bzw. „guter“ Sexualität mündet.⁶⁷

Im Fokus der Bearbeitung steht die Selbstbestimmung über sexuelle Handlungen mit anderen Personen, wobei auch ein möglicherweise daraus abgeleitetes Selbstverständnis (z.B. hinsichtlich der sexuellen Orientierung) berücksichtigt wird. Sex wird weit verstanden, insbesondere ist nicht ausschließlich heterosexueller, koitaler Geschlechtsverkehr gemeint, sondern jede gewollte sexuelle Handlung. Mit dem Begriff der sexuellen Handlung besteht die Gefahr der Tautologie, der vorgebeugt werden soll durch eine exemplarische, nicht abschließende Aufzählung umfasser

61 *Anne Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik der rechtlichen Regulierung des Zugangs zu reproduktiven Verfahren, in: Baer/Sacksofsky (Hrsg.), 2018, S. 215.

62 *Beate Rössler*, Der Wert des Privaten, 2001; *dies.*, Bedingungen und Grenzen von Autonomie, in: Pauer-Studer/Nagl-Docekal (Hrsg.), 2003, S. 327-357; *dies.*, Autonomie, 2017.

63 *Beate Rössler*, Der Wert des Privaten, 2001, S. 39.

64 *Sigusch* äußert gar die Hoffnung, „dass auf die Frage, was das Sexuelle sei, keine abschließende Antwort mehr erwartet wird“, siehe *Volkmar Sigusch*, Sexualitäten, 2013, S. 205.

65 So *Jos van Ussel*, Intimität, 1979, niederl. Original 1975, S. 15: „Der Begriff ‚Sexualität‘ ist ein Raster, das man auf einen Teil der Wirklichkeit legt“.

66 *Karl Lenz/Heide Funk*, Sexualitäten, in: Funk/Lenz (Hrsg.), 2005, S. 7 (15).

67 *Karl Lenz/Heide Funk*, Sexualitäten, in: Funk/Lenz (Hrsg.), 2005, S. 7 (15 f.). Vgl. auch *Martin Dannecker*, Das Drama der Sexualität, 1992, S. 9: „Alle wirklich tiefgehenden Reflexionen über das Sexuelle und die Sexualität sperren sich gegen die Definition der ihnen zugrundeliegenden Begriffe“.

Handlungen: Penetrationssex (Vaginalverkehr, Analverkehr), Oralverkehr, Berühren, Massieren, Streicheln, Lecken, Küssen primärer und sekundärer Geschlechtsmerkmale, aber auch anderer erogener Körperstellen sowie jede darüber hinausgehende, individuell auf Stimulation, Befriedigung, Lust ausgerichtete Tätigkeit. Der körperliche Bezug ist nicht zwingend (bspw. Telefonsex, Sexting).

Bei der sozial- und sexualwissenschaftlichen Darstellung des Regelungsbereiches wird vorwiegend mit dem Begriff der „Sexualitäten“ gearbeitet. Der Plural „Sexualitäten“ sprengt die Grenzen des engen Begriffs der „Sexualität“, der häufig mit einem normativen Normalitätskonzept verbunden ist.⁶⁸ Der Begriff „Sexualitäten“ nimmt die sexuelle Vielfalt deutlicher in Bezug. Außerdem stellt der Plural das am Leitbild der männlichen Sexualität entwickelte essentialistische Sexualitätsmodell in Frage. Wenn in dieser Arbeit auch der hergebrachte Begriff der „Sexualität“ verwendet wird, insbesondere um dessen diskursive Behandlung zu ergründen, soll damit keine Negierung des sexuellen Pluralismus einhergehen.

IV. Gang der Untersuchung

Die Konkretisierung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des Grundrechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit wird in dieser Arbeit in drei Abschnitten entwickelt: „Sexualitäten“ (§ 2), „Autonomie“ (§ 3) und „Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung“ (§ 4).

Kapitel A. in Abschnitt § 2 ist den „Sexualitäten“ als Untersuchungsgegenstand der Sexualwissenschaften, der Soziologie und der Gender Studies gewidmet. Die Erkenntnisse dieser Forschungszeige ermöglichen eine für die Rechtskonzeption erforderliche Annäherung an den Begriff der „Sexualitäten“. Sie liefern außerdem Erklärungsansätze für bestehende sexualpolitische Ordnungsmuster und Regulierungsstrategien. Im Fokus steht der gesellschaftliche Paradigmenwechsel von einer tradierten Sexualmoral zum Maßstab der Selbstbestimmung und Verhandlung. Mit diesem Wandel geht einher, dass sexuelle Handlungen zunehmend als Kommunikations- und Interaktionsvorgänge betrachtet werden. Auch im einfachen Recht lässt sich ein Wandel in der Perspektive vom Schutz der (Sexu-

68 Karl Lenz/Heide Funk, Sexualitäten, in: Funk/Lenz (Hrsg.), 2005, S. 7 (12).

al-)Moral hin zum Schutz der sexuellen Selbstbestimmung als Rechtsgut beobachten.⁶⁹

Der Abschnitt § 3 mit den Kapiteln B. und C. befasst sich mit der sexuellen Autonomie. Eine grundrechtsdogmatische, reflexive Konzeptualisierung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung erfordert den transparenten Umgang mit vorrechtlichen Annahmen und normativen Leitbildern, die als Basis der grundrechtlichen Überlegungen dienen. Der (rechts-)philosophische Überblick stellt unterschiedliche Perspektiven auf die sexuelle Autonomie vor.⁷⁰ Zugleich wird das für die weitere Bearbeitung angenommene Verständnis von sexueller Selbstbestimmung als Versprechen der Entfaltung personaler Autonomie in einem Gesellschaftsgefüge dargelegt. Um den Paradigmenwechsel in einem Rechtskonzept abzubilden, wird ein prozedurales Konsensmodell entwickelt, welches den (rechtlich durchaus in Bezug genommenen) Ansatz der Zugangskontrolle zur Gewährleistung personaler Autonomie operationalisiert und die Beschreibung von Gelinungsbedingungen der sexuellen Autonomie ermöglicht.⁷¹

Der letzte Teil der Arbeit (Kapitel D. bis G.) wendet sich schließlich dem Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung zu. Zunächst wird der verfassungsrechtliche Rahmen des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit skizziert,⁷² sodann die einschlägige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts analysiert.⁷³ Nachgezeichnet werden einerseits die dogmatischen Argumentationsmuster und Konstruktionen zur Gewährleistung der sexuellen Autonomie. Die Analyse zielt insoweit darauf, erste Erwägungen zu den Wirkungsweisen und grundrechtlichen Dimensionen des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung anzustellen. Andererseits werden auch die Erwartungen der Literatur und des Bundesverfassungsgerichts an das Individuum aufgrund seiner Sexualität untersucht. Vorstellungen davon, was in sexueller Hinsicht „richtig“ oder „normal“ ist, erzeugen Rollenbilder, welche bei Abweichung Ausgrenzung, Abwertung, Diskriminierung und Gewalt zur Folge haben können. Sie fließen in Normierungen und Regulierungen durch die Gesetzgebung und die Rechtsprechung ein und perpetuieren eine bipolare heteronormative Geschlech-

69 Dies konstatiert für das Strafrecht *Joachim Renzikowski*, in: MüKo StGB, 3. Aufl. 2017, Vorbem. zu § 174 Rn. 2 ff.; *Juana Remus*, Die Entwicklung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, in: Grubner/Ott (Hrsg.), 2014, S. 105; siehe auch BVerfGE 120, 224 (232 f.).

70 Siehe Kap. B., S. 99 ff.

71 Siehe Kap. C., S. 148 ff.

72 Siehe Kap. D., S. 185 ff.

73 Siehe Kap. E., S. 239 ff.

ternorm. Daraus folgt, dass ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung sich nicht ausschließlich auf Sexualitäten als Handlungsform bezieht, es kann vielmehr nicht losgelöst von Rollenzuschreibungen gedacht werden und muss deren Bedeutung für die Selbstbestimmung und Selbstpositionierung in den Blick nehmen. Rechtliche Auseinandersetzungen mit Sexualitäten gehen zudem mit der Konstruktion von Geschlecht einher.⁷⁴ Die Sichtbarmachung und Analyse binärer und heteronormativer Machtstrukturen ist daher wesentliche Voraussetzung für eine erfolgreiche Konzeption.⁷⁵

Die konzeptionelle Arbeit ist herausfordernd: Nicht nur ist Sexualität ein hochkomplexes Phänomen, das Beziehungen, Körper, Identitäten und Gefühle – und damit rechtswissenschaftlich nicht ohne Weiteres zu fassende Komponenten – betrifft; die Thematisierung von Sexualität ist auch immer noch tabuisiert.⁷⁶

Die Analyse der Rechtsprechung und die Bestandsaufnahme zur Grundrechtsdogmatik zu Art. 2 Abs. 1 GG offenbaren Ansatzpunkte für eine gewährleistungsdogmatische Rekonstruktion des Rechts auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit. Die Konzeption greift zudem auf die eingehende Betrachtung der theoretisch-normativen Grundlagen der verschiedenen Herleitungen und Zuordnungen zurück. Aufschlussreich ist darüber hinaus, wie das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung im europäischen und völkerrechtlichen Menschenrechtssystem gedacht wird, zumal wenn sich Bindungswirkungen für die grundrechtliche Auslegung entfalten.⁷⁷ Die Bearbeitung schließt mit einem eigenen Konzept zur Konturierung des Gewährleistungsgehalts des Grundrechts auf sexuelle Selbstbestimmung.⁷⁸

74 *Juana Remus*, Die Entwicklung des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung, in: Grubner/Ott (Hrsg.), 2014, S. 105.

75 *Anne Thiemann*, Sexuelle Selbstbestimmung und sexuelle Orientierung, in: Busch (Hrsg.), 2010, S. 136 (138).

76 Vgl. dazu die Bemerkungen zum rechtswissenschaftlichen Diskurs über Sexualitäten von *Bettina Heiderhoff*, Eheliche (Rechts-)Pflichten, in: Lembke (Hrsg.), 2017, S. 117 (118): „Gerade die Diskrepanz zwischen der realen Komplexität und der gefühlten Simplizität der Problematik erscheint mir aber als allzu typisch für den Bereich der Sexualität. Nur wenige der Autorinnen und Autoren der familienrechtlichen Lehrbücher und der Kommentierungen zu § 1353 BGB verwenden mehr als ein paar unauffällige, sich wiederholende Sätze darauf und mit der Thematik in den großen familienrechtlichen Foren hervortreten, würden mit Sicherheit fast alle scheuen“.

77 Siehe Kap. F., S. 313 ff.

78 Siehe Kap. G., S. 356 ff.

§ 2 Sexualitäten

A. Einführung: Sexualitäten zwischen Sittlichkeit und Selbstbestimmung

Die gesellschaftliche Bewertung von Sexualitäten hat sich im Verlauf des 20. Jahrhunderts paradigmatisch gewandelt. Mit der Abwendung von moralischen und sittlichen Vorstellungen hat der Maßstab der selbstbestimmten Verhandlung an Bedeutung gewonnen. Der Paradigmenwechsel stellt auch das Recht vor Herausforderungen. Regulierungsmotive der Sittlichkeit und Moral werden den gelebten, mittlerweile gesellschaftlich akzeptierten Sexualitäten nicht mehr gerecht. Die sexuelle Selbstbestimmung rückt zunehmend in den Fokus der jüngsten Debatten um Recht und Sexualitäten, zuletzt etwa im Rahmen der Reform des Sexualstrafrechts im Jahr 2016. Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung bietet Chancen für eine Stärkung des Verhandlungsmaßstabs als Leitbild für das Recht. Um es in dieser Funktion zu aktivieren, werden in diesem Abschnitt zentrale Erkenntnisse der Sexualwissenschaften, der Geschlechterforschung und der Diskurstheorie dargelegt, die eine Analyse und Kontextualisierung des rechtlichen Diskurses um die Regulierung von Sexualitäten ermöglichen.

I. Sexualitäten als Forschungsgegenstand

Im 19. und frühen 20. Jahrhundert war der wissenschaftliche Zugriff auf Sexualitäten geprägt durch die Medizin, die Biologie und die Psychoanalyse.⁷⁹ Im Zentrum der überwiegend empirischen Forschung standen sexuelle Verhaltensweisen, körperliche und biochemische Reaktionen sowie der sogenannte Sexualtrieb. Die soziologische Sexualforschung beschäftigte sich hingegen mit der sozialen Dimension und der gesellschaftlichen Bedeutung des Sexuellen. Dennoch finden sich, insbesondere in der frühen soziologischen Sexualforschung Mitte des 20. Jahrhunderts, deutliche

79 Grundlegend *Sigmund Freud*, Drei Abhandlungen zur Sexualtheorie und verwandte Schriften (1856-1939), 1961; *Sándor Ferenczi*, Hysterie und Pathoneurosen, 1919; *Hanns Sachs*, *Ars amandi psychoanalytica* oder Psychoanalytische Liebesregeln, 1920; *Richard von Krafft-Ebing*, *Psychopathia sexualis*, 1886.

Referenzen auf biologische, medizinische und psychoanalytische Erkenntnisse.⁸⁰

1. Frühe empirische Sexualforschung

Zu den bekanntesten empirischen Arbeiten über das menschliche Sexualverhalten zählen die Kinsey-Reports aus den späten 1940er bzw. 1950er Jahren, in denen Interviews mit über 12.000 Männern und Frauen über ihr Sexualverhalten ausgewertet wurden.⁸¹ Die Forschenden erhoben Daten zu Onanie, hetero- und homosexuellem Verhalten, vor-, außer- und ehelichem Geschlechtsverkehr sowie Tierkontakten und analysierten ihre jeweiligen Bezüge zu Alter, Familienstand, religiöser, sozialer und regionaler (Stadt/Land) Herkunft.⁸² Wichtigstes Ergebnis der Kinsey-Reporte war die Darstellung der Variationsbreite menschlichen Sexualverhaltens in einer Skala mit sieben Kategorien der Mischformen homo- und heterosexuellen Verhaltens, die individuell in Phasen auftreten können und zu der Forderung veranlassten, die Binarität von Homo- und Heterosexualität aufzugeben und jedes beobachtete sexuelle Verhalten als „natürlich“ zu verstehen.⁸³

Bekannt wurden außerdem die sexualphysiologischen Arbeiten von *William H. Masters* und *Virginia E. Johnson*. *Masters* und *Johnson* beobachteten

80 Dieser Befund beschränkt sich keinesfalls ausschließlich auf die Anfänge der soziologischen Sexualwissenschaften. Vgl. *Martina Löw*, Sexualität, in: Bauer/Korte/Löw/Schroer (Hrsg.), 1. Aufl. 2008, S. 431 (435).

81 In den Jahren 1938 bis 1947 befragten *Kinsey* und sein Team 12214 Personen, davon ca. 6300 Männer, und werteten diese Befragungen aus, vgl. *Alfred C. Kinsey/Wardell B. Pomeroy/Clyde E. Martin*, Das sexuelle Verhalten des Mannes, 1948, S. 11; *Alfred C. Kinsey/Wardell B. Pomeroy/Clyde E. Martin/Paul H. Gebhard*, Das sexuelle Verhalten der Frau, 1953.

82 Die Verfasser der Reports lehnten nach ihrer eigenen Darstellung moralische Maßstäbe ab, siehe *Alfred C. Kinsey/Wardell B. Pomeroy/Clyde E. Martin/Paul H. Gebhard*, Das sexuelle Verhalten der Frau, 1953, S. 20f. Sie kritisierten u.a. die Sexualgesetzgebung, die „eine zu starke soziale Kontrolle“ ausübe. Dabei legten sie selbst teilweise fragwürdige moralische Maßstäbe an, wie etwa bei der Schilderung folgenden Beispiels: „Das Kind, das in Angst vor allen Fremden und vor jedem körperlichen Ausdruck der Zuneigung erzogen wurde, kann das Leben zweier Menschen zerstören, die ein halbes Jahrhundert oder mehr als nützliche und ehrenwerte Bürger gelebt haben, indem es seinen Eltern oder der Polizei einen entstellten Bericht über Versuche des alten Mannes gibt, ihm großväterliche Gefühle zuzuwenden“.

83 Vgl. *Sybille Steinbacher*, Wie der Sex nach Deutschland kam, 2011, S. 143 f.

im Labor Koitus und Masturbation der Proband*innen und erhoben verschiedene Vitaldaten.⁸⁴ Im Fokus ihrer Untersuchung standen körperliche Reaktionen der Lust, die sie nach Geschlecht und Alter auswerteten. Trotz ihres biologisch-anatomischen Zugangs betonten *Masters* und *Johnson* die gesellschaftliche und kulturelle Normierung der Sexualität und ihre Bedeutung für die Persönlichkeit.⁸⁵

Eine ethnologisch-soziologische Perspektive auf Sexualität nahm *Margaret Mead* ein, die danach fragte, was es bedeutet, ein Mann bzw. eine Frau zu sein und welche Rolle dem Körper und der Sexualität bei der Beantwortung dieser Frage zukommt. In ihrer anthropologischen Analyse untersuchte sie das Sexualverhalten von Menschen in sieben Südsee-Kulturen.⁸⁶ Aus einer kulturellrelativistischen Perspektive beschrieb sie das Sexualverhalten und die soziale Bedingtheit von Geschlecht, Sexualität und Körpern. Sie stellte das Verhalten in den untersuchten Kulturen als jenes von „Anderen“ dar, indem sie es anhand von Beobachtungen zum Sexualverhalten in nordamerikanischen Kulturen kontrastierte. Dafür untersuchte sie u.a. die sexuelle Erziehung von Kindern und den Umgang von Erwachsenen und Jugendlichen mit Sexualität in den beobachteten Bevölkerungsgruppen und leitete kulturvergleichend grundlegende Regelmäßigkeiten ab, „die keine bekannte Kultur jemals umgehen könnte“.⁸⁷ Zu den von ihr bestimmten Regelmäßigkeiten zählen etwa der aus ihrer Sicht biologisch veranlagte, geschlechtsspezifische Umgang der stillenden Mutter mit ihrem Neugeborenen⁸⁸ sowie das kindliche Entdecken der eigenen und fremder Genitalien und der „Art, wie andere auf ihren Körper reagieren, [die sie lehrt], daß sie männlich und weiblich sind“.⁸⁹

84 *William H. Masters/Virginia E. Johnson*, Die sexuelle Reaktion, 1977, engl. Original 1966.

85 Ebd., S. 260 ff.: „Die Sexualität ist eine Dimension der Persönlichkeit und zugleich eine ihrer Ausdrucksformen“.

86 Es handelte sich um die Inseln Samoa, Manus und Bali, sowie die Bevölkerungsgruppen Arapesh, Mundogumor, Tchambuli und Iatmul des Inselstaats Papua-Neuguinea. Siehe *Margaret Mead*, Mann und Weib, 1955, engl. Original 1949, S. 14 f.

87 Ebd., S. 160.

88 Ebd., S. 164.

89 Ebd., S. 393.

2. Sexualitäten als soziale Konstrukte

Bereits im 19. Jahrhundert war deutlich geworden, dass sich die menschliche Sexualität allein aus der Perspektive des Triebes und der körperlichen Funktionsweise nicht umfassend erschließen lässt.⁹⁰ Sexualnormen als Produkte historischer, kultureller und gesellschaftlicher Prozesse weckten zunehmend das Interesse der wissenschaftlichen Auseinandersetzung. In den ausgehenden 1960er und den frühen 1970er Jahren intensivierte sich die Kritik an den medizinischen, biologischen und psychoanalytischen Befunden und den zugrunde gelegten biologistischen und essentialistischen Grundannahmen über das menschliche Sexualverhalten. Stattdessen verbreitete sich die Auffassung, „dass das Sexuelle durch und durch sozial geprägt ist und es mithin keine menschliche Sexualität jenseits des Sozialen gibt“⁹¹.

a) Von einer Soziologie der Sexualität zu multidisziplinären Sexualwissenschaften

Eine der früheren deutschen Arbeiten zur Sexualität aus einer soziologischen Perspektive legte *Helmut Schelsky* im Jahr 1955 vor.⁹² *Schelsky* knüpfte darin an die triebtheoretischen Grundannahmen *Sigmund Freuds* an und beschrieb „das menschliche Triebleben“ als ein biologisch angelegtes Grundbedürfnis,⁹³ das „auf kulturelle Führung und Regelung angewiesen“ sei, um eine „Kontrolle und Zucht zur biologischen Zweckmäßigkeit“ sicherzustellen.⁹⁴ Die (konstruierte) Standardisierung und Institutionalisierung der Geschlechterdifferenz trage maßgeblich zur sozialen und kultu-

90 Vgl. *Rolf Gindorf/Erwin J. Haeberle*, Sozialwissenschaftliche Sexualforschung, in: Gindorf/Haeberle (Hrsg.), 1986, S. 1.

91 So formuliert *Sven Lewandowski*, Sex does (not) matter, in: Benkel/Akalin (Hrsg.), 2010, S. 71 (84). Ähnlich *Iris Osswald-Rinner*, Oversexed and underfucked, 2011, S. 34: „Sexuelles Handeln ist somit, wie jedes andere Handeln auch, grundsätzlich sozial konstruiertes und vermitteltes Handeln“.

92 *Helmut Schelsky*, Soziologie der Sexualität, 1955.

93 Das am Trieb ausgerichtete Sexualitätsmodell wird auch „hydraulisches“ Sexualitätsmodell“ genannt. Siehe *Pat Caplan*, Kulturen konstruieren Sexualitäten, in: Schmerl/Soine/Stein-Hilbers et al. (Hrsg.), 2000, S. 44.

94 *Helmut Schelsky*, Soziologie der Sexualität, 1955, S. 12. Schon *Freud* beschrieb die Sexualität nicht als ausschließlich biologisch-trieborientiert, sondern auch in gewissem Maße kulturell lenkbar und gelenkt.

rellen Formung der Sexualität bei.⁹⁵ *Schelsky* nahm auch soziale Institutionen, die eine Regulierung der Sexualität hervorbringen, genauer in den Blick und stellte Verknüpfungen wie die von Sexualität und Ehe in Frage.⁹⁶ Wenngleich *Schelsky* sich bemühte, die sozialen Normen, Strukturen und Institutionen der Sexualität soziologisch zu untersuchen, blieb er der Idee eines biologischen Ursprungs bzw. bestimmter biologisch angelegter Verhaltensweisen des Sexuellen verhaftet.

Die heute multidisziplinär betriebenen Sexualwissenschaften⁹⁷ lösen sich von derlei essentialistischen Ausgangspunkten und beschäftigen sich mit Sexualitäten als sozialen Phänomenen.⁹⁸ Die einstige Idee der Entwicklung einer disziplinübergreifend gültigen, umfassenden „Gesamttheorie“ der Sexualität ist aufgegeben.⁹⁹ Die aktuellen Sexualwissenschaften sind geprägt durch einen multidisziplinären und kontextabhängigen Zugriff.¹⁰⁰ Die moderne Sexualsoziologie stellt die Frage nach der „praktischen Ebene

95 *Helmut Schelsky*, *Soziologie der Sexualität*, 1955, S. 16.

96 *Helmut Schelsky*, *Soziologie der Sexualität*, 1955, S. 27 ff.

97 Die in der soziologischen Forschung (wieder)entdeckte Sexualität bildet mittlerweile den Untersuchungsgegenstand eines breiten Forschungsfeldes. 1950 wurde die Deutsche Gesellschaft für Sexualforschung gegründet. 1972 wurde die Gesellschaft zur Förderung sozialwissenschaftlicher Sexualforschung gegründet, die 1982 als Deutsche Gesellschaft für sozialwissenschaftliche Sexualforschung ihre Arbeit fortsetzte. 1980 wurde außerdem die Gesellschaft für praktische Sexualmedizin gegründet. 2012 kam anlässlich des Kongresses der Deutschen Gesellschaft für Soziologie in Bochum eine Ad-Hoc-Gruppe zusammen, die zur „Soziologie der Sexualität“ diskutierte und ihre Ergebnisse in einem Sammelband festhielt: *Sven Lewandowski/Cornelia Koppetsch* (Hrsg.), *Sexuelle Vielfalt und die Unordnung der Geschlechter*, 2015. Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Sexualität hat sich zu einem „selbstständigen, mittlerweile unübersehbaren Forschungsfeld entwickelt“, so *Angela Taeger*, *Intime Machtverhältnisse*, 1999, S. 2.

98 *Fehmi Akalin/Thorsten Benkel*, *Sexualität zwischen Kommunikation und Diskurs*, in: *Benkel/Akalin* (Hrsg.), 2010, S. 13 (14).

99 *Rüdiger Lautmann*, *Die Sexualität des Menschen*, in: *FS Sigusch*, 2000, S. 293 (299). Stattdessen lässt sich eine fragmentarische Bearbeitung sexualwissenschaftlicher Fragen beobachten, so etwa grundlegend *Volkmar Sigusch*, *Sexualitäten*, 2013.

100 *Alessandra Lemma/Paul E. Lynch*, *Sexualities*, 2015; *Aglaja Stirn/Rudolf Stark/Katharina Tabbert/Sina Wehrum-Osinsky/Silvia Oddo* (Hrsg.), *Sexualität, Körper und Neurobiologie*, 2014; *Hans-Joachim Ahrendt/Cornelia Friedrich* (Hrsg.), *Sexualmedizin in der Gynäkologie*, 2015; *William Richard Rice/Sergey Gavrilets* (Hrsg.), *The genetics and biology of sexual conflict*, 2014; *Ilka Quindeau/Volkmar Sigusch* (Hrsg.), *Freud und das Sexuelle*, 2005.

des Sexuellen¹⁰¹, nach der „Interaktion“¹⁰², aber auch der „Kommunikation“¹⁰³ in bestehenden Systemen.¹⁰⁴ Zu den Sexualwissenschaften gehören längst macht-, geschlechter- und systemtheoretische¹⁰⁵ Analysen sowie die Diskursanalyse der Thematisierung von Sexualitäten und der sexuellen Selbstbestimmung als Recht(sgut). Naturalistischen Auffassungen von Sexualität wird eine Perspektive entgegengesetzt, die den kulturellen Kontext berücksichtigt,¹⁰⁶ in den Sexualitäten eingebunden sind. Gefragt wird auch danach, aus welchen gesellschaftlichen Prozessen Ausschlüsse resultieren, die sich auf Idealisierungen und Negierungen im Zusammenhang mit Sexualitäten gründen.

-
- 101 *Fehmi Akalin/Thorsten Benkel*, Sexualität zwischen Kommunikation und Diskurs, in: Benkel/Akalin (Hrsg.), 2010, S. 13 (15).
- 102 Auf die Interaktion fokussiert die grundlegende Arbeit zur Sexualsoziologie von *Rüdiger Lautmann*, *Soziologie der Sexualität*, 2002, S. 203 ff. Siehe auch *Birgitta Wrede*, Was ist Sexualität?, in: Schmerl/Soine/Stein-Hilbers et al. (Hrsg.), 2000, S. 25 (32): „Sexualität ist [...] ein komplexes Produkt sozialer Interaktionen, ein Lernprodukt, das in seiner gesamten Genese gesellschaftlich kontrolliert ist“.
- 103 In Fortführung der Arbeiten von *Niklas Luhmann* wird in der systemtheoretischen Sexualitätsforschung die Kommunikation in den Mittelpunkt der Betrachtungen gerückt, siehe *Sven Lewandowski*, *Sexualität in den Zeiten funktionaler Differenzierung*, 2004, passim.
- 104 *Löw* fasst die soziologischen Ansätze zur Analyse der Sexualität zu drei Theorieformationen zusammen: „Erstens die Formung des biologischen Triebes durch Sozialisation und Institutionen (deren Wandel erhoben wird), zweitens die Einpflanzung und Normierung von Sexualität durch Disziplinierung und Verwissenschaftlichung vor dem Hintergrund einer heterosexuellen, zweigeschlechtlichen Matrix und drittens als neuer Strang die systemtheoretische Beschreibung eines eigenen Systems ‚Sexualität‘ bzw. einer eigenen Logik von Intimkommunikation“, siehe *Martina Löw*, *Sexualität*, in: Bauer/Korte/Löw/Schroer (Hrsg.), 1. Aufl. 2008, S. 431 (440).
- 105 Z.B. *David T. Evans*, *Sexual Citizenship*, 1993, S. 28 ff.; *Sven Lewandowski*, *Sexualität in den Zeiten funktionaler Differenzierung*, 2004, S. 310 f.: „Das Sexualitätssystem beliefert das Rechtssystem insofern mit Themen, d.h. mit fremdreferentiellen Anlässen, um eigene Operationen anzuschließen.“ Umgekehrt lasse sich beobachten, dass ein Recht auf sexuelle Selbstbestimmung das Sexualitätssystem beeinflusse: „Genau diese Rechtsfigur [des Rechts auf sexuelle Selbstbestimmung] spiegelt und stabilisiert die Ausdifferenzierung und Autonomie des Sexualitätssystems“.
- 106 Grundlegend *Ann Oakley*, *Sex Gender and Society*, 1972, S. 156 f.

b) Sexuelle Skripte

John H. Gagnon und *William Simon*¹⁰⁷ stellten die Muster sexuellen Verhaltens in ihrem Modell sexueller Skripte als sozial und kulturell erlernte Schemata dar.¹⁰⁸ Sie entwickelten eine von der interpretativen Handlungstheorie inspirierte Perspektive, die die Dramaturgie sexueller Handlungen hinterfragt, indem bestimmte Verhaltensweisen als Inszenierung verstanden und analysiert werden.¹⁰⁹ Dafür modellierten sie Szenarien und Skripte als wiederkehrende Muster und Prototypen für sexuelles Handeln. Sie unterschieden intrapsychische und interpersonelle Skripte sowie kulturelle Szenarien.¹¹⁰ Als intrapsychisches Skript beschrieben sie die individuelle Ebene, die z.B. sexuelle Fantasien und Wünsche erfasst. Interpersonelle Skripte beziehen sich auf die sexuelle Interaktion, die zwischenmenschliche Ebene. Kulturelle Szenarien deuteten umfassender auf kollektive gesamtgesellschaftlich verbreitete Wissensbestände und Normierungen, die für sexuelles Handeln abgerufen werden.¹¹¹ Die mit diesen Begriffen eingeführte Dreiteilung der Subjekt-, Handlungs- und Kulturebene dient der Analyse einer komplexen sexuellen Sozialisation.

c) Scham

Die sexuelle Sozialisation vollzieht sich auf allen Ebenen u.a. durch Scham. Das soziale Phänomen der Scham ist für sexuelles Verhalten, dessen gesellschaftliche Normierung und die individuelle Einstellung zur Sexualität bedeutsam.¹¹² Moralvorstellungen zu sexuellem Verhalten stabi-

107 Insbesondere *John H. Gagnon/William Simon*, *Sexual Conduct*, 1973. Die Autoren beschreiben ihr Forschungsfeld und -umfeld als „post-Freudian“ und „post-Kinseyan“, S. ix.

108 Das Skriptmodell wird in der sozialwissenschaftlichen Sexualforschung breit rezipiert, siehe z.B. *Rüdiger Lautmann*, *Soziologie der Sexualität*, 2002, S. 179 ff.; *Marlene Stein-Hilbers/Stefanie Soine/Birgitta Wrede*, Einleitung, in: *Schmerl/Soine/Stein-Hilbers et al.* (Hrsg.), 2000, S. 9 ff.

109 *John H. Gagnon/William Simon*, *Sexual Conduct*, 1973, S. 19.

110 *John H. Gagnon/William Simon*, *Sexual Conduct*, 1973, S. 20 f.

111 *William Simon/John H. Gagnon*, Wie funktionieren sexuelle Skripte?, in: *Schmerl/Soine/Stein-Hilbers et al.* (Hrsg.), 2000, S. 70 (71 ff.).

112 Zur sozialen Bedeutung von Scham siehe bereits *Roderich Hellmann*, Über Geschlechtsfreiheit, 1878, S. 283: „das Schamgefühl, sowie überhaupt die das Geschlechtsleben gegenwärtig beherrschenden Ansichten [sind] anerzogen“. Aus

lisieren sich über Schamgefühle.¹¹³ Scham schützt so soziale Normen. Sie dient zugleich dem Selbstschutz des*der Einzelnen innerhalb eines sozialen Gefüges, indem sie „das soziale Individuum für die Meinungen und Empfindungen anderer [sensibilisiert] und [...] somit als eine Kraft für soziale Kohäsion [wirkt]“.¹¹⁴

Schamgefühle sind nach *Hilge Landweer* die Reaktion auf einen Verstoß gegen soziale Normen und belegen das Bewusstsein einer Person für den Verstoß.¹¹⁵ Sie bezeugen, dass „ich jemand bin, der nur ausnahmsweise und ungewollt gegen eine für mich geltende Norm verstoßen hat“.¹¹⁶

Laut *Jens Tiedemann* schafft Scham in der selbstreflexiven Funktion als „Bewahrer[in] der Grenzen und des Selbstwertgefühls“ eine „Art von Privatheit“,¹¹⁷ laut *Landweer* schützt sie „das eigene Selbstbild“¹¹⁸. Wird ein solches Verständnis zugrunde gelegt, führt Scham jedenfalls nicht nur zu Disziplinierung,¹¹⁹ Anpassung und (Selbst-)Regulierung,¹²⁰ sondern fungiert grenzwahrend als eine Art intersubjektiver Stabilitätsmechanismus.¹²¹

Zu beachten ist hierbei, dass das angesprochene Selbstbild ein sozial bedingtes ist. Scham ist Ausdruck einer „Diskrepanz zwischen dem Selbstbild eines Akteurs und dessen unvollkommener Realisierung, [...] der Kluft zwischen (eigenen und fremden) Erwartungen“.¹²² Sie stellt eine

der jüngeren Literatur etwa *Rita Werden*, *Schamkultur und Schuldkultur*, 2013, S. 133.

113 Grundlegender Überblick zu verschiedenen Funktionen von Scham bei *Anja Lietzmann*, *Theorie der Scham*, 2003, S. 33 ff.; siehe auch *Hilge Landweer*, *Scham und Macht*, 1999, passim; *Wolfgang Kalbe*, *Scham*, 2002, S. 29 ff.

114 *Jens Tiedemann*, *Die intersubjektive Natur der Scham*, 2007, S. 48.

115 Vgl. *Hilge Landweer*, *Scham und Macht*, 1999, S. 125; *Hilge Landweer*, *Ist Sich-gedemütigt-Fühlen ein Rechtsgefühl?*, in: dies./Koppelberg (Hrsg.), 2016, S. 103-135.

116 *Hilge Landweer*, *Scham und Macht*, 1999, S. 47. Siehe auch *Sighard Neckel*, *Status und Scham*, 1991, S. 100, demzufolge Scham die verletzte Verhaltensnorm „als gültig reetabliert“.

117 *Jens Tiedemann*, *Die intersubjektive Natur der Scham*, 2007, S. 49. Zur Funktion des Selbstschutzes auch *Matthias Schloßberger*, *Philosophie der Scham*, in: *DZ-Phil* 48 (2002), S. 807 (823).

118 *Hilge Landweer*, *Scham und Macht*, 1999, S. 46.

119 *Sighard Neckel*, *Status und Scham*, 1991, S. 183.

120 Vgl. *Jens Tiedemann*, *Die intersubjektive Natur der Scham*, 2007, S. 49.

121 Vgl. *Wolfgang Blankenburg*, *Funktionen der Scham*, in: Kühn/Raub/Titze (Hrsg.), 1997, S. 179 (187).

122 Vgl. *Sighard Neckel*, *Status und Scham*, 1991, S. 99 im Anschluss an *Georg Simmel*.

Reaktion auf „eine vermutete Typisierung [der eigenen] Persönlichkeit durch einen anderen“¹²³, auf eine „wahrgenommene Gefahr der Exklusion“¹²⁴ dar. Sowohl internalisierte Erwartungen anderer als auch konkret vorhandene „Scham-Zeugen“¹²⁵ rufen Schamgefühle hervor.

3. Diskursivierung

Die zahlreichen Zugänge der Sexualwissenschaften haben sehr unterschiedliche Definitionsangebote „der Sexualität“¹²⁶ hervorgebracht. Die Bandbreite reicht von körper- und reproduktionsbezogenen Reduzierungen (z.B. der orgasmuszentrierte Ansatz von *Kinsey* oder das verbreitete Penetrationsideal¹²⁷) bis zu komplexen Begriffsbestimmungen, die Elemente der Kommunikation, der Gefühle, der Liebe und der Lust abzubilden versuchen. Die jüngeren Sexualwissenschaften suchen nach einem weiten Begriffsverständnis, das die Interaktions- und Kommunikationsphase betont, aber sich nicht auf eine Penetration oder einen Orgasmus beschränkt.¹²⁸ Auch die dynamische Ordnungsfunktion erfährt zunehmend Beachtung, wenn Sexualität etwa verstanden wird als

„veränderliche, von religiösen Denkweisen, Geschlechterarrangements und politischen wie rechtlichen Rahmenbedingungen geprägte Größe [...], die vielerlei Ausdrucksformen, Verhaltensweisen und Vorstellungen bündelte – mithin als (künstlicher) Sammelbegriff für geschlechtliches Begehren und Handeln, der soziokulturell geprägt war und diskursiv konstruiert wurde.“¹²⁹

123 *Sighard Neckel*, Status und Scham, 1991, S. 99.

124 *Rita Werden*, Schamkultur und Schuldkultur, 2013, S. 118.

125 *Hilge Landweer*, Scham und Macht, 1999, S. 92 ff.

126 Der Begriff der „Sexualität“ bildete sich um 1870 in den Naturwissenschaften heraus, vgl. *Sybille Steinbacher*, Wie der Sex nach Deutschland kam, 2011, S. 23. Andere gehen von einer Verwendung des Begriffs seit 200 bis 300 Jahren aus, siehe *Volkmar Sigusch*, Die Soziologie und der Strukturwandel der Sexualität, in: Benkel/Akalin (Hrsg.), 2010, S. 135.

127 Sog. „koitaler Imperativ“ bzw. „Primat von Heterosexualität und Penetration im sexualwissenschaftlichen Modell von Sexualität“, siehe *Margaret Jackson*, Sexualwissenschaften und die Universalisierung männlicher Sexualität, in: Schmerl/Soine/Stein-Hilbers et al. (Hrsg.), 2000, S. 99 (100 f.).

128 *Rüdiger Lautmann*, Soziologie der Sexualität, 2002, S. 24 f.

129 *Sybille Steinbacher*, Wie der Sex nach Deutschland kam, 2011, S. 8. *Foucault* unterschied zwischen „Sex“ und „Sexualität“, wobei der erste Begriff auf ein umgangssprachliches Verständnis anspielte, während letzterer die Komponen-

a) Sexualitäten zwischen Gemein- und Geheimwissen

Die Sexualität umgibt eine Wolke des einerseits Geheimnisvollen, andererseits speziös Offensichtlichen.¹³⁰ Die Versuche, Sexualitäten bzw. das Sexuelle zu definieren, bewegen sich zwischen der Konstruktion von Gemein- und Geheimwissen.¹³¹ Gemeinwissen wird als allgemeingültig, bekannt und bewährt vorausgesetzt („Wir wissen doch alle, was gemeint ist.“), sodass eine weitere Beschäftigung im Sinne einer Definition obsolet erscheint.¹³² Geheimwissen impliziert, dass etwas nicht weiter thematisiert

te gesellschaftlicher Formung betonte. Siehe *Michel Foucault*, *Sexualität und Wahrheit – Erster Band*, 1977, S. 8. Vgl. auch *Rüdiger Lautmann*, *Soziologie der Sexualität*, 2002, S. 22. Eine ähnliche begriffliche Spaltung schlug der Psychoanalytiker *Morgenthaler* mit der Unterscheidung von dem „Sexuellen“ (als „Triebhaftigkeit“) und der „Sexualität“ (als Organisationsbegriff) vor, siehe *Fritz Morgenthaler*, *Homosexualität Heterosexualität Perversion*, 1984, S. 138 ff.

130 Vgl. *Hannelore Bublitz*, Im „Darkroom“ des Geschlechts, in: *Benkel/Akalin* (Hrsg.), 2010, S. 269 (273).

131 Die Bemühungen um eine Definition wird durch alltagstheoretische Konzepte erschwert, die bereits bei *Freud* anklingen: „Im ganzen sind wir ja nicht ohne Orientierung darüber, was die Menschen sexuell heißen. Etwas, was aus der Berücksichtigung des Gegensatzes der Geschlechter, des Lustgewinns, der Fortpflanzungsfunktion und des Charakters des geheimgehaltenen Unanständigen zusammengesetzt ist, wird im Leben für alle praktischen Bedürfnisse genügen. Aber es genügt nicht mehr in der Wissenschaft“, siehe *Sigmund Freud*, *Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse* (1917), 5. Aufl. 1969, S. 314. *Freud* rekurrierte mit diesen Beobachtungen auf die bestehende Geschlechterordnung, auf die Ersetzung bzw. Vermischung der Sexualität mit Konzepten der Reproduktion, die Lust als große Unbekannte und den Maßstab der Moral („unanständig“). Diese Komponenten tragen zur Mythenbildung und Konstruktion vermeintlichen Gemeinwissens („im Leben für alle praktischen Bedürfnisse“) bei, die es auch heute noch zu hinterfragen gilt. Vgl. zur Mythenbildung auch *Karl Lenz/Heide Funk*, *Sexualitäten*, in: *Funk/Lenz* (Hrsg.), 2005, S. 7 (32).

132 *Jos van Ussel*, *Sexualunterdrückung*, 1970, S. 10: „Der Ausdruck ‚Sexualität‘ ist so evident, dass wir nicht weiter darüber nachdenken“. *MacKinnon* bringt dies bebildert auf den Punkt: „It is as if sexuality comes from the stork.“, siehe *Catharine A. MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989, S. 130. Siehe dazu auch *Judith Butler*, *Imitation und die Aufsässigkeit der Geschlechtsidentität*, in: *Kraß* (Hrsg.), 2003, S. 144 (147): „Kann Sexualität überhaupt Sexualität bleiben, nachdem sie sich einmal den Kriterien der Transparenz und der Enthüllung unterworfen hat?“ *Butler* bezieht ihre Frage auf den linguistischen Akt des Coming-Out, aber die Frage lässt sich auch allgemeiner an die Sexualität und das Sprechen über Sexualität als solche richten.

werden muss oder soll, weil es beispielsweise „privat“ sei („Das geht uns nichts an.“).¹³³

Michel Foucault entwarf das komplexe Konstrukt des „Sexualitätsdispositiv“, mit dem er die Gesamtheit verschiedener Praxen und Handlungsweisen beschrieb, die individuelles sexuelles Verhalten normieren – durch die Gesellschaft, aber auch das Individuum selbst.¹³⁴ *Foucault* interessierte vor allem, dass und wie (mit wem, in welchem Rahmen) über Sexualitäten gesprochen wird,¹³⁵ und er stellte insoweit weitreichende blinde Flecken und Tabus der Sexualitätsdiskurse im 19. Jahrhundert fest.¹³⁶ Er beschrieb eine seit dem 17. Jahrhundert stattfindende „Kontrolle der Äußerungen“, die bestimme, mit wem innerhalb welcher gesellschaftlichen Beziehungen, wann und wo, in welcher konkreten Situation ein Gespräch über Sexualitäten möglich sei.¹³⁷ *Foucault* forderte,

„vom Sex [zu] sprechen, und zwar öffentlich und in einer Weise, die sich nicht mehr der Teilung in Erlaubtes und Verbotenes beugt [...]; man muß vom Sex sprechen wie von einer Sache, die man nicht einfach zu verurteilen oder zu tolerieren, sondern vielmehr zu verwalten und in Nützlichkeitsysteme einzufügen hat, einer Sache, die man zum größtmöglichen Nutzen aller regeln und optimal funktionieren lassen muß. Der Sex, das ist nicht nur eine Sache der Verurteilung, das ist eine Sache der Verwaltung. Er ist Sache der öffentlichen Gewalt, er erfordert Verwaltungsprozeduren, er muß analytischen Diskursen anvertraut werden.“¹³⁸

133 *Rüdiger Lautmann*, *Soziologie der Sexualität*, 2002, S. 19: „Das Sexuelle steht uns nicht so ohne weiteres zur intellektuellen Verfügung; noch mehr als andere Lebenssphären [...] ist es umgeben von Geheimnis und Vorsicht, einstmals gar von Tabus. Überall war und ist es Gegenstand von Beunruhigung; in intim-geschlechtlichen Situationen verhalten sich die Menschen nicht so unbefangen wie anderwärts“.

134 Das Dispositiv selbst vereint eine Vielzahl unterschiedlicher Praxen. Es initiiert Diskurse, die Wissen hervorbringen, welches auf die Gesellschaft wirkt, wodurch es Machtverhältnisse strukturiert und lenkt.

135 *Foucault* fragte: „Wie könnte ein vernünftiger Diskurs über das da sprechen?“, siehe *Michel Foucault*, *Sexualität und Wahrheit – Erster Band*, 1977, S. 35.

136 *Michel Foucault*, *Sexualität und Wahrheit – Erster Band*, 1977, S. 71 f.

137 *Michel Foucault*, *Sexualität und Wahrheit – Erster Band*, 1977, S. 27 f.

138 *Michel Foucault*, *Sexualität und Wahrheit – Erster Band*, 1977, S. 36.