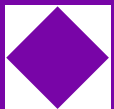


Dana-Sophia Valentiner

# 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 Juristinentages 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

*Inhaltsverzeichnis*

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

*Inhaltsverzeichnis*

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 Verdinglichungsfalle: „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

*Inhaltsverzeichnis*

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

*Inhaltsverzeichnis*

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