

Schriften zur Gleichstellung

Anna Katharina Mangold | Berit Völzmann [Hrsg.]

# Gerechtigkeit als Thema der Rechtswissenschaft

Kontinuität und Wandel in  
intergenerationeller Betrachtung

Wissenschaftliches Symposium zu Ehren von  
Prof. Dr. Dr. h.c. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard)



Nomos



## Schriften zur Gleichstellung

Herausgegeben von

Prof. Dr. Susanne Baer

Marion Eckertz-Höfer

Prof. Dr. Anna Katharina Mangold

Prof. Dr. Heide Pfarr und

Prof. Dr. Ute Sacksofsky

Band 60

Anna Katharina Mangold | Berit Völzmann [Hrsg.]

# Gerechtigkeit als Thema der Rechtswissenschaft

Kontinuität und Wandel in  
intergenerationeller Betrachtung

Wissenschaftliches Symposium zu Ehren von  
Prof. Dr. Dr. h.c. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard)



**Nomos**

Die Open Access-Veröffentlichung der elektronischen Ausgabe dieses Werkes wurde ermöglicht mit Unterstützung des OA Fonds der Uni Frankfurt.

Die Veröffentlichung der gedruckten Ausgabe verdanken wir dem Frauenreferat der Stadt Frankfurt.

# FRAUEN REFERAT

Frankfurt am Main

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

1. Auflage 2026

© Die Autor:innen

Publiziert von  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden  
[www.nomos.de](http://www.nomos.de)

Gesamtherstellung:  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-7560-3893-0

ISBN (ePDF): 978-3-7489-6917-4

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783748969174>



Onlineversion  
Nomos eLibrary



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz.





# Inhaltsverzeichnis

<i>Joachim Wieland</i> Würdigung von Ute Sacksofsky	11
<i>Rebecca Caroline Schmidt, Rainer Forst und Klaus Günther</i> Festrede zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard), 4. April 2025	13
<i>Anna Katharina Mangold und Berit Völzmann</i> Gerechtigkeit als Thema der Rechtswissenschaft. Festgabe zu Ehren von Ute Sacksofsky zum 65. Geburtstag	19
<b>1. Geschlechtergerechtigkeit: Vom Körpergeschlecht zur geschlechtlichen Selbstbestimmung?</b>	
<i>Miriam Bickelhaupt</i> Mehr (Ge)schlecht als Recht? – Entwicklungen zum Schutz der geschlechtlichen Selbstbestimmung in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH	29
<i>Gabriele Britz</i> Körpergeschlecht und Selbstbestimmung	41
<i>Ute Gerhard</i> Geschlechtergerechtigkeit: Körper und Selbstbestimmung – Dissonante Diskurse	49

## 2. Reproduktive Freiheit und reproduktive Gerechtigkeit

*Laurie Marguet*

Die Verfassungsverankerung des Abtreibungsrechts in Frankreich 71

*Sibylla Flügge*

Reproduktive Freiheit und reproduktive Gerechtigkeit 81

## 3. Interreligiöse Gerechtigkeit:

### Religionsfreiheit in der pluralistischen Demokratie

*Anna Katharina Mangold*

Das Kopftuch der Schöffin

– Lehrstück über Pluralismus in der demokratischen Gerichtsbarkeit 127

*Elisabeth Holzleithner*

Religionsfreiheit, Geschlecht und sexuelle Orientierung im  
säkularen Staat

137

## 4. Wahlrecht als Gerechtigkeitsfrage?

*Yağmur Özkan*

Zwischen Zugehörigkeit und Ausschluss: Warum das Wahlrecht  
reformbedürftig ist

149

*Dana-Sophia Valentiner*

Relationale Wahlrechtsgleichheit

163

*Astrid Wallrabenstein*

Wahlrecht als Gerechtigkeitsfrage?

175

**5. Gerechtigkeit durch Methode?  
Diskussion anhand von konkreten Beispielen**

<i>Sarah Elsuni</i>	
Gerechtigkeit durch Methode	183
<i>Nazli Aghazadeh-Wegener</i>	
Klassismus als Rechtsthema	201
<i>Berit Völzmann</i>	
Relationale Grundrechtstheorie als Methode feministischer Rechtswissenschaft? – Überlegungen am Beispiel bildbasierter sexualisierter Gewalt	215
<i>Susanne Baer</i>	
Methode und Gerechtigkeit	227
Verzeichnis der Beitragenden	239



## Würdigung von Ute Sacksofsky

*Joachim Wieland*

Liebe Ute, verehrte Festgesellschaft,  
es ist mir eine große Freude in dieser Veranstaltung, in der wir dich, liebe Ute, und dein beeindruckendes wissenschaftliches Werk würdigen, ein kurzes Grußwort zu sprechen.

Ich beginne ganz am Anfang:

1980 tauchte im Seminar für öffentliches Recht im Kollegiengebäude zwei der Albert-Ludwigs- Universität Freiburg eine junge Frau auf. Sie fiel sofort auf. Nicht nur, weil Frauen im öffentlichen Recht damals noch eine Seltenheit waren. Den größten Eindruck machten sofort deine überaus eindrucksvolle Redegewandtheit und deine Freude am Diskurs. Du gingst keiner Diskussion aus dem Wege und setztest dich schon damals oft durch.

Wir nahmen beide am legendären Hesse-Seminar am Donnerstagabend teil. Dort trafen sich nicht nur Studierende, sondern auch Doktoranden und Habilitanden mit dem Verfassungsrichter und zu Recht hoch angesehenen Staatsrechtslehrer. Abgesehen von Rita Wellbrock, der Assistentin von Hesse, waren es fast nur Männer.

Konrad Hesse war ein beeindruckender Wissenschaftler. Er hatte aber nicht nur Schwierigkeiten mit deinem Nachnamen, sondern sprach Studentinnen – wie damals noch weithin üblich – als „Fräulein“ an. Du machtest ihn freundlich, aber bestimmt darauf aufmerksam, dass du „Frau Sacksofsky“ seist. Konrad Hesse bemühte sich redlich, redete dich aber noch einmal als „Frau Sacksofsky“ an. Daraufhin bemerktest du leicht entnervt: „Sacksofsky!“ Hesse war in der Defensive und konnte nur noch erwidern: „Aber das andere war doch richtig.“ Das gestandest du ihm großzügig zu. Von da an wurden Studentinnen im Hesse-Seminar mit „Frau“ angeredet.

Spätestens da war klar: Du setzt dich für Frauenrechte ein. Und klar war auch: du hast Mut. Du hast aber auch Freude am spielerischen Wettkampf, sei es bei Brettspielen oder früher Doppelkopf, heute Bridge, sei es in argumentativen Auseinandersetzungen um die richtige Lösung von rechtswissenschaftlichen Problemen.

Wenn es einen Leitsatz gibt, der dich als Person kurz und prägnant charakterisiert, so ist es: „Da gucken wir doch mal!“ Wenn dieser Satz fällt oder auch nur unausgesprochen im Raum steht – das Zitat stammt übrigens aus deinem breaking through-Interview, in dem du dir selbst einen gewissen Trotz zuschreibst –, sollte dein Gegenüber wissen: „Jetzt wird es ernst.“

Ein Studienplatz an der prestigereichen Kennedy School der Harvard University und das dazugehörige McCloy-Stipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes sind kaum zu erlangen: „Da gucken wir doch mal!“

Ernst-Wolfgang Böckenförde, der dich sehr geschätzt, vielleicht manchmal auch etwas gefürchtet hat, wäre von sich aus kaum auf die Idee gekommen, eine Dissertation zur Gleichberechtigung von Frauen und Männern zu betreiben: „Da gucken wir doch mal!“

Eine Habilitation, in der Männerwelt der rechtswissenschaftlichen Fakultäten für eine Frau seinerzeit nur schwer vorstellbar und für eine allein-erziehende Mutter mit einem jungen Sohn praktisch ausgeschlossen: „Da gucken wir doch mal!“

Rufe auf einen Lehrstuhl in Frankfurt und Gießen direkt nach Abschluss der Habilitation nicht zu erwarten: „Da gucken wir doch mal!“

Ernennungen nicht nur zur Landesanwältin und Richterin, sondern zur Vizepräsidentin des Staatsgerichtshofs äußerst unwahrscheinlich: „Da gucken wir doch mal!“

Nach dem erfolgreichen Staatsrechtslehrerreferat alsbald die Wahl in den Vorstand der immer noch männerdominierten Staatsrechtslehrervereinigung: „Da gucken wir doch mal!“

Die Beispiele ließen sich beliebig lange fortsetzen, aber das Essen soll nicht kalt werden. Ich bin sehr froh und stolz, dass ich dich auf deinem wissenschaftlichen Weg schon so lange begleiten durfte und hoffentlich weiter begleiten werde. Wir wissen zwar beide nicht, was vor uns liegt, aber: „Da gucken wir doch mal!“

Ad multos annos, liebe Ute!

Festrede zu Ehren von Prof. Dr. Dr. h.c. Ute Sacksofsky,  
M.P.A. (Harvard), 4. April 2025

*Forschungszentrum Normative Ordnungen, Rebecca Caroline Schmidt  
gemeinsam mit Rainer Forst und Klaus Günther*

Sehr geehrte Damen und Herren,  
liebe Kolleg:innen,  
sehr geehrte Frau Professorin Sacksofsky, liebe Ute,

heute sind wir hier, um eine außergewöhnliche Wissenschaftlerin, eine „**Pionierin**“ – wie es so schön auch im Ankündigungstext zum heutigen Symposium heißt und wie wir es heute bereits eindrucksvoll gehört haben – sowie eine Wegbereiterin der **feministischen Rechtswissenschaft**, speziell im Verfassungsrecht zu ehren – Dich liebe Ute!

Es ist mir eine große Ehre und auch persönliche Freude, dieses Grußwort unseres Forschungszentrums Normative Ordnungen, zugleich auch im Namen von Rainer Forst und Klaus Günther, zu halten und damit ein kleines Stück Deiner beeindruckenden Lebensleistung nachzuzeichnen – als persönliches Vorbild, geschätzte Kollegin für uns und zu meiner großen Freude inzwischen auch als Freundin für mich.

An dieser Stelle möchten wir uns von Seiten der Normativen Ordnungen zunächst herzlich bedanken bei Deinen Schülerinnen Katharina Mangold und Berit Völmann für diese großartige Veranstaltung und die Kooperation dazu.

Aus Sicht der Normativen Ordnungen, und hier darf ich unseren Direktor **Rainer Forst** zitieren, der zwar heute leider nicht hier sein kann, aber dennoch ein paar Worte an Dich richten wollte:

*„Aus Sicht der normativen Ordnungen (ver)ehren wir Ute Sacksofsky nicht nur als leidenschaftliche und hoch effektive, überaus einflussreiche Stimme für die normative und juristische Rechtfertigung wirklicher und umfassender Durchsetzung von materialer Gleichheit im Sinne der Nicht-diskriminierung, sondern auch als Denkerin, die sich der Wechselwirkung juridischer und allgemein gesellschaftlicher Rechtfertigungsordnungen beispielhaft gewidmet hat. Und als Kollegin, die wir nicht missen möchten. Sie*

*hat zuletzt mit ihrem Projekt „Materiale Gleichheit“ unsere Forschungen enorm bereichert, und ihre Mitgliedschaft in dem Kreis „Normativität und Geschichte“ ist unverzichtbar. Sie ist eine wahrhaft interdisziplinäre Wissenschaftlerin und Dialogpartnerin.“ (Zitat)*

Deine Arbeiten zur Antidiskriminierung und zur Gleichstellung, die heute als Grundlage für viele rechtliche und politische Debatten dienen, trugen dazu bei, dass der feministische Blick auf das Recht und die Gesellschaft nicht nur als Randthema, sondern als zentrale Herausforderung der Rechtswissenschaft anerkannt werden. Diese, Deine Arbeiten, haben alle, die hier heute anwesend sind, und viele, die nicht dabei sein können, intensiv geprägt. Sie haben uns gelehrt, dass Gerechtigkeit im Recht nicht nur ein abstrakter Begriff ist, sondern eine lebendige, dynamische Herausforderung, die in konkreten sozialen und politischen Kontexten verhandelt werden muss.

Für Dich, liebe Ute, war Gerechtigkeit nie ein fester Zustand, sondern vielmehr ein fortlaufender Prozess. Du hast den Begriff der Gerechtigkeit in der Rechtswissenschaft immer wieder hinterfragt und ihn von den Erfahrungen derer hergedacht, die vom Recht benachteiligt und ausgegrenzt werden. Dabei hast Du besonders den Blick auf Frauen, auf marginalisierte Gruppen und auf die strukturellen Ungleichgewichte gerichtet, die das Recht in manchen Bereichen stillschweigend aufrechterhält. Mit Deinem unermüdlichen Einsatz hast Du den Dialog zwischen Recht und Gerechtigkeit auf eine neue Ebene gehoben und so auch eine politische Dimension des Rechts immer wieder deutlich gemacht. Eben eine Pionierin des Kampfes um Gleichbehandlung der Geschlechter im Recht und speziell im Verfassungsrecht.

Gerade am Anfang Deiner Karriere bist Du oft auf erheblichen offenen, aber auch sehr viel verdeckten Widerstand gestoßen. Und „**obwohl Du aus Freiburg kommst**“, hier zitiere ich den ironischen **Klaus Günther**,

*„gehörst Du inzwischen zu denjenigen, die das von Männern(!) wie Wiet-hölter, Simitis, Denninger begründete Frankfurter Projekt einer kritischen, interdisziplinär sich aufklärenden Rechtswissenschaft mit einer besonderen eigenen Prägung versehen und fortgesetzt hat.“ (Zitat)*

Als Mitglied unseres Zentrums bist Du – und hier spreche ich wieder zugleich für unsere Direktoren – eine große Bereicherung, nicht nur, weil Du in Deiner Arbeit stets den Zusammenhang zwischen normativen Ordnungen und der sozialen Wirklichkeit betonst. Du hast Dich auch – ganz im

Sinne eines „**Frankfurter Ansatzes**“ – nicht damit zufriedengegeben, das Recht nur als neutrales System zu betrachten, sondern hast es als ein Werkzeug der Macht und der sozialen Ordnung verstanden – ein Werkzeug, das verändert werden und sich ggf. anpassen muss, um wirklich gerecht zu sein.

Eine Summe dieses Denkens zieht auch Dein Beitrag zu dem Band „Normative Ordnungen“, herausgegeben von Rainer Forst und Klaus Günther im Jahre 2021. Der Titel des Beitrags „*Wenn Rechtfertigungen brüchig werden. Verfassungsgerichte in der Diskriminierungsbekämpfung am Beispiel der Geschlechterordnung vor dem Bundesverfassungsgericht*“ ist dabei Programm. Du hast darin auf außerordentliche Weise erklärt, wie traditionelle Rechtfertigungsnarrative für diskriminierende gesellschaftliche Strukturen brüchig werden, was Raum für normative Erneuerung schafft. Dabei hast Du stets betont, dass solche Veränderungen auch in einem komplexen gesellschaftlichen Kontext stattfinden, der nicht immer von politischer Trägheit oder Kalkül befreit ist.

Du zeigst hier, wieder zitiere ich **Rainer Forst**, der Deinen Ansatz in die Nähe der Ideologiekritik rückt,

*„auf meisterhafte, für Ute Sacksofsky typische, glasklare Weise, die kein Wort zu viel, aber auch keines zu wenig verliert, wie das Recht, hier genauer: das durch die Verfassungsgrundsätze gebundene Bundesverfassungsgericht, wahrnimmt und zugleich befördert, dass traditionelle Rechtfertigungsnarrative für sozusagen klassische, diskriminierende normative Ordnungen brüchig werden, sodass der Raum für normative Erneuerung entsteht, auch im sozial-politischen Gefecht.“ (Zitat)*

Doch es war nicht nur Deine wissenschaftliche Arbeit, in die wir hier einen Einblick erhalten haben, die Dich zu einer „Pionierin“ machte. Es war auch Dein mutiger, unermüdlicher Einsatz, die feministischen Perspektiven in die **institutionellen Strukturen des Rechts** einzubringen, und Dein Drang, den Dialog über Gleichstellung und Gerechtigkeit immer wieder neu zu eröffnen. Sei es als Verfassungsrichterin am Staatsgerichtshof der Freien Hansestadt Bremen, als Vizepräsidentin des Staatsgerichtshofs des Landes Hessen oder in zahlreichen Anhörungen von Bundestag und Landtagen sowie der Gemeinsamen Verfassungskommission, in die Du Deine Expertise als Sachverständige einbrachtest. Dazu haben andere heute berufener berichtet.

Heute, bei diesem Festakt, möchten wir nicht nur Dein bisheriges Lebenswerk würdigen, sondern uns auch der Tatsache besinnen, dass Du

nicht nur als Wissenschaftlerin, sondern auch als Mentorin, als Wegbegleiterin so viel bewegt hast. Obwohl ich aus persönlicher Erfahrung sagen muss, und ich weiß ja nicht, ob sich damit hier auch jemand anderes ebenso identifizieren kann, dass ich als Studentin um die Jahrtausendwende Professorin Sacksofsky mit großem Respekt aus der Ferne betrachtet und inständig gehofft habe, dass sie nicht meine Kenntnisse des öffentlichen Rechts im Staatsexamen prüfen würde....

Um es noch einmal zu betonen: Ute Sacksofsky hat nicht nur die Theorie vorangetrieben, sondern sie hat auch dazu beigetragen, dass die feministischen Perspektiven auf das Recht in der Praxis sichtbar wurden. Ihre Forschung war nicht nur akademisch, sondern auch **politisch und gesellschaftlich von großer Relevanz**.

Bei den Worten „Praxis“ und „gesellschaftlicher Relevanz“ denke ich auch gerne an unsere zahlreichen gemeinsamen öffentlichen Veranstaltungen zurück. Exemplarisch sei hier unser „**Frankfurter Stadtgespräch**“ 2019 genannt, bei dem wir gemeinsam mit der islamischen Frauenrechtlerin Seyran Ateş im Historischen Museum darüber diskutiert haben, ob das Kopftuch individueller Ausdruck der grundrechtlichen Glaubensfreiheit oder politisches Symbol eines emanzipationsfeindlichen Islam ist. Bei dieser Veranstaltung durfte ich moderieren, und dieses zweite Begegnungsfeld nach der Studentin nun als Geschäftsführerin und Principal Investigator (wie es so schön heißt im Drittmitteljargon) der Normativen Ordnungen habe ich auch zur Grundlage meines Beitrages im bebilderten Geschenkband für Dich gemacht.

Im Zuge des 70jährigen Jubiläums des deutschen Grundgesetzes warst Du außerdem Gast bei unserer partizipativen Redenreihe „**DenkArt**“ im Schauspiel Frankfurt und hast dort eindrucksvoll zu dem Thema „Gleichberechtigung – Was kann das Recht zur Geschlechtergerechtigkeit beitragen?“ vorgetragen.

Das **Symposium heute** und morgen bietet uns nun eine weitere Möglichkeit, auf Dein Werk und Deinen Einfluss zu blicken, aber auch, um zu überlegen, wie wir Deine Ideen und Interventionen weiterdenken und weiterführen können.

Wir danken Dir, liebe Ute, für Deine enorme geistige Energie und Leidenschaft, mit der Du stets die Frage nach der Gerechtigkeit gestellt hast. Deine Arbeit ist ein lebendiges Beispiel dafür, dass wissenschaftliche Exzellenz und gesellschaftliche Verantwortung untrennbar miteinander verbunden sind.

Es zeichnet Dich, und hier spreche ich nun wieder in Gestalt von **Rainer Forst und mit ihm zusammen:**

*„als mutige Denkerin der konsequenten Nichtdiskriminierung gegen den Wahn unserer Gesellschaften aus, dass Du Dich der komplexen Debatte um das Verhältnis von Geschlechtergerechtigkeit und Religionsfreiheit gestellt hast. Du hast in einem mutigen Schritt, den wir zuletzt auf der Veranstaltung „Muslimfeindlichkeit – Eine deutsche Bilanz“ mit Rupert von Plottnitz sehen konnten, das Denken erläutert, das konsequent folgt, wenn man staatliche Neutralität als Nichtdiskriminierung versteht und dafür plädiert, nicht nur Lehrerinnen mit muslimischem Kopftuch, sondern auch Juristinnen im Staatsdienst zuzulassen. Hier zeigt sich, wie sehr Du Dich dadurch auszeichnest, die intersektionalen Diskriminierungen, die unsere Gesellschaft kennzeichnen, zu durchdenken, um sie zu überwinden. Du bleibst nicht bei falschen Gegensätzen stehen, sondern deklinierst Nichtdiskriminierung und Gleichberechtigung unbeirrt und prinzipientreu. Dafür gilt Dir unser aller Dank!!*

Nochmals ganz herzlichen Glückwunsch und wir freuen uns auf viele weitere Jahre der wunderbaren Zusammenarbeit mit Dir, liebe Ute!

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.



# Gerechtigkeit als Thema der Rechtswissenschaft.

## Festgabe zu Ehren von Ute Sacksofsky zum 65. Geburtstag

*Anna Katharina Mangold und Berit Völzmann*

Im rechtswissenschaftlichen Studium wird Studierenden bereits in den ersten Semestern erklärt, Gerechtigkeit und Recht hätten, wenn überhaupt, nur ausnahmsweise etwas miteinander zu tun. In der Rechtsphilosophie gilt als *state of the art*, dass fundamentale Gerechtigkeitserwägungen nur in Ausnahmefällen wie in der nationalsozialistischen Diktatur<sup>1</sup> oder bei der strafrechtlichen Bewertung von Schüssen auf Flüchtende an der innerdeutschen Grenze<sup>2</sup> eine Rolle spielen könnten.<sup>3</sup> Grundsätzlich aber sollen alle rechtlichen Normen, die formal korrekt zustande gekommen sind, auch als Recht gelten.<sup>4</sup> Diese rechtsphilosophische Trennungsthese, so richtig sie in einer analytischen Perspektive sein mag, beantwortet freilich nicht die intuitive und vorrechtliche Frage nach dem Zusammenhang von gesetztem Recht und Gerechtigkeit, wie sie sich insbesondere in Fällen dis-

- 
- 1 *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105 (107): „Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als ‚unrichtiges Recht‘ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, eine schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges‘ Recht, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinne nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen.“ Mit Bezug darauf: BGHZ 3, 94 (107); BVerfGE 23, 98.
  - 2 BGHSt 39, 1 und 41, 101. Bestätigend BVerfGE 95, 96.
  - 3 Nur „extrem ungerechten“ Normen soll die Rechtswirkung versagt sein, vgl. *Robert Alexy*, Begriff und Geltung des Rechts, 1992, S. 201.
  - 4 *Hans Kelsen*, Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik, 2. Aufl., Wien 1960, S. 201; *Herbert Lionel Adolphus Hart*, Positivism and the Separation of Law and Morals, Harvard Law Review 71 (1958), S. 593 ff.

kriminierender Exklusionen von kategorial bestimmten Personengruppen aufdrängt, etwa bei der Benachteiligung von Frauen.

Die Frage nach Gerechtigkeit in solchen Fällen ins Zentrum zu rücken, das ist der Kern des wissenschaftlichen Werks von *Ute Sacksofsky*. Bereits in ihrer Dissertation, die 1991 in erster Auflage als erster Band in der Lila Reihe bei Nomos erschien und 1996 eine bei Dissertationen sehr seltene zweite Auflage erlebte,<sup>5</sup> ging es *Sacksofsky* um die Frage, welche Vorgaben die Verfassung für die Gleichstellung von Frauen mit Männern mache. *Sacksofsky* holte Art. 3 Abs. 2 GG aus seinem verfassungsrechtlichen Schlummer und entfaltete das emanzipatorische Potential, das der Parlamentarische Rat und vor allem *Elisabeth Selbert* diesem Gleichheitsgebot zugemessen hatte.

Es ist kein historischer Zufall, dass das Bundesverfassungsgericht Anfang 1992 und kurz nach Erscheinen der Dissertation von *Ute Sacksofsky* erstmals in der berühmten Nacharbeitsentscheidung eine Pflicht des Staates festhielt, der zufolge Art. 3 Abs. 2 GG „ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt“.<sup>6</sup>

*Ute Sacksofsky* hat seit Beginn ihrer wissenschaftlichen Arbeit die Bedeutung rechtlicher Argumentationen für den Wandel diskriminierender gesellschaftlicher Verhältnisse im Blick. Der Abbau von Diskriminierung ist für sie eine Frage der Gerechtigkeit.<sup>7</sup> Um diesen Zusammenhang geht es in diesem Band zu ihren Ehren aus Anlass ihres 65. Geburtstages. Der Band versammelt einen Großteil der Vorträge eines Ehrensymposiums im April 2025, mit dem zahlreiche Wegbegleiter\*innen, Kolleg\*innen und Schüler\*innen das Werk der Jubilarin – und diese selbst – feierten. Das Thema Gerechtigkeit als Frage der Rechtswissenschaft wurde dort in fünf Themenbereichen entfaltet. Es diskutierten, ausgehend von *Ute Sacksofskys* maßstabsetzenden Beiträgen, jeweils drei Personen aus unterschiedlichen akademischen Generationen. Die Vortragenden waren jeweils eingeladen, ausgehend von *Ute Sacksofskys* Arbeiten der letzten 30 Jahre ihr Werk zu re-

---

5 *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes, Schriften zur Gleichstellung der Frau Bd. 1, 1991; 2. erw. Aufl. 1996.

6 BVerfGE 85, 191 (207). – Den in dieser Entscheidung unterlassenen Verweis auf *Sacksofskys* Dissertation holte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2017 nach, in seiner Entscheidung zur Dritten Option, vgl. BVerfGE 147, 1 (24).

7 Schon im Titel deutlich: *Ute Sacksofsky*, Frauenförderung und Gerechtigkeit, in: Andrea Löther (Hrsg.), Erfolg und Wirksamkeit von Gleichstellungsmaßnahmen an Hochschulen, 2004, S. 38–52; auch: *dies.*, § 14 Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, in: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 597–643.

flektieren und ihre Gedanken weiterzuspinnen, sich konstruktiv mit ihnen auseinanderzusetzen oder sie in Frage zu stellen – denn nichts schätzt die Jubilarin mehr als die geistige Auseinandersetzung mit blitzenden Ideen. Auch der Band gliedert sich in die fünf, bereits das Symposium prägenden thematischen Bereiche.

### 1. Geschlechtergerechtigkeit: Vom Körpergeschlecht zur geschlechtlichen Selbstbestimmung?

Ute Sacksofsky ist eine der maßstabsetzenden feministischen Juristinnen der Bundesrepublik.<sup>8</sup> Immer wieder hat sie sich mit dem rechtlichen

---

8 Vgl. schon die bisherige Nachweise. Siehe auch: Ute Sacksofsky, Kommentierung des Art. 3 Abs. 2 und 3 Satz 1 GG, in: Dieter C. Umbach/Thomas Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar Bd. I, 2002; *dies./Blanca Rodríguez-Ruiz*, Gender in the German Constitution, in: Beverly Baines/Ruth Rubio-Marín (Hrsg.), *The Gender of Constitutional Jurisprudence*, Cambridge University Press 2005, S. 149–173; *dies.*, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau – besser aufgehoben beim Europäischen Gerichtshof oder beim Bundesverfassungsgericht?, in: Charlotte Gaitanides/Stefan Kadelbach/Gil Carlos Rodríguez Iglesias (Hrsg.), *Europa und seine Verfassung*, FS Manfred Zuleeg, 2005, S. 323–340; *dies.*, Diskriminierung und Gleichheit – aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Susanne Opfermann (Hrsg.), *Unrechtserfahrungen. Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur*, 2007, S. 31–51; *dies.*, Gleichheit in der neuen Vielfalt: Neuer Streit um Gleichberechtigung, in: Kritische Justiz (Hrsg.), *Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität. Dokumentation: Kongress „60 Jahre Grundgesetz: Fundamente der Freiheit stärken“ der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen am 13./14. März 2009 in Berlin*, KJ – Beiheft 1, 2009, S. 147–158; *dies.*, Symmetrie, Gleichheit und Gender Studies, *Merkur* 795 (2015), S. 39 ff.; *dies./Carolin Stix*, Was lange währt und immer noch nicht gut ist – Zur Repräsentanz von Frauen in der Wissenschaft vom Recht, in: KJ 2018, S. 464 ff.; *dies./Berit Völzmann*, Der Besten ein Lehrstuhl. Frauenförderprogramme an deutschen Universitäten, *Wissenschaftsrecht* 51 (2018), S. 45 ff.; *dies.*, Rechtswissenschaft: Geschlechterforschung im Recht – Ambivalenzen zwischen Herrschafts- und Emanzipationsinstrument, in: Beate Kortendiek/Birgit Riegraf/Katja Sabisch (Hrsg.), *Handbuch Interdisziplinäre Geschlechterforschung*, Bd. 1, 2019, S. 631–641; *dies.*, Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht, in: JöR, n.F. 67 (2019), S. 377 ff.; *dies.*, Das Grundgesetz und die Gleichberechtigung, in: Evangelische Akademie Tutzing, *70 Jahre Grundgesetz – „Was ist unsere Verfassung wert?“*, epd-Dokumentation 7 (2020), S. 23 ff.; *dies.*, Geschlechterverhältnisse im Recht, in: Bundeszentrale für politische Bildung (Hrsg.), *Geschlechterdemokratie, Informationen zur politischen Bildung Nr. 342 (1/2020)*, S. 54–63; *dies.*, Wenn Rechtfertigungen brüchig werden. Verfassungsgerichte in der Diskriminierungsbekämpfung am Beispiel der Geschlechterordnung vor dem Bundesverfassungsgericht, in: Rainer Forst/Klaus Günther (Hrsg.), *Normative Ordnungen*, 2021, S. 604–631; *dies.*, § 19 Gleichheitsrechte, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus-

Geschlechterbegriff befasst.<sup>9</sup> Wie schon die Linie von der Nachtarbeitsentscheidung zur Entscheidung über die Dritte Option im Personenstandsrecht zeigt, entwickelt sich das rechtliche Geschlechterverständnis weiter. Was bedeutet Geschlechtergerechtigkeit heute?

*Miriam Bickelhaupt* widmet sich der Weiterentwicklung von Geschlechterkonzeptionen im europäischen Unionsrecht und den (rechtlichen) Kämpfen um progressive Deutungen von Geschlecht. *Gabriele Britz* befasst sich mit den Frauenbildern in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und zeigt Probleme auf, die sich jüngst insbesondere im verfassungsrechtlichen Umgang mit sexistischer Rede in sozialen Medien ergeben. *Ute Gerhard* bietet eine Tour d’Horizon durch die letzten Jahrzehnte feministischer Theorieproduktion zur Frage, welche Bedeutung Körper, Körperlichkeit und Materialität für das Verständnis von Geschlecht haben.

## 2. Reproduktive Freiheit und reproduktive Gerechtigkeit

Niemand hat das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts so beißend und treffend dekonstruiert wie *Ute Sacksofsky* am Beispiel der Rechtsprechung zum Schwangerschaftsabbruch.<sup>10</sup> Doch auch im weiteren wissenschaftlichen Werk von *Sacksofsky* ging es immer wieder um reproduktive

---

Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, S.1229–1286; *dies.*, Gleichheitsdiskussionen in der Staatsrechtslehrervereinigung – Paukenschlag, Stille, Marsch, Sinfonie, in: Pascale Cancik/Andreas Kley/Helmuth Schulze-Fielitz/Christian Waldhoff/Ewald Wiederin (Hrsg.), Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022, 2022, S. 479–495.

- 9 *Ute Sacksofsky*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle in Deutschland und Europa, in: Christine Hohmann-Dennhardt/Peter Masuch/Mark E. Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität. Durchsetzung und Verfahren. FS Renate Jaeger, 2011, S. 675–702; *dies.*, Diskriminierungsverbot wegen sexueller Orientierung im Grundgesetz?!, STREIT 2011, S. 32 ff.
- 10 *Ute Sacksofsky*, Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Beate Rudolf (Hrsg.), Querelles. Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung, 2009, S. 191–215; *dies.*, Das Patriarchat lässt grüßen – die Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, ZöR 77 (2022), S. 747 ff. Rechtsvergleichend: *dies.*, Verfassungsgerichtlicher Backlash: die Dobbs-Entscheidung des U.S. Supreme Court, KJ 2023, S. 80 ff.; *dies.*, Die Dobbs-Entscheidung des U.S. Supreme Court und ihre institutionellen Folgen, in: Philipp B. Donath/Alexander Heger/Moritz Malkmus/Orhan Bayrak (Hrsg.), Der Schutz des Individuums durch das Recht. FS Rainer Hofmann Bd. 2, 2023, S. 1053–1066.

Gerechtigkeit, häufig am Beispiel der Besteuerung.<sup>11</sup> Als Mitglied der Kommission der Bundesregierung zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin hat *Sacksofsky* ihre Expertise unlängst in die aktuelle rechtspolitische Debatte eingebracht.

*Laurie Marguet* bietet einen vergleichenden Blick auf die französischen Verfassungsdiskussionen an, wo in Reaktion auf die Entscheidung des US Supreme Court in *Dobbs*<sup>12</sup> das Recht auf Schwangerschaftsabbruch in die Verfassung aufgenommen wurde, jedoch damit keineswegs das Ende der Debatte erreicht ist. *Sibylla Flügge* durchschreitet in ihrem Überblick über Jahrzehnte feministischer Diskussionen um reproduktive Gerechtigkeit die ganze Spannweite verschiedenster Fortpflanzungstechniken und setzt die verschiedenen Diskussionsstränge ins Verhältnis zueinander, was manche überraschende Einsicht schenkt.

- 
- 11 *Ute Sacksofsky*, Steuerung der Familie durch Steuern, NJW 2000, S. 1896 ff.; *dies.*, Reformbedarf bei der Familienbesteuerung, Familie Partnerschaft Recht 2003, S. 395 ff.; *dies.*, Anforderungen an ein Fortpflanzungsmedizingesetz – Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen, in: Fuat Oduncu/Katrin Platzer/Wolfram Henn (Hrsg.), Der Zugriff auf den Embryo. Ethische, rechtliche und kulturvergleichende Aspekte der Reproduktionsmedizin, 2005, S. 52–71; *dies.*, Grundgesetzkonforme Alternativen der Ausgestaltung der Familienförderung, in: Barbara Seel (Hrsg.), Ehegattensplitting und Familienpolitik, 2007, S. 333–356; *dies.*, Familienbesteuerung in der steuerpolitischen Diskussion, Finanz-Rundschau 2010, S. 119 ff.; *dies.*, Verfassungsmäßigkeit des geplanten Betreuungsgeldes, STREIT 2010, S. 167 ff.; *dies.*, Der Schutz der Würde des Menschen – ein absolutes Versprechen in Zeiten relativer Gewissheiten, in: Johannes Masing/Joachim Wieland (Hrsg.), Menschenwürde – Demokratie – Christliche Gerechtigkeit. FS Ernst-Wolfgang Böckenförde, 2011, S. 23–38; *dies.*, Ihr Kinderlein kommet – Bevölkerungspolitik als Staatsaufgabe. Rechtskolumne, Merkur 769 (2013), S. 528 ff.; *dies.*, Das Märchen vom Untergang der Familie. Rechtskolumne, Merkur 777 (2014), S. 143 ff.; *dies.*, „Produktive Sexualität“: Bevölkerungspolitik durch Recht, in: Ulrike Lembke (Hrsg.), Regulierung des Intimen, 2017, S. 97–116; *dies.*, Schöne neue Welt? Anmerkungen zur Präimplantationsdiagnostik, djbZ 1 (2017), S. 8; *dies.*, Über ein Recht auf Fortpflanzung, Merkur 859 (2020), S. 32 ff.; *dies./Barbara Friebertshäuser*, Mutterschaft und Familie, in: Anja Schierbaum/Jutta Ecarius (Hrsg.), Handbuch Familie, Bd. 2, 2. Aufl. 2022, S. 101–118.
- 12 US Supreme Court, 597 U.S. 215 – *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* [2022].

### 3. Interreligiöse Gerechtigkeit: Religionsfreiheit in der pluralistischen Demokratie

Womöglich die Urform pluralistischer Gesellschaftsverständnisse findet sich in der Anerkennung zweier Konfessionen in ein und demselben Staat. Es überrascht deshalb nicht, dass *Ute Sacksofsky* sich auch der Gleichberechtigung der Religionen in pluralistischen Gesellschaften intensiv gewidmet hat.<sup>13</sup> Was bedeutet es, Religionsfreiheit als Gleichheitsgebot zu denken und konsequent Äquidistanz des Staates zu allen Glaubensrichtungen zu verlangen?

*Anna Katharina Mangold* skizziert das Verhältnis von Freiheits- und Gleichheitsdimensionen der verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzungen um das aus religiösen Gründen getragene Kopftuch und exemplifiziert die dogmatischen Erwägungen am Beispiel aktueller Kopftuchverbote für ehrenamtliche Richterinnen. *Elisabeth Holzleithner* setzt sich mit verschiedenen Aspekten von Religionsfreiheit (für Frauen) im säkularen Staat auseinander und verdeutlicht die dogmatische Diskussion an einer Analyse des Films *Bend it like Beckham*.

- 
- 13 *Ute Sacksofsky*, Religion und öffentliche Schulen: Die Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika, RdJB 1988, S. 228 ff.; *dies.*, Die Kopftuch-Entscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, S. 3297 ff.; *dies.*, Lehrerin mit Kopftuch. Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Frigga Haugg/Katrin Reimer (Hrsg.), Politik ums Kopftuch, 2005, S. 48–54; *dies.*, Religion und Emanzipation – (k)ein Widerspruch?, in: Stefan Kadelbach/Parinas Parhisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 2007, S. 111–121; *dies.*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), S. 7–46; *dies.*, Religion and Equality – the Headscarf Debate from a „constitutional perspective“, in: Dagmar Schiek/Victoria Chege (Hrsg.), European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, 2008, S. 353–370; *dies.*, Kopftuchverbote in den Ländern – am Beispiel des Landes Hessen, in: Sabine Berghahn/Petra Rostock (Hrsg.), Der Stoff aus dem die Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2009, S. 275–293; *dies.*, Scharia, Beschneidung, Islam in der Schule: Antworten des deutschen Rechts auf Fragen, die das Zusammenleben mit Muslimen aufwirft, in: Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2013, S. 72–84; *dies.*, Glaubensfreiheit – ein Grundrecht nur für den religiösen Mainstream?, Merkur 789 (2015), S. 57 ff.; *dies.*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, DVBl 2015, S. 801 ff.; *dies.*, „Freiwillige Unterwerfung“? Anmerkungen zu Recht, Religion und Gender, juridikum 4 (2016), S. 461 ff.; *dies.*, Lehrerin mit Kopftuch, Anmerkung zum BVerfG-Urteil v. 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02, NJW 2017, S. 3072 ff.; *dies.*, Gegen ein Kopftuchverbot für Richterinnen, djbZ 1 (2018), S. 8 ff.; *dies.*, Ernst-Wolfgang Böckenförde’s Oeuvre on Religious Freedom: Applied to Recent Decisions of the European Court of Human Rights, German Law Journal, 19 (2018), Special Issue “Ernst-Wolfgang Böckenförde Beyond Germany”, S. 301 ff.

#### 4. Wahlrecht als Gerechtigkeitsfrage?

Die Konstituierung der Repräsentationsorgane in der Demokratie durch den Wahlakt beruht auf einem Gleichheitssatz – alle Bürger\*innen haben das gleiche Recht zu wählen. In diesem Versprechen demokratischer Gleichheit liegt ein radikales Potential, die gesellschaftlichen Verhältnisse hin zu mehr Gleichberechtigung umzugestalten. *Ute Sacksofsky* hat daran gearbeitet, das Gleichheitsversprechen „in die gesellschaftliche Wirklichkeit zu erstrecken“: als Prozessvertreterin vor dem Bundesverfassungsgericht,<sup>14</sup> in einem lesenswerten Sondervotum als Richterin des Staatsgerichtshofes Bremen<sup>15</sup> und als Wissenschaftlerin.<sup>16</sup> Wie manifestiert sich das Gerechtigkeitsversprechen demokratischer Gleichheit im Wahlrecht?

*Yağmur Özkan* widmet sich im Anschluss an das Sondervotum der Richterin *Sacksofsky* der Frage, ob der Nexus von Staatsangehörigkeit und Wahlrecht aufgegeben werden sollte, um eine bessere demokratische Repräsentation derjenigen zu gewährleisten, die von Regierungs- und Gesetzgebungstätigkeit betroffen sind. *Dana-Sophia Valentiner* stellt die Gerechtigkeitsfrage mit Blick auf die Partizipation von Frauen in Parlamenten und fordert „relationale Wahlrechtsgleichheit“. *Astrid Wallrabenstein* untersucht den Zusammenhang von Wahlrecht und Gleichheit, konkreter noch Chancengleichheit, und schließlich die Forderung nach Parität von Frauen und Männern im Wahlrecht.

---

14 BVerfGE 131, 316.

15 Sondervotum der Richterin *Sacksofsky* zum Urt. des BremStGHE 8, 234 (261 ff.).

16 *Ute Sacksofsky*, *Winning Women's Vote in Germany*, in: Blanca Rodríguez-Ruiz/Ruth Rubio-Marín (Hrsg.), *The Struggle for Female Suffrage in Europe. Voting to Become Citizens*, 2012, S.127–141; *dies.*, *Wer darf eigentlich wählen? Wahlberechtigung in den USA und Deutschland*, in: Michael Bäuerle/Philipp Dann/Astrid Wallrabenstein (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven. FS Brun-Otto Bryde*, 2013, S. 313–328; *dies.*, *Wahlrecht und Wahlsystem*, in: Martin Morlok/Utz Schliesky/Dieter Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht. Praxishandbuch*, 2016, S.279–327; *dies.*, *Reform des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag*, in: Tobias Mörschel (Hrsg.), *Wahlen und Demokratie*, 2016, S.101–118.

## 5. Gerechtigkeit durch Methode? Diskussion anhand von konkreten Beispielen

Wie wenige andere arbeitet *Ute Sacksofsky* feministisch-rechtswissenschaftlich.<sup>17</sup> *Ute Sacksofsky* hat etwa die Grundrechtsdogmatik weiterentwickelt und um ein relationales Verständnis von Grundrechten bereichert.<sup>18</sup> Was bedeutet das methodisch? Lässt sich (Geschlechter-)Gerechtigkeit durch Methode verwirklichen?

*Sarah Elsuni* zeichnet in einer historischen Rückschau den komplexen Zusammenhang zwischen Fragen der Gerechtigkeit und juristischen Methodenüberlegungen nach. *Nazli Aghazadeh-Wegener* reflektiert in ihrem Beitrag, wie Klassismus als Rechtsthema methodisch bearbeitet werden kann, welche Herausforderungen sich zeigen und wie diese gelöst werden können, wie also Ausschlüsse und Ungerechtigkeits Erfahrungen aufgrund des sozio-ökonomischen Status verfassungsdogmatisch be- und verarbeitet werden können. *Berit Völmann* entwickelt eine relationale Grundrechtstheorie, die erlaubt, bildbasierte sexualisierte Gewalt rechtlich angemessen zu adressieren. *Susanne Baer* setzt sich intensiv mit *Ute Sacksofskys* methodischem Werk auseinander und charakterisiert dieses als „gnadenlos genau, fein und funny“.

Wir wünschen viel Spaß beim Lesen!

---

17 Maßstabsetzend die Frankfurter Antrittsvorlesung: *Ute Sacksofsky*, Was ist feministische Rechtswissenschaft?, ZRP 2001, S. 412 ff. Zudem *dies.*, Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, in: Hadumod Bußmann/Renate Hof (Hrsg.), Genus. Geschlechterforschung/Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften. Ein Handbuch, 2005, S. 402–443.

18 *Ute Sacksofsky*, Autonomie und Fürsorge, KJ 2021, S. 47 ff.; *dies.*, Relationale Freiheit — Philosophische Wurzeln und grundrechtstheoretische Implikationen, in: Klaus Günther/Uwe Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, 2022, S. 180–198.

1.  
Geschlechtergerechtigkeit:  
Vom Körpergeschlecht zur geschlechtlichen Selbstbestimmung?



# Mehr (Ge)schlecht als Recht?

## – Entwicklungen zum Schutz der geschlechtlichen Selbstbestimmung in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH

Miriam Bickelhaupt

### A. Einführung

Der Forschungsschwerpunkt von *Ute Sacksofsky* liegt zwar nicht im Recht der Europäischen Union, sondern insbesondere im deutschen Verfassungsrecht, in welchem sie die Frauen- und Geschlechterforschung über Jahrzehnte geprägt hat.<sup>1</sup> Dennoch hat die Jubilarin immer wieder den Blick nach Europa gerichtet und sich mit Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu Geschlechterfragen beschäftigt.<sup>2</sup> Ihr Verdienst in der feministischen Rechtswissenschaft liegt jedoch nicht nur in der Vielzahl eigener wissenschaftlicher Arbeiten, sondern auch in ihrer Rolle als Lehrerin, Impulsgeberin und Wegbegleiterin für junge Jurist\*innen. Dafür sprechen neben ihren stets gut besuchten – die räumlichen Kapazitäten der Universität aus- und teilweise überreizenden – Veranstaltungen in der universitären Lehre auch und insbesondere ihre Arbeit als akademische Lehrerin und Betreuerin für diverse wissenschaftliche Arbeiten. In dieser Tradition stehend und von diesen Impulsen geprägt ist auch der vorliegende Beitrag, der sich

---

1 S. beispielhaft nur ihre maßgebende Dissertation oder ihren Beitrag zu Gleichheitsrechten im Handbuch des Verfassungsrechts: *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 1. Aufl. 1991 und 2., erw. Aufl. 1996; *dies.*, § 19 Gleichheitsrechte, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, S. 1229–1286.

2 *Ute Sacksofsky*, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu Frauenfördermaßnahmen – ein Puzzle aus vier Teilen, RdJB 2002, S. 193 ff.; *dies.*, Die Gleichberechtigung von Mann und Frau – besser aufgehoben beim Europäischen Gerichtshof oder beim Bundesverfassungsgericht?, in: Charlotte Gaitanides/Stefan Kadelbach/Gil Carlos Rodriguez Iglesias (Hrsg.), Europa und seine Verfassung. Festschrift für Martin Zuleeg, 2005, S. 323–340; *dies.*, Grundrechtlicher Schutz für Transsexuelle in Deutschland und Europa, in: Christine Hohmann-Dennhardt/Peter Masuch/Mark E. Villinger (Hrsg.), Grundrechte und Solidarität. Durchsetzung und Verfahren. Festschrift für Renate Jaeger, 2011, S. 675–702.

mit aktuellen Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Schutzes geschlechtlicher Selbstbestimmung befasst.

### B. Prekäre Realitäten – TIN-Personen in der Europäischen Union

Die gesellschaftliche und rechtliche Anerkennung und der Schutz geschlechtlicher Selbstbestimmung sind vielerorts keine Selbstverständlichkeit – im Gegenteil. Ein Blick auf die jüngsten Entwicklungen der Verfassungsrechtsprechung und auf Verfassungsänderungen in einigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union macht dies deutlich. Dabei wird TIN-Personen (trans\*, inter\*, nicht-binär)<sup>3</sup> nicht nur keine explizite Anerkennung und kein Schutz gewährt, sondern beides wird *verwehrt*. So wurde in der Slowakei im September 2025 eine Verfassungsänderung beschlossen, welche die Souveränität in Fragen betreffend die nationale Identität betont und festlegt, dass nur noch zwei Geschlechter nach einem biologisch-binären Verständnis – „männlich“ und „weiblich“ – anzuerkennen sind.<sup>4</sup> Auch das bulgarische Verfassungsgericht entschied 2018 – Kontext war der Begriff „Gender“ in der Istanbul-Konvention –, dass Geschlecht rein biologisch-binär zu verstehen sei: „Mann“ und „Frau“.<sup>5</sup> In Ungarn stimmte das Parlament im Mai 2020 für ein Gesetz, welches das Geburtsgeschlecht im Geburtsregister und in allen anderen amtlichen Dokumenten unverän-

---

3 Zu den Begriffen im Kontext geschlechtlicher Vielfalt *Susanna Roßbach*, Ein Regenbogen an Begriffen: Das Vokabular rund um sexuelle und geschlechtliche Vielfalt, djbZ 2023, S. 1 ff.

4 Mit dem am 26.9.2025 beschlossenen und zum 1.11.2025 in Kraft getretenen verfassungsändernden Gesetz wurde Art. 52a neu in die slowakische Verfassung eingefügt: „Die Slowakische Republik erkennt nur das biologisch bestimmte Geschlecht von Mann und Frau an.“ (eigene Übersetzung). Art. 7 wurde wie folgt ergänzt: „Die Slowakische Republik behält sich die Souveränität vor allem in Fragen der nationalen Identität vor, die hauptsächlich aus grundlegenden kulturellen und ethischen Fragen im Zusammenhang mit dem Schutz des Lebens und der Menschenwürde, dem Privat- und Familienleben, der Ehe, der Elternschaft und Familie, der öffentlichen Moral, dem Personenstand, der Kultur und der Sprache sowie der Entscheidungsfindung in damit zusammenhängenden Angelegenheiten in den Bereichen Gesundheitswesen, Wissenschaft, Erziehung, Bildung, Personenstand und Erbschaft bestehen. Nichts in dieser Verfassung und den Verfassungsgesetzen darf als Zustimmung der Slowakischen Republik zur Übertragung der Ausübung eines Teils ihrer Rechte in Angelegenheiten der nationalen Identität ausgelegt werden.“ (eigene Übersetzung), verkündet im Gesetzblatt der Slowakischen Republik Nr. 255/2025 v. 3.10.2025, S. 1 ff.

5 Verfassungsgericht Bulgarien, Beschl. v. 27.7.2018, Verfassungsrechtssache Nr. 3/2018.

derbar macht. Dies wurde mit einer im April 2025 beschlossenen Verfassungsänderung auch in der ungarischen Verfassung zementiert.<sup>6</sup>

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklungen stellt sich die Frage, ob das Recht der Europäischen Union TIN-Personen zu schützen vermag, wo nationale Rechtsordnungen Menschen ihre geschlechtliche Identität absprechen und ihnen Anerkennung verweigern. Die Frage drängt sich umso mehr auf, wenn man den massiven gesellschaftlichen und politischen Gegenwind betrachtet, dem TIN-Personen auch dort ausgesetzt sind, wo sie (noch) rechtliche Anerkennung erfahren.<sup>7</sup>

### C. Personenstand: Unionsbürger\*in? – Der Fall *Mirin*

In seiner Entscheidung vom 4. Oktober 2024 (C-4/23, *Mirin*) befasste sich der EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens gem. Art. 267 AEUV mit von einem rumänischen Gericht vorgelegten Fragen. Der zugrundeliegende Sachverhalt betrifft einen in Rumänien als weiblich registrierten trans Mann, der in das Vereinigte Königreich zog und die britische Staatsangehörigkeit erwarb. Er ließ dort seinen Namen sowie sein Geschlecht in offiziellen Dokumenten ändern. Als er 2021 in Rumänien die Anpassung seiner Geburtsurkunde beantragte, lehnten die Behörden dies unter Verweis auf das Fehlen einer Entscheidung eines rumänischen Gerichts ab, wogegen er klagte. Das vorlegende Gericht befasste den EuGH daher mit der Frage, ob das Unionsrecht – konkret der Unionsbürgerstatus und das Recht auf Freizügigkeit – dem Verlangen der Behörden nach einer Entscheidung eines bulgarischen Gerichts entgegensteht, wenn die Person daneben auch die Staatsangehörigkeit eines weiteren Mitgliedstaates besitzt und in diesem ein Verfahren zur Anpassung der Geschlechtsidentität erfolgreich abgeschlossen hat.

---

6 Mit Wirkung zum 15.4.2025 wurde in Art. L Abs.1 der ungarischen Verfassung der Satz eingefügt: „Ein Mensch ist entweder Mann oder Frau.“ (eigene Übersetzung), veröffentlicht im ungarischen Amtsblatt „Magyar Közlöny“ Nr. 41/2025 v. 14.4.2025, S. 2076 ff.

7 S. etwa die (im Rahmen dieser Studie) erstmaligen Erhebungen zu Ressentiments gegenüber trans Personen in der Leipziger Autoritarismus Studie 2024, *Oliver Decker et al.* (Hrsg.), Vereint im Ressentiment, 2024, S. 71. Zur Anti-Gender-Bewegung in der EU und ihrer Repräsentation im Europäischen Parlament *Marie Wittenius*, Die transnationale Anti-Gender-Bewegung in Europa, abrufbar unter <https://www.gwi-boe.ll.de/de/2022/02/03/die-transnationale-anti-gender-bewegung-europa> [letzter Zugriff: 14.10.2025].

Der EuGH betont in seiner Entscheidung, dass das Personenstandsrecht, welches Regelungen über die Änderung des Vornamens und der geschlechtlichen Identität umfasse, zwar grundsätzlich in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten falle und dieser durch das Unionsrecht unberührt bleibe. Bei Ausübung dieser Zuständigkeit sei jedoch das Unionsrecht – in diesem Fall die den Unionsbürger\*innen zuerkannte Freizügigkeit<sup>8</sup> – zu beachten.<sup>9</sup> Der in einem anderen Mitgliedstaat<sup>10</sup> nach dessen Recht festgestellte Personenstand sei daher nach Art. 20 und 21 Abs. 1 AEUV, gelesen im Lichte der Art. 7 und 45 GRCh, anzuerkennen.<sup>11</sup>

Bemerkenswert ist an dieser Stelle, dass der EuGH über die Vorlagefrage und die Schlussanträge des Generalanwalts *Jean Richard de la Tour* hinausgeht. Der Generalanwalt befasste sich mit der Frage, ob ein Mitgliedstaat zur Anerkennung und Eintragung der Geschlechtsidentität in die Geburtsurkunde verpflichtet ist, wenn diese in einem anderen Mitgliedstaat rechtswirksam erklärt und erworben wurde, *dessen Staatsangehörigkeit* die betreffende Person ebenfalls besitzt – und bejahte dies im Ergebnis.<sup>12</sup> Der EuGH nimmt aber gerade Abstand von dem Erfordernis der Staatsangehörigkeit und lässt es ausreichen, „dass der *Unionsbürger* die Änderung seines Vornamens und seiner Geschlechtsidentität *in seinem Wohnsitzmitgliedstaat* bereits rechtmäßig erworben [...] hat“<sup>13</sup> und legt den Fokus damit nicht auf die Staatsangehörigkeit, sondern stärkt den Unionsbürgerstatus.<sup>14</sup>

---

8 Die Verknüpfung von Personenstand und Freizügigkeit ist in der Rechtsprechung des EuGH nicht neu, man denke etwa an EuGH, Urt. v. 5.6.2018, Rs. C-673/16, *Coman*, mit Blick auf die in einem anderen Mitgliedstaat eingegangene gleichgeschlechtliche Ehe.

9 EuGH, Urt. v. 4.10.2024, Rs. C-4/23, *Mirin*, Rn. 53.

10 Hinsichtlich der Frage, ob bzw. inwieweit sich der Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union auf diesen Sachverhalt auswirkt, stellt der EuGH fest, dass es auf den Zeitpunkt der Anerkennung und Änderung des Vornamens und der Geschlechtsidentität im Vereinigten Königreich ankommt. Diese erfolgte vor dem Austritt (Änderung des Vornamens) bzw. vor Ablauf des im Austrittsabkommen festgelegten Übergangszeitraums (Änderung des Geschlechtseintrags), sodass sich der Kläger des Ausgangsfall es gegenüber seinem Herkunftsmitgliedstaat auch nach dem Austritt des Vereinigten Königreiches auf die mit seiner Eigenschaft als Unionsbürger verbundenen Rechte berufen könne, EuGH, Urt. v. 4.10.2024, Rs. C-4/23, *Mirin*, Rn. 44.

11 EuGH, Urt. v. 4.10.2024, Rs. C-4/23, *Mirin*, Rn. 71.

12 Schlussanträge des Generalanwalts *Jean Richard de la Tour* v. 7.5.2024, Rs. C-24/23, *Mirin*, Rn. 99, 101.

13 EuGH, Urt. v. 4.10.2024, Rs. C-4/23, *Mirin*, Rn. 70.

14 Der EuGH überlagert mit der Entscheidung auch Art. 7a EGBGB, vgl. *Bettina Rentsch/Dana-Sophia Valentiner*, Das neue Selbstbestimmungsgesetz – eine Bestands-

In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es lediglich um eine Anpassung der Geburtsurkunde. Der Generalanwalt hatte nahegelegt, dass sich die Antwort des Gerichtshofs seines Erachtens nicht auf die Geburtsurkunde beschränken sollte, wenngleich er in seinen Schlussanträgen feststellte, dass die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf etwaige Auswirkungen der Anerkennung und Eintragung in die Geburtsurkunde auf andere Personenstandsurkunden und das Personenstandsrecht unberührt bleiben sollte.<sup>15</sup> Es stellt sich also – auch über den Fall *Mirin* hinaus – die Frage, in welchem Umfang die Anerkennung und Eintragung der Geschlechtsidentität mitsamt des Namens zu erfolgen hat. Auch wenn sich der EuGH im Ergebnis nur auf die Eintragung in die Geburtsurkunde bezieht, liegt vor dem Hintergrund der starken Betonung der Unionsbürgerschaft und der Pflicht der Mitgliedstaaten, bei ihrer Zuständigkeit für das Personenstandsrecht das Recht der Unionsbürger\*innen auf Freizügigkeit zu beachten, eine Lesart nahe, nach der die Pflicht zur Anerkennung für einen effektiven Schutz der Freizügigkeit auch weitere in diesem Kontext relevante Dokumente umfassen müsste.

#### D. Datenschutz als Identitätsschutz? – Der Fall *Deldits*

Nach der Entscheidung im Fall *Mirin* befasste sich der EuGH mit Urteil vom 13. März 2025 (C-247/23, *Deldits*) erneut im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens mit einer Frage betreffend die Eintragung der geschlechtlichen Identität – in diesem Fall in einem ungarischen Flüchtlingsregister. Normativer Anknüpfungspunkt sind diesmal nicht Unionsbürgerschaft und Freizügigkeit, sondern das Datenschutzrecht,<sup>16</sup> konkret die Berichtigung der Geschlechtsangabe in öffentlichen Registern auf Grundlage

---

aufnahme, NJW 2024, S. 3407 (3411 Rn. 36); Christopher Reibetanz, Anmerkung zu EuGH, Urte. v. 4.10.2024 – C-4/23, NJW 2024, S. 3505 (3506).

15 Schlussanträge des Generalanwalts Jean Richard de la Tour v. 7.5.2024, Rs. C-24/23, *Mirin*, Rn. 64, 101.

16 Eine weitere Entscheidung im Bereich des Datenschutzrechts betreffend die geschlechtliche Identität im Privatrechtsverkehrsverkehr, EuGH, Urte. v. 9.1.2025, Rs. C-394/23, *Mousse*, behandelt die Frage, ob die Abfrage „Herr“ / „Frau“ beim Online-Kauf von Tickets bei einem Unternehmen der staatlichen französischen Eisenbahngesellschaft im Sinne der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) „erforderlich“ zur Vertragserfüllung ist – der EuGH arbeitet hierzu Maßstäbe heraus, die entsprechenden Abfragen Grenzen setzen. Das Ziel der Personalisierung der geschäftlichen Kommunikation aufgrund der Geschlechtsidentität reiche gerade nicht aus. Für die Annahme eines „berechtigten Interesses“ zur Verarbeitung von Daten betreffend die

von Art. 16 DSGVO als Konkretisierung von Art. 8 GRCh und Art. 16 AEUV (Schutz personenbezogener Daten).

Ein trans Mann mit iranischer Staatsangehörigkeit erhielt 2014 in Ungarn Flüchtlingschutz, wurde jedoch im Flüchtlingsregister als Frau eingetragen, obwohl er psychiatrische und gynäkologische Atteste zu seiner männlichen Geschlechtsidentität vorgelegt hatte. Sein Antrag auf Berichtigung der Geschlechtsangabe nach Art. 16 DSGVO wurde abgelehnt, da er keine geschlechtsangleichende Operation nachweisen konnte. Daraufhin klagte er vor einem ungarischen Gericht, das den EuGH um die Klärung der Frage nach einer Berichtigungspflicht und der etwaig erforderlichen Nachweise ersuchte.

Der EuGH bejaht in seiner Entscheidung eine Berichtigungspflicht im Hinblick auf die Geschlechtsidentität betreffende Daten in öffentlichen Registern und führt hierzu aus, eine Berichtigung könne nicht unter Verweis darauf verweigert werden, dass das nationale Recht – wie in Ungarn der Fall – kein Verfahren zur rechtlichen Anerkennung von trans Identität vorsehe.<sup>17</sup> Das Unionsrecht lasse zwar – wie bereits im Fall *Mirin* betont – die mitgliedstaatliche Zuständigkeit im Personenstandsrecht und der rechtlichen Anerkennung der Geschlechtsidentität unberührt, jedoch müssen die Mitgliedstaaten bei der Ausübung dieser Zuständigkeiten Unionsrecht beachten.<sup>18</sup> Im Hinblick auf zu erbringende Nachweise hält der EuGH die Verpflichtung, „relevante und hinreichende Nachweise vorzulegen, die [...] vernünftigerweise verlangt werden können“, um die Unrichtigkeit der Daten festzustellen, für möglich.<sup>19</sup> Ein Mitgliedstaat dürfe die Berichtigung aber nicht mittels Verwaltungspraxis vom Nachweis einer geschlechtsangleichenden Operation abhängig machen, denn dies beeinträchtige den

---

Geschlechtsidentität müssen – kumulativ – folgende Voraussetzungen erfüllt sein: (1) Mitteilung des verfolgten berechtigten Interesses bei Erhebung der Daten, (2) die Verarbeitung ist zur Verwirklichung dieses berechtigten Interesses „unbedingt notwendig“ und (3) die Grundrechte und Grundfreiheiten der Kunden dürften demgegenüber nicht überwiegen, etwa mit Blick auf die Gefahr einer Diskriminierung wegen der Geschlechtsidentität. Das dem Vorabentscheidungsersuchen zugrundeliegende datenschutzrechtliche Beschwerdeverfahren wurde vom Verband *Mousse* initiiert, der sich gegen Diskriminierungen aufgrund der geschlechtlichen Identität und sexuellen Orientierung einsetzt. S. auch die Urteilsanmerkungen von *Kristin Benedikt*, Verstoß gegen DS-GVO durch zwingende binäre Anrede bei Online-Ticketkauf, NJW 2025, S. 788 ff.; *Alexander Brandt/Sebastian Dienst*, EuGH zur Verwendung der Anrede zur Kundenkommunikation unter der DS-GVO, GRUR-Prax 2025, S. 152.

17 EuGH, Urt. v. 13.3.2025, Rs. C-247/23, *Deldits*, Rn. 30 ff.

18 EuGH, Urt. v. 13.3.2025, Rs. C-247/23, *Deldits*, Rn. 37.

19 EuGH, Urt. v. 13.3.2025, Rs. C-247/23, *Deldits*, Rn. 39 ff.

Wesensgehalt von Art. 3 (Recht auf Unversehrtheit) und Art. 7 (Recht auf Achtung des Privatlebens) GRCh.

### *E. Mobilisierung der Gemeinschaftswerte? – Kommission vs. Ungarn*

Nach den vorgenannten Entscheidungen des EuGH im Wege von Vorabentscheidungsersuchen, in denen es um Fragen individueller Rechte betreffend die anzuerkennende und einzutragende geschlechtliche Identität geht, rückt nun ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258, 260 AEUV der Europäischen Kommission gegen Ungarn die unionsrechtliche Werteordnung in den Fokus (C-769/22). Mit der am 19. Dezember 2022 eingereichten Klage richtet sich die Kommission gegen ein 2021 in Ungarn in Kraft getretenes Gesetz.<sup>20</sup> Dieses verbietet – u.a. – den Zugang von Minderjährigen zu Inhalten und Werbung, welche die Abweichung von dem bei der Geburt festgestellten Geschlecht, Geschlechtsumwandlungen oder Homosexualität vermitteln oder darstellen sowie die Vermittlung entsprechender Inhalte in der sexualkundlichen Bildung und verpflichtet Mediendienste, solche Inhalte nur noch in den Nachtstunden zu senden.

Besonders brisant an dem Verfahren ist, dass die Kommission einen eigenständigen Verstoß gegen Art. 2 EUV geltend zu machen scheint – gegen die Werte der Europäischen Union.<sup>21</sup>

In den Schlussanträgen vom 5. Juni 2025 zu dieser Rechtssache schlägt die Generalanwältin *Tamara Čapeta* vor, mehrere Verstöße gegen Unionsrecht festzustellen. Neben sekundärrechtlichen Verletzungen verschiedener Richtlinien<sup>22</sup> sieht *Čapeta* auf primärrechtlicher Ebene Verletzungen des

---

20 Gesetz Nr. LXXIX über ein strengeres Vorgehen gegen pädophile Straftäter und die Änderung bestimmter Gesetze zum Schutz von Kindern (Änderungsgesetz), veröffentlicht im ungarischen Amtsblatt „Magyar Közlöny“ Nr. 118/2021 v. 23.6.2021, S. 4942 ff.

21 Die Klageschrift zur Rechtssache C-769/22 ist veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union v. 13.2.2023, C-54/16. Die Geltendmachung einer tatsächlichen eigenständigen Verletzung von Art. 2 EUV soll im Rahmen einer Anhörung zum Verfahren am 19.11.2024 durch die Kommission verneint worden sein, s. dazu *Benedikt Riedl*, Keine allgemeine Verfassungsaufsicht über die Unionswerte im Vertragsverletzungsverfahren, VerfBlog v. 26.11.2024. Die Klageschrift liest sich dahingehend jedoch anders.

22 Diese betreffen insb. die Richtlinien 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt sowie 2010/13/EU über audiovisuelle Mediendienste.

Art. 56 AEUV, der Art. 1, 7, 11 und 21 GRCh „sowie“ des Art. 2 EUV als gegeben.<sup>23</sup>

*Čapeta* zeichnet hierbei vor, wie sich eine eigenständige Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 2 EUV, zusätzlich zu Verstößen gegen sonstiges Unionsrecht, begründen ließe. Eine solche Feststellung sei nicht nur von symbolischem Charakter, sondern diene auch einem diagnostischen Zweck: „Sie würde den eigentlichen Grund der anderen Verstöße offenlegen.“<sup>24</sup> Es gehe bei der eigenständigen Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 2 EUV also um die Sichtbarmachung des Überschreitens „roter Linien“.<sup>25</sup>

Ob bzw. inwieweit sich der EuGH den Schlussanträgen anschließen wird, bleibt abzuwarten. Unabhängig davon kommt der Entscheidung jedoch bereits jetzt eine zentrale und grundlegende Bedeutung zu, weil sie – weit über den konkreten Streitfall hinaus – zentrale Fragen der Justiziabilität und Durchsetzbarkeit europäischer Werte betrifft und dem Vertragsverletzungsverfahren neue Schlagkraft, auch und insbesondere zum Schutz geschlechtlicher Vielfalt, verleihen könnte.<sup>26</sup>

## F. Reaktionen und Ausblick

Während es bisher in Entscheidungen, in denen sich der EuGH mit Fragen betreffend die geschlechtliche Identität auseinanderzusetzen hatte, vorwiegend um Diskriminierungen *wegen des Geschlechts* von trans Personen ging – man denke etwa an Entscheidungen zu Rentenansprüchen nach einer Geschlechtsangleichung<sup>27</sup> oder die Entlassung einer trans Person aus einem mit der Geschlechtsangleichung zusammenhängenden Grund<sup>28</sup> –, geht es in den neueren Entscheidungen um die rechtliche Eintragung und Anerkennung der geschlechtlichen Identität *als solche*.

---

23 Schlussanträge der Generalanwältin *Tamara Čapeta* v. 5.6.2025, Rs. C-769/22, Rn. 363. Die konkreten Werte des Art. 2 EUV, gegen die die Generalanwältin Verstöße feststellt, sind: Gleichheit, Menschenwürde und Wahrung der Menschenrechte, Rn. 265 ff.

24 Schlussanträge der Generalanwältin *Tamara Čapeta* v. 5.6.2025, Rs. C-769/22, Rn. 230.

25 Schlussanträge der Generalanwältin *Tamara Čapeta* v. 5.6.2025, Rs. C-769/22, Rn. 233.

26 S. auch *Jannes Dressler*, Der Brüsseler Testballon, VerfBlog v. 21.2.2023.

27 EuGH, Urt. v. 7.1.2004, Rs. C-117/01, *K.B.*; Urt. v. 27.4.2006, Rs. C-423/04, *Richards*; Urt. v. 26.6.2018, Rs. C-451/16, *MB*.

28 EuGH, Urt. v. 30.4.1996, Rs. C-13/94, *P vs. S und Cornwall County Council*.

Insbesondere die Entscheidung im Fall *Mirin* ist auf ein beachtliches Echo gestoßen und wurde vielfach besprochen.<sup>29</sup> Sie wurde wahrgenommen als „Türöffner für unionsrechtliche Impulse in den nationalen Rechtsordnungen“<sup>30</sup> und als eine „Stufe der Europäisierung des Personenstandsrechts“<sup>31</sup>. Auch die Bedeutung der Entscheidung im Fall *Deldits* wurde mehrfach hervorgehoben, sowohl aufgrund der massiven politischen Angriffe, denen sich TIN-Personen (nicht nur) in Ungarn ausgesetzt sehen, als auch in rechtlicher Hinsicht aufgrund der großen praktischen Relevanz des Berichtigungsanspruchs für TIN-Personen infolge des weiten Anwendungsbereichs der DSGVO.<sup>32</sup>

Auch wenn der EuGH in beiden Entscheidungen betont hat, dass das Personenstandsrecht in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten falle, so scheint dieses durch die ergangenen Entscheidungen in gewisser Weise – zumindest in Teilen – unionsrechtlich überzeichnet. Man könnte sogar fragen, ob sich aus dieser Rechtsprechung nicht eine indirekte Pflicht der Mitgliedstaaten zur rechtlichen Anerkennung und Eintragung einer selbstbestimmten Geschlechtsidentität ergibt.<sup>33</sup>

---

29 Nicola Berner, *Mirin* – die nächste Stufe der EuGH-Rechtsprechung zu Freizügigkeit und Personenstand, EuGRZ 2024, S. 446-449; *Reibetanz* (Fn. 14), S. 3505-3506; *Frederick Rieländer*, EU-weite Anerkennung von Geschlechtsänderungen, NZFam 2025, S. 46; *Luke Dimitrios Spieker*, Die Europäische Union: Ein Freiheitsraum für trans\*Menschen?, EuZW 2025, S. 112-124; *Fulvia Ristuccia/Alessandro Marcia*, Trans\* EU citizens: Free beyond movement? The Grand Chamber in Case C-4/23 *Mirin*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 32 (2025), S. 505-520.

30 *Spieker* (Fn. 29), S. 116 f.

31 *Berner* (Fn. 29), S. 449.

32 *Susanna Roßbach*, Anmerkung zu EuGH, 13. März 2025 – C-247/23, EuZW 2025, S. 524 (525); s. auch *Sebastian Schmidt/Lydia Kämpfe*, Neue Entwicklungen im Datenschutzrecht und ihre Bedeutung für die Praxis, NVwZ 2025, S. 1313 (1319); *Nicola Berner/Teresa Suwita*, Die DSGVO als Einfallstor für die Anwendung von Unionsgrundrechten: Zum Zusammenspiel von Geschlechtsidentität und Datenberichtigungsanspruch, EuGRZ 2025, S. 44-47.

33 S. auch *Rentsch/Valentiner* (Fn. 14), S. 3411 f. Rn. 36. Ein weiteres beim EuGH anhängiges Verfahren dürfte im Hinblick auf die Weiterentwicklung der Rechtsprechung im Fall *Mirin* von besonderem Interesse sein. Anders als im Fall *Mirin* geht es im Fall *Shipov* nicht um die grenzüberschreitende Anerkennung der in einem anderen Mitgliedstaat bereits anerkannten geschlechtlichen Identität, sondern um die Frage, ob eine in Italien lebende trans Frau mit bulgarischer Staatsangehörigkeit in Bulgarien die (bislang in keinem anderen Mitgliedstaat vorgenommene) Anpassung ihres Geschlechtseintrags verlangen kann, s. dazu die Schlussanträge des Generalanwalts *Jean Richard de la Tour* v. 4.9.2025, Rs. C-43/24; *Alina Tryfonidou*, Legal Gender Recognition and Free Movement in the EU, VerfBlog v. 22.9.2025.

So positiv sich diese Entscheidungen mit Blick auf die Rechte von TIN-Personen lesen, stellt sich jedoch die Frage, ob und inwieweit sich ihre Situation in den betreffenden Mitgliedstaaten tatsächlich verbessern wird. Die eingangs beschriebenen Verfassungsänderungen in einigen Mitgliedstaaten legen nahe, dass diese sich im Bereich geschlechtlicher Vielfalt nicht allzu beeindruckt von unionsrechtlichen Impulsen und Vorgaben zeigen – im Gegenteil: Mitgliedstaaten könnten diese Anerkennungs-, Eintragungs- und Berichtigungspflichten womöglich als einen Eingriff in die nationale Identität gem. Art. 4 Abs. 2 EUV wahrnehmen.<sup>34</sup> Neben der noch ausstehenden Entscheidung im Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen Ungarn, die – sofern sich der EuGH den Schlussanträgen der Generalanwältin *Čapeta* in der Sache anschließt – dahingehend erhebliches Konfliktpotential bergen dürfte, nimmt die Kommission nun auch die eingangs beschriebene Änderung der slowakischen Verfassung in den Fokus.<sup>35</sup>

Damit deutet sich an, dass eine unionsrechtliche Stärkung der Rechte von TIN-Personen zugleich eine gegenläufige Wirkung entfalten könnte, indem sie auf ein gesellschaftliches und politisches Klima trifft, das geschlechtlichen Identitäten jenseits binärer Kategorien ablehnend gegenübersteht – Reaktanz statt Akzeptanz.<sup>36</sup> Insbesondere eine Mobilisierung der Grundwerte des Art. 2 EUV im Wege des Vertragsverletzungsverfahrens könnte statt zur einer Entschärfung von Konflikten zu einer starken Politisierung des EuGH führen und von den adressierten Mitgliedstaaten als illegitime Einmischung europäischer Institutionen in mitgliedstaatliche Angelegenheiten behandelt werden.<sup>37</sup>

---

34 *Reibetanz* (Fn. 14), S. 3505. Auf die nationale Verfassungsidentität beruft sich auch Ungarn im beschriebenen Vertragsverletzungsverfahren, s. dazu die Ausführungen in den Schlussanträgen der Generalanwältin *Tamara Čapeta*, v. 5.6.2025, Rs. C-769/22, Rn. 219 ff.

35 Die Europäische Kommission hat im November 2025 ein Aufforderungsschreiben an die Slowakei gerichtet und damit ein Vertragsverletzungsverfahren eingeleitet (INFR(2025)2208). Die Kommission bezieht sich auf die Ergänzung des Art. 7 der slowakischen Verfassung, der die Souveränität in Fragen der nationalen Identität betont (→ Fn. 4). Diese verstoße gegen zentrale Grundprinzipien, „insbesondere die Grundsätze des Vorrangs, der Autonomie, der Wirksamkeit und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts“, s. dazu die Pressemitteilung v. 21.11.2025, abrufbar unter [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf\\_25\\_2481](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/inf_25_2481) [letzter Zugriff: 23.11.2025].

36 Vgl. auch *Berner* (Fn. 29), S. 448.

37 So zu rechtsstaatsbezogenen Vertragsverletzungsverfahren: *Sonja Priebus/Lisa H. Anders*, *Rechtliche Lösungen für politische Konflikte?*, *Integration* 43 (2020), S. 121 (125, 135); s. auch *Dressler* (Fn. 26).

Sollte die Essenz dessen nun sein, die aktuelle und die möglicherweise künftige Rechtsprechung des EuGH eher kritisch zu bewerten? Trotz – und gerade wegen – dieses gesellschaftlichen und politischen Klimas gegen geschlechtliche Vielfalt erscheint es umso wichtiger, die unionsrechtlichen Mechanismen und Instrumente zum Schutz der Rechte von TIN-Personen konsequent zu stärken und zu nutzen. Wo Mitgliedstaaten Schutz und Anerkennung verwehren, können über das Unionsrecht zumindest Handlungsräume für betroffene Personen geschaffen werden. In diesem Sinne macht auch die Generalanwältin *Ćapeta* in ihren Schlussanträgen zum Vertragsverletzungsverfahren gegen Ungarn deutlich: „Im Licht der aktuellen Entwicklungen in der Welt ist es mehr denn je von großer Bedeutung, nicht aus dem Blick zu verlieren, warum die Europäische Union die in Art. 2 EUV verankerten Werte proklamiert hat und warum es unerlässlich ist, diese Werte zu bekräftigen und zu schützen.“<sup>38</sup>

---

38 Schlussanträge der Generalanwältin *Tamara Ćapeta* v. 5.6.2025, Rs. C-769/22, Rn. 272.



# Körpergeschlecht und Selbstbestimmung\*

Gabriele Britz

## A. Auftakt

### Körperfantasien

Am Anfang standen Körper, und sie standen der Selbstbestimmung im Weg: Das Bundesverfassungsgericht hat sich früh auf bizarre Weise mit den Körpern von Männern und Frauen befasst, nämlich in der Homosexuellen-Entscheidung von 1957. Herausgegriffen sei aus diesem Urteil eine Passage, die für *Ute Sacksofskys* Werk eine Art Antileitstern sein dürfte:

„Schon die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weist für den Mann auf eine mehr drängende und fordernde, für die Frau auf eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion hin. Dieser Unterschied der physiologischen Funktion läßt sich aus dem Zusammenhang des geschlechtlichen Seins nicht ausgliedern, er ist mit konstituierend für Mann und Frau als Geschlechtswesen.“<sup>1</sup>

Das Gericht wählte sich mit diesen Körpervorstellungen auf sicherem Grund. Hatte doch der retrospektiv nicht unproblematische<sup>2</sup> Sachverständige *Kroh* ebendies bekundet: „Die konstitutionellen Unterschiede, die zwischen Mann und Frau im Gebiete der Geschlechtsausstattung bestehen, deuteten eine Ergänzungsbedürftigkeit der beiden Geschlechter an: beide seien zum Vollzug regulären Sexuallebens aufeinander angewiesen. Die körperliche Bildung der Geschlechtsorgane weise dabei dem Mann und der Frau verschiedene Funktionen zu: Dem Manne eine mehr bedrängende und fordernde, der Frau eine mehr hinnehmende und zur Hingabe bereite Funktion. Diese Unterschiede der physiologischen Funktion ließen

---

\* Um Nachweise ergänzt Impulsvortrag zum Kolloquium anlässlich des 65. Geburtstags von *Ute Sacksofsky*. Für Unterstützung danke ich *Neala Patterson*.

1 BVerfGE 6, 389 (425).

2 Näher zu diesem Sachverständigen *Nadine Dröner*, Das “Homosexuellen-Urteil” des BVerfG aus rechtshistorischer Perspektive, 2018, S. 110.

sich aus dem ganzheitlichen Zusammenhang des geschlechtlich differenzierten menschlichen Seins nicht ausgliedern. Sie seien mitkonstituierend für Mann und Frau. Von Natur aus sei dem Manne das Fordernde und *Drängende*, der Frau das *Ausweichende* und *Hingebende* eigen.<sup>3</sup> Körperphantasien prägten also die Sicht. Von der physiologischen Bildung der Geschlechtsorgane wurde auf die Sexualität und das soziale Wesen der Frau geschlossen.

## Selbstbestimmungshürden

Und die Selbstbestimmung? Der standen diese aus der biologischen Physis abgeleiteten Frauen-Vorstellungen gleich dreifach entgegen: der *geschlechtlichen* Selbstbestimmung im engeren Sinne, der selbstbestimmten Wahl der Familien- und *Eherolle* und genereller der selbstbestimmten *Teilhabe* an privaten und gesellschaftlichen Aushandlungsprozessen; kurzgesagt: an Macht:

1. Die *geschlechtliche Fremdbestimmung* ist offenkundig. Die Fixierung und Aufladung der weiblichen Physiognomie betraf drei Formen geschlechtlicher Fremdbestimmung im engeren Sinne: „Wer bin ich?“ „Wen liebe ich?“ „Wie liebe ich?“. Sie zementierte also dreierlei: *Erstens* wer man ist: mit Penis ist – und bleibt man – Mann, mit Vagina Frau; *tertium non datur*. *Zweitens* wen man liebt: Eine Person mit Penis liebt solche mit Vagina und umgekehrt. *Drittens* wie man liebt: bedrängend, unbeherrscht und gefährlich, wer einen Penis hat; „ausweichend“ (*Kroh*) hingegeben, wer eine Vagina hat.

2. Darüber hinaus hat die frühe Rechtsprechung Frauen daran gehindert, in Richtung selbstbestimmterer Lebensgestaltung aufzubrechen, weil differenzierende *Rollen, Rollenerwartungen und -verhaltensweisen* von Frauen und Männern unangetastet blieben und sogar körperlich nachrationalisiert wurden.<sup>4</sup> *Ute Sacksofsky* hat für die ersten Jahrzehnte eindrücklich gezeigt, „dass sich das Bundesverfassungsgericht nicht darauf beschränkt, typisches Rollenverhalten, wie es in der gesellschaftlichen Wirklichkeit vorzufinden ist, zu beschreiben, sondern die unterschiedlichen sozialen Verhaltenswei-

---

3 BVerfGE 6, 389 (411); Hervorhebung hinzugefügt.

4 *Ute Sacksofsky*, Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts, in: Beate Rudolf (Hrsg.), *Querelles. Jahrbuch für Frauen- und Geschlechterforschung*, 2009, S. 191, 192.

sen unmittelbar aus biologischen Unterschiedlichkeiten zwischen Mann und Frau ableitet. Mit der Rückbindung an objektive biologische Gegebenheiten bekommen die geschlechtsspezifischen Stereotype eine neue Dimension und zusätzliche Rechtfertigung.<sup>5</sup> Zwar hat das Gericht von Beginn an allerlei dazu beigetragen, die Benachteiligung von Frauen *im Rahmen* ihrer Rolle abzubauen.<sup>6</sup> Aber die Rolle blieb ihnen erst einmal und begrenzte ihre Entfaltungsmöglichkeiten.

3. Schließlich berührte schon diese Rechtsprechung ein Großthema feministischer (Rechts-)Theorie, nämlich die Frage nach der *Teilhabe* von Frauen an Macht<sup>7</sup> und konkreter, wie weibliche Körper-Bilder (hier das Bild von der hinnehmenden Frau) Frauen generell die Teilhabe an Macht im Kleinen und im Großen erschweren. Darauf werde ich gleich genauer zurückkommen.

## B. Entwicklung

### Zuwachse an Selbstbestimmung

Ab den 70er Jahren gelangen – zum Teil mit Unterstützung des Bundesverfassungsgerichts – rechtliche Zuwachse an Selbstbestimmung. Zumindest in den beiden ersten Selbstbestimmungsdimensionen: Die ehemals biologisch festgezurrten *Rollen* änderten sich.<sup>8</sup> Die rechtliche Absicherung *geschlechtlicher Selbstbestimmung* in Sachen „Wer bin ich?“ ist insbesondere durch die Rechtsprechung zu Transsexuellen<sup>9</sup> und später zur dritten Option<sup>10</sup> gestiegen. Die selbstbestimmte Wahl jener, die man liebt, ist teils durch Gesetzgebung, teils durch Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gestärkt worden; Stichwörter sind hier die endgültige Beseitigung der Strafbarkeit von Homosexualität<sup>11</sup>, eingetragene Lebenspartnerschaft<sup>12</sup>,

---

5 Ute Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 81.

6 Auch dazu Sacksofsky (Fn. 5), ebda.

7 Arbeiten hierzu von Catharine MacKinnon haben offenkundig auch Ute Sacksofskys Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungsverbot beeinflusst, s. Sacksofsky (Fn. 5), S. 312 ff., S. 285 ff, 300 ff.

8 Sacksofsky (Fn. 5), S. 85 ff.

9 S. nur BVerfGE 128, 109.

10 BVerfGE 147, 1.

11 S. zuletzt Sechstes Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 23. Juni 1994.

12 S. Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) vom 16. Februar 2001 und BVerfGE 105, 313.

Ehe für alle<sup>13</sup> oder die familienrechtliche Situation gleichgeschlechtlicher Familien<sup>14</sup>.

Fortwirkendes Bild der „Genommenen“

Die gerichtlichen Äußerungen von 1957 über die Sexualität von Männern und Frauen betreffen allerdings noch die dritte, grundlegendere Selbstbestimmungsdimension, die eben mit dem Schlagwort der „Machtteilhabe“ angedeutet wurde. Wenn das Urteil für den Geschlechtsakt das Bild der „ausweichenden“, „hinnehmenden“, „zur Hingabe bereiten“ Frau zeichnete, war das keine Frau, die nimmt, sondern eine, die gestellt und genommen wird. Die Passive. Und zwar nicht freiwillig, sondern biologisch zwingend. Wo aber solche Bilder in Köpfen sind, kann in die Überwindung von Rollen oder in eine geschlechtergerechte Reformulierung, die mehr Selbstbestimmung zulässt, noch so sehr investiert werden. Immer drohen Frauen dann am Ende doch in den Vorstellungen vieler als von ihrer Physis strukturell und naturgegeben auf Passivität festgelegte Geschöpfe zurückzubleiben; als Geschöpfe, die Einfluss auf Geschehnisse und Macht nicht erringen und ausüben können (jedenfalls nicht, ohne dadurch „unnatürlich“ zu werden). Denn Vorstellungen von der passiven Frau, der „Genommenen“, werden sich kaum im asymmetrisch unterwerfenden Geschlechtsakt erschöpfen. Wenn sich das Bild von der „Passivfrau“ dann aber vom Geschlechtsakt aus weiterfrisst, steht das gleichberechtigter Selbstbestimmung von Frauen individuell und in Gesamtheit überall im Wege. Das betrifft heterosexuelle wie lesbische Frauen, Trans- wie Nichttransfrauen usw. ähnlich. Es ist zu befürchten, dass das Bild der sexuell „genommenen“ Passiv-Frau und seine fremdbestimmende Wirkmacht nicht verschwunden sind, dass es im Zeitalter von Mega-Kommunikation via Internet sogar gesteigert Wirkmacht entfaltet. Darauf muss Recht wegen Art. 3 Abs. 2 GG reagieren.

---

13 Gesetz zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts vom 20. Juli 2017.

14 BVerfGE 133, 59 – *Sukzessivadoption*.

### C. Perspektive

#### Internetbezogenes Äußerungsrecht

Zu denken ist hier an das internetbezogene Äußerungsrecht, das neben allen anderen Formen (sexualisierter) Hassrede auch in den Blick nehmen muss, wo Beschimpfung und sexuelle Fantasien über eine Frau das Bild der „Genommenen“ erzeugen und es Frauen damit (überindividuell) schwer machen, Selbstbestimmung zu realisieren und Zugang zu Macht im Kleinen und im Großen zu erlangen. Erste Anzeichen einer Einstellung des Äußerungsrechts auf Gefahren der Etablierung der sexuellen Passiv-Frau im Internet sind bereits zu beobachten. Einen Teil des holprigen Entscheidungsverlaufs im *Künast*-Fall kann man so rekonstruieren.

Frau *Künast* hat die gerichtliche Gestattung der Auskunft über Bestandsdaten erstritten, um sich gegen 22 Kommentare, darunter die drei folgenden, zur Wehr setzen zu können:

- „1. „Knatter sie doch mal einer so richtig durch, bis sie wieder normal wird!“
2. „Würde diese „Dame“ vielleicht als Kind ein wenig viel gef... und hat dabei etwas von ihrem Verstand eingebüßt. Anders kann man so eine schwachsinnige Äußerung nicht erklären.“
17. „Die will auch nochmal Kind sein weil sonst keiner an die Eule ran geht!“

Das Landgericht hatte die Anordnung der Auskunft zunächst bezüglich aller Kommentare abgelehnt<sup>15</sup>, dann aber auf die Beschwerde von *Künast* hin bezüglich sechs Kommentaren abgeholfen (3, 13, 16, 18, 19, 20)<sup>16</sup>. Das Kammergericht hat der Beschwerde bezüglich sechs weiterer Kommentare stattgegeben (1, 2, 7, 8, 17, 21), die das Landgericht für harmlos gehalten hatte. Das Bundesverfassungsgericht hat die Sache schließlich auch wegen der übrigen zehn zur erneuten Entscheidung zurückverwiesen.<sup>17</sup> Hier interessieren die abgedruckten Kommentare Nr. 1, 2 und 17, wegen derer bereits das Kammergericht der Beschwerde stattgegeben hat, und die deshalb vom Bundesverfassungsgericht gar nicht mehr gewürdigt wurden. Für diese drei

---

15 LG Berlin, Beschl. v. 9.9.2019, 27 AR 17/19, Rn. 23 f., 40.

16 LG Berlin, Beschl. v. 21.1.2020, 27 AR 17/19; weiterhin ablehnend hingegen zu den hier interessierenden Kommentaren Nr. 1, 2, 17 in Rn. 27, 36.

17 BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. v. 19.12.2021, 1 BvR 1073/20, Rn. 40.

Kommentare (wie auch für Nr. 21) hat das Kammergericht darauf abgestellt, dass Frau *Künast* „im Schutze der Anonymität des Internets zum Objekt *frauenverachtender* und entwürdigender obszöner Anwürfe gemacht“<sup>18</sup> werde. Nach Auffassung des Kammergerichts war das sogar Schmähkritik mit der Folge, dass es keiner weiteren Abwägung mehr bedurfte. Man hätte das wohl auch erst auf Abwägungsebene näher abhandeln können. Plausibel ist aber die Annahme des Kammergerichts, dass diese drei Kommentare ein Geschlechtsthema enthielten („frauenverachtend“). Allerdings hat das Kammergericht nicht genauer gefasst, worin das Problem liegt.

Tatsächlich dürfte das Problem der drei Kommentare gerade darin liegen, dass sie eine Frau mit der Breitenwirkung des Internets zum Gegenstand sexueller Fantasien machen, in denen die Frau passiv hinnehmendes Objekt des Geschlechtsakts ist. Jedenfalls Nr. 1 („Knatter sie doch mal einer so richtig durch“) und Nr. 2 („Wurde diese „Dame“ vielleicht als Kind ein wenig viel gef[...].“) erzeugen das Bild der passiv Genommenen. Nr. 17 ist letztlich ähnlich gebaut („an die Eule ran geht“), auch wenn der Kommentar über einen fantasierten Sexualitätswunsch der Frau selbst fabuliert. Man würde solche drei Bilder kaum für einen Mann verwenden, den man beleidigen wollte.

Das Kammergericht war hier auf der richtigen Spur, indem es neben dem individuellen Entwürdigungsgesichtspunkt auf den überindividuellen Aspekt genereller Frauenverachtung abstellte.

## Verfassungsdogmatik

Dass solche Äußerungen generell zu einem Frauenbild der passiven „Genommenen“ beitragen, und dass solche Bilder selbstbestimmter Entfaltung und Wirkung weit über das Sexualeben hinaus im Wege stehen, müsste nun grundsätzlich in die äußerungsrechtliche Abwägung eingehen – zugunsten der konkret betroffenen Frau. Verfassungsdogmatisch ist das nicht wirklich revolutionär. Das Bundesverfassungsgericht hat im Äußerungsrecht bereits (anders gelagerte) überindividuelle Effekte und Interessen in die Abwägung des konkreten Einzelfalls einbezogen – zuletzt vermehrt, dass herabsetzende Äußerungen gegenüber Personen in öffentlicher Verantwortung generell die Bereitschaft zum öffentlichen Engagement beein-

---

18 KG Berlin, Beschl. v. 11.3.2020, 10 W 13/20, Rn. 26, Hervorhebung hinzugefügt.

trächtigen.<sup>19</sup> Viel spricht dafür, in der äußerungsrechtlichen Abwägung in vergleichbarer Weise auch die fallübergreifenden Effekte der Verbreitung sexueller Fantasien zu berücksichtigen, in denen Frauenkörper passiv Objekt des Geschlechtsakts sind. Restriktionen der Äußerungsfreiheit sind zwar nicht unheikel und stoße ihrerseits an grundrechtliche Grenzen. Den von sexistischen Äußerungen ausgehenden Gefahren ihren ungehemmten Lauf zu lassen, ist aber eben auch nicht unheikel. Wenigstens das Äußerungs-Zivilrecht sollte verarbeiten, dass nicht erst pornografisches Gerede über eine Frau oder die Konfrontation einer Frau mit Missbrauchs- oder gar Vergewaltigungsfantasien rechtswidrig sein können, sondern schon wenn sie mit Äußerungen überzogen wird, die das (sich weiterfressende) Bild der vom bedrängenden Mann genommenen Frau enthalten, also die sexualisierte Bio-Version der Frau aus den 50er Jahren. Denn bereits das gefährdet in seiner fallübergreifenden generellen Wirkung Teilhabe an Macht und damit Selbstbestimmung aller Frauen. Art. 3 Abs. 2 GG, den *Ute Sacksofsky* seit Jahrzehnten kreativ, methodenstark und dogmatisch durchsetzungsfähig entfaltet, legt das nahe.

---

19 BVerfG, 1 BvR 2397/19, Rn. 35 m.w.N. Auch im *Künast*-Fall war das ein Argument des Bundesverfassungsgerichts – allerdings nicht zu den hier interessierenden Kommentaren, die dort nicht mehr Gegenstand waren; *Künast* war als Politikerin und Frau gewissermaßen Doppelopfer.



# Geschlechtergerechtigkeit: Körper und Selbstbestimmung – Dissonante Diskurse

*Ute Gerhard*

1. Das Selbstbestimmungsgesetz (SBGG), in Kraft seit dem 1.11.2024, ist ein beachtlicher Erfolg. Es ist das Ergebnis einer Mobilisierung von Recht durch Akteur:innen, also einer Rechte-Bewegung, die nicht zuletzt von der feministischen Rechtswissenschaft und Rechtspolitik getragen wurde. Das ist wichtig zu betonen, denn Rechte oder mehr Gerechtigkeit stellen sich nicht einfach von selbst her, sondern müssen immer wieder erkämpft, verteidigt bzw. neu erworben werden.

Der Anlass für diese Gesetzesreform sind Diskriminierungserfahrungen von trans- und intergeschlechtlichen sowie nicht-binären Personen. Ihnen wird nun ermöglicht, jenseits der bisher notwendigen Unterscheidung zwischen ‚männlich‘ und ‚weiblich‘ durch Erklärung vor dem Standesamt ein anderes Geschlecht sowie einen neuen Vornamen im Personenregister einzutragen. Dieser Anspruch auf eine selbstbestimmte Erklärung und der Eintrag ins Personenregister beinhalten die ausdrückliche Anerkennung queerer Menschen und ihrer Sexualität und Lebensweise als gleiche Rechts-subjekte. Indem die Angabe ‚divers‘ zugelassen oder auch auf eine Geschlechtsangabe verzichtet werden kann, überschreitet die Neuregelung die bisherigen Grenzen und Vorgaben der zweigeschlechtlichen, heteronormativen Geschlechterordnung. Der Vorteil gegenüber der bisherigen Rechtslage, auch im Vergleich zum Transsexuellen-Gesetz, liegt darin, dass die Anerkennung der Geschlechtsangabe nicht mehr an ein diskriminierendes Verfahren der Begutachtung oder an geschlechtskorrigierende medizinische Eingriffe gekoppelt ist. Andererseits enthält das Gesetz keine Angaben zur Übernahme der Kosten für medizinische geschlechtsangleichende Maßnahmen. Es stellt sich daher die Frage, was aus der Gleichrangigkeit und der Anerkennung der neuen Pluralität geschlechtlicher Lebensweisen, den sogenannten „Varianten der Geschlechtsentwicklung“, folgt.

Es liegt nahe, die Problematik in den Zusammenhang der Gesetzgebung über die gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschaft, die sog. Homo-Ehe, zu stellen. Wenn sich die geschlechtliche Selbstbestimmung in der Anerkennung und Praxis neuer vielfältiger Lebensformen materialisiert

und also zu tatsächlicher Gleichberechtigung führt, kann auch nicht mehr von einem hegemonialen Regime der Zweigeschlechtlichkeit, sog. Zwangsheterosexualität, gesprochen werden.

Nun ist die Gesetzgebung zur Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen bisher lediglich auf dem Weg der Anpassung bzw. Angleichung an das überkommene Institut der heterosexuellen, monogamen Ehe erfolgt, weshalb die Gleichstellung in Bezug auf die rechtliche Struktur und ihre Privilegien seit 2011 nur in verschiedenen mühsam erkämpften Schritten und nicht endgültig erreicht ist. Dieser Prozess der Angleichung an die Ehe ist im Ergebnis insofern paradox, als die bürgerliche Ehe mit ihrer patriarchalen, heterosexuellen Rollenstruktur eigentlich der Ausgangspunkt feministischer Kritik und wiederholter, Jahrhunderte dauernder Emanzipationsbewegungen war. Auch wenn die traditionell bürgerliche ‚Ehe als Institution‘ inzwischen durch mehrere Rechtsreformen ihre patriarchale Einhegung formal aufgeben musste und als Leitbild praktisch an Bedeutung verloren hat,<sup>1</sup> hätte es doch im Kampf um die Gleichstellung verschiedener Lebensformen durchaus andere, die gesellschaftlichen Verhältnisse grundsätzlich verändernde Lösungen gegeben. So ist an eine Anfrage der GRÜNEN aus dem Jahr 1988 zu erinnern, in der die Bundestagsabgeordnete *Jutta Österle-Schwerin* eine „Lebensformenpolitik unter besonderer Berücksichtigung von Alleinlebenden, schwulen, lesbischen sowie anderer nichtehelicher Lebensgemeinschaften und Wohngemeinschaften“ eingefordert hat. Sie bezeichnete „den Ruf nach Ehe als eine ‚Strategie der Verzweiflung‘, die eben keine ‚emanzipatorische Vision‘, sondern ein Griff nach ‚bestimmten Privilegien‘“ sei.<sup>2</sup> Auch im ‚Frankfurter Frauenmanifest‘ von 1990, dem von Feministinnen nach der Vereinigung der beiden deutschen Staaten entworfenen Beitrag zur Verfassungsreform, wurde der besondere Schutz der heterosexuellen Ehe und Familie nach Art. 6 GG daher ersetzt bzw. erweitert durch die Formulierung „Frauen und Männer, die Kinder aufzie-

---

1 Ute Gerhard, Die neue Geschlechter(un)ordnung. Eine feministische Perspektive auf die Familie, *Feministische Studien*, 2/ 2010, S. 194–213; *dies.*, Für eine andere Gerechtigkeit. Dimensionen feministischer Rechtskritik, 2018, S. 277–320.

2 Vgl. *Veronika Springmann*, „Wie alle anderen [...]. Es darf keine Dummheit geben, die uns verboten ist“. Debatten um die Vielfalt der Lebensformen, *Feministische Studien* 2/2021, S. 263 (267–69).

hen“ und explizit gefordert, dass auch „andere Lebensgemeinschaften, die auf Dauer angelegt sind“, gegen Diskriminierung zu schützen seien.<sup>3</sup>

In westlichen, sich demokratisch verstehenden Gesellschaften leben wir heute in einer anerkannten Vielfalt von Lebensformen, in nicht ehelichen oder gleichgeschlechtlichen Lebensgemeinschaften, in sog. Patchwork- oder Stieffamilien. Dabei sind die unterschiedlichen Familienverhältnisse jedoch in hierarchischer Abstufung ungleich geschützt oder gar auf private Partnerschaftsverträge verwiesen, mit jeweils unterschiedlichen Regelungen z.B. für das Kindschafts-, Adoptions- oder Erbrecht. Bis heute ist es nicht gelungen, die Vielfalt der neuen Abstammungs- und Verwandtschaftsverhältnisse befriedigend zu regeln.<sup>4</sup>

Die Frage stellt sich also, ob das neue Selbstbestimmungsgesetz geeignet ist, das binäre hegemoniale Regime der bestehenden Geschlechterordnung zu transformieren, um damit mehr zu erreichen als einen erweiterten Schutz vor Diskriminierungen, der grundsätzlich auch vorher gemäß Art. 3 Abs. 3 GG („wegen seines Geschlechts“) und in § 1 AGG (wegen „sexueller Identität“) formal gewährleistet war. Es wäre also zu prüfen, ob das Gesetz lediglich systemtreu ein erweiterter Minderheitenschutz ist oder ob mit dieser Rechtserrungenschaft i.S. von Art. 3 Abs. 2 GG tatsächliche Gleichstellung von Frauen und Männern erfolgt, die ein Weg zu materialer Gerechtigkeit wäre.

2. Den Titel des Panels „Vom Körpergeschlecht zur Selbstbestimmung“, der einen Prozess und Fortschritt suggeriert, kann ich nicht ohne weiteres teilen. Ich verstehe, was gemeint ist: Das Selbstbestimmungsgesetz soll von der Festlegung auf die Biologie des Körpers befreien, von körperlichen Geschlechtsmerkmalen, die bisher nur mit der binären Unterscheidung in männlich – weiblich rechtserheblich war. Es ermöglicht endlich die selbstbestimmte Entscheidung über die eigene Geschlechtlichkeit. Doch was heißt in diesem Zusammenhang eigentlich Körpergeschlecht? Diese Frage zu beantworten, führt in die Tiefen, um nicht zu sagen, „Abgründe“

---

3 Entwurf eines Frankfurter Frauenmanifests, in: *Feministische Studien extra*, „Frauen für eine neue Verfassung“, 1991, S. 109 (111); vgl. auch den Entwurf „Frauen in bester Verfassung“, *ibid.*, S. 115.

4 Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts (Abstammungsrechtsreformgesetz – AbReG), veröff. am 9.12.2024, der von der Ampelregierung nicht mehr verabschiedet werden konnte. [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024\\_Reform\\_Abstammungsrecht.html](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2024_Reform_Abstammungsrecht.html) (31.7.2025).

feministischen Theoretisierens, die ich hier nur sehr verkürzt skizzieren kann.

Nachdem sich die Frauenforschung zum Ende der 1980er Jahre im Zuge ihrer wissenschaftlichen Institutionalisierung auf den Terminus Geschlechterforschung / *Gender Studies* verständigt hatte, entwickelte sich das angloamerikanische Konzept *Gender* / Geschlecht zu einem zentralen analytischen und die gesellschaftlichen Verhältnisse umfassenden Konzept. *Gender* galt von da an als kritische und zugleich „nützliche Kategorie“ der Gesellschaftsanalyse, die – so die Historikerin *Joan W. Scott* (1986) – „als konstitutives Element gesellschaftlicher Beziehungen“ geeignet ist, „die *wahrgenommenen* Unterschiede zwischen den Geschlechtern“, auf „eine grundlegende Art und Weise als Machtbeziehungen zu bezeichnen.“<sup>5</sup> Gleichzeitig war Geschlecht in den Disziplinen der Sozialwissenschaften als eine „Strukturkategorie“ entwickelt worden, die wie ‚Klasse‘ oder ‚Ethnie‘ (*race*) die als wesentlich bezeichneten Dimensionen sozialer Ungleichheit und gesellschaftlicher Organisation markiert.<sup>6</sup> Das heißt, in diesem Forschungsansatz ging es darum, neben den anderen „Achsen der Ungleichheit und Differenz“<sup>7</sup> die soziale Konstruktion von Geschlecht sowie dessen Vielfalt und historische Wandelbarkeit aufzuzeigen und als Machtsystem zu entlarven. Für die unterschiedlichsten Forschungsfragen wurde damit eine Forschungsperspektive eröffnet, in der das bestehende System der Geschlechterdifferenz und die Hierarchien im Geschlechterverhältnis eben nicht als naturgegeben, sondern als sozial hergestellte und historisch veränderbare zu analysieren waren. Dies entsprach nicht zuletzt dem von *Simone de Beauvoir* für den ‚neuen‘ Feminismus so eingängig formulierten Konsens: „Man kommt nicht als Frau zur Welt, man wird es.“<sup>8</sup> Schließlich versprach die geschlechtsneutrale Formulierung des Forschungsgegenstandes, Frauenforschung zu entpolitisieren, wissenschaftlich solider zu erscheinen und damit weniger angreifbar zu machen.

---

5 *Joan W. Scott*, *Gender: "A useful category of Historical Analysis"*, in: *dies.*, *Gender and the Politics of History*, New York, 1988, S. 28–50 (42), Übers. ins Deutsche in: *Nancy Kaiser* (Hrsg.), *Selbst Bewusst. Frauen in den USA*, 1994, S. 27–75 (Hervorh. von mir, U.G.).

6 Vgl. *Regina Becker-Schmidt/ Gudrun-Axeli Knapp* (Hrsg.), *Das Geschlechterverhältnis als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, 1995, S. 7 f.

7 Vgl. *Gudrun-Axeli Knapp/Angela Wetterer* (Hrsg.), *Achsen der Differenz*, 2003; darin insbes. *Cornelia Klinger*, *Ungleichheit in den Verhältnissen von Klasse, Rasse und Geschlecht*, S. 14–48.

8 *Simone de Beauvoir*, *Das andere Geschlecht*, 1968, S. 265.

Auf der Reise des Konzepts *Gender* über den Atlantik<sup>9</sup> wurde auch die konzeptionelle Unterscheidung zwischen *Sex* und *Gender* mitgeliefert, wobei *Sex* als das biologisch-körperliche und *Gender* als das sozial hergestellte Geschlecht verstanden wurde. Obwohl die Sex-Gender-Dichotomie als ‚traveling concept‘ in der Übersetzung auf unterschiedliche Denktraditionen und historische Kontexte traf,<sup>10</sup> etablierte sich diese terminologische Unterscheidung als dominantes Theorem. Die Dichotomie wurde einerseits strategisch aufgegriffen, um die biologistischen Argumente zur ‚Natur der Frau‘ wissenschaftlich zurückweisen zu können, aber dies hatte auch eine Kehrseite.<sup>11</sup> Denn es zeigt sich im Nachhinein, dass die Kanonisierung der Sex-Gender-Dichotomie als Fortschrittserzählung, wie sie jetzt in Lexika und Lehrbüchern der *Gender Studies* nachzulesen ist, den Blick auf die Vielstimmigkeit der feministischen Ansätze im interdisziplinären Forschungsfeld verstellt und andere, divergierende Ansätze der Gesellschaftsanalyse und Herrschaftskritik eingeengt hat.<sup>12</sup> „Die Verhältnisse gingen und die Kategorien kamen“,<sup>13</sup> werden Kritikerinnen später diese Entwicklung der dominanten Gender-Theorien kommentieren.

Tatsächlich umfasst *Sex*, auf Deutsch Sexualität, mehr als körperliche Aspekte. Der Begriff bezieht sich vielmehr auf ein Ensemble von Bedeutungen, also neben dem Geschlechtskörper auf sexuelle Orientierung und Begehren, auf sexuelle Praktiken sowie auf Geschlechtsidentität. Denn Sexualität ist, wie der Poststrukturalismus im Anschluss an *Foucault* gelehrt hat, ein mächtiger Diskurs, ein sog. Sexualitätsdispositiv, das alles

9 Vgl. zu diesem Argument *Tanja Paulitz*, Die Überwindung der Sex/Gender Unterscheidung als Errungenschaft der Gender Studies, *Feministische Studien* 2/2021, S. 352–372.

10 Geschlecht hat im Deutschen mehrere Konnotationen, neben der grammatikalischen Kennzeichnung meint Geschlechter im Plural seit dem Mittelhochdeutschen auch das Menschengeschlecht (ähnlich wie im Französischen ‚genre‘ oder ‚genus‘ im Lateinischen); schließlich ist manchmal nur das einzelne, meist männliche Körperteil gemeint. Vgl. auch *Geneviève Fraisse*, *Geschlecht und Moderne*, 1995, S. 41. Nicht umsonst wurde daher in anderen Sprachen oft das Fremdwort ‚gender‘ im wissenschaftlichen Jargon bevorzugt.

11 *Regina Becker-Schmidt/Gudrun-Axeli Knapp*, *Feministische Theorien zur Einführung*, 2000, S. 69 (70); siehe auch *Cornelia Klinger*: *Zwei Schritte vorwärts, einer zurück – und ein vierter darüber hinaus. Die Etappen feministischer Auseinandersetzung mit der Philosophie*, *Die Philosophin* 10 (1995), S. 92 ff.

12 Vgl. *Paulitz* (Fn. 9), S. 366.

13 *Tove Soiland*, *Die Verhältnisse gingen und die Kategorien kamen. Intersectionality oder Vom Unbehagen an der amerikanischen Theorie*, abrufbar auf: [www.portal-intersectionality.de](http://www.portal-intersectionality.de) (Zugriff 31.1.2022).

durchherrscht. Es ist eine regulative Macht, die keinen Autor und kein Subjekt kennt, jedoch in einem historischen Prozess, „in den letzten drei Jahrhunderten“, so *Foucault*, „um den Sex herum eine diskursive Explosion [ge]zündet [hat]“.<sup>14</sup>

Eine ähnliche diskursive Explosion ereignete sich im sog. *linguistic* oder *cultural turn* poststrukturalistischer Ansätze mit der radikalen Wende in der feministischen Theorie. Sie bedeutete die Abkehr von sozialwissenschaftlichen strukturellen Analysen hin zu einer kulturwissenschaftlichen Hermeneutik, in der es um Sprache, Sprechakte und Diskurse als einer Art und Weise geht, soziale Wirklichkeit herzustellen.<sup>15</sup>

Im dem Buch „Gender Trouble“ hat *Judith Butler* Anfang der 1990er Jahre die konzeptionelle Unterscheidung zwischen *Sex* und *Gender* epistemologisch – d.h. in einer Methode, die danach fragt, wie Wissen zustande kommt – kritisiert und aufgehoben. Danach sind *Sex*, das anatomische Geschlecht, ebenso wie *Gender*, das soziale Geschlecht, diskursiv hervorgebracht, ein Effekt normativer Diskurse.<sup>16</sup> Folgenreich war diese begriffliche Verschiebung und Deutung, weil damit auch das politische Subjekt des Feminismus, die ‚Frau‘, im Zentrum der radikalen Dekonstruktion stand. Denn die Kategorisierung als Frau in der Gegenüberstellung zum Mann bildet in der poststrukturalistischen Perspektive die Basis der normativen Zweigeschlechtlichkeit, die zur Diskriminierung und zum Ausschluss anderer Formen der Geschlechtlichkeit führt. Dieser Ausschluss, den *Butler* als „heterosexuelle Matrix“ bezeichnet und „historisch [...] unspezifisch“<sup>17</sup> voraussetzt, betrifft all diejenigen, die nicht der ‚natürlichen‘ Funktion der Sexualität, d.h. der Reproduktion/Fortpflanzung folgen.<sup>18</sup> Es sind daher die queeren, abweichenden Formen der Sexualität, des sexuellen Begehrens und die mögliche Vielfalt geschlechtlicher Identitäten, die – so *Butler* – als „monströs und unmöglich“, als anormal bewertet und „von möglichem Verstehen und Artikulieren ausgeschlossen“ wurden.<sup>19</sup> „...für sie und in ihrem Namen“, so schreibt sie in ihrer Antwort auf die heftige Debatte und die emphatische Gefolgschaft, die ‚Gender Trouble‘ insbesondere in

---

14 *Michel Foucault*, *Der Wille zum Wissen*. Sexualität und Wahrheit, Bd. 1, 1983, S. 23.

15 *Paula-Irene Villa*, *Judith Butler*. Eine Einführung, 2. Aufl. 2012, S. 19 ff.

16 *Judith Butler*, *Das Unbehagen der Geschlechter*, 1991, S. 22 f.

17 *Becker-Schmidt/Knapp* (Fn. 11), S. 92.

18 Vgl. *Foucault* (Fn. 14), S.147, der deutlich von den „Fortpflanzungsfunktionen“ spricht, „was allein den Körper der Frau ausmacht“.

19 *Judith Butler*, Vorwort, in: *Linda M.G. Zerilli*, *Feminismus und der Abgrund der Freiheit*, 2010, S. 9.

Deutschland ausgelöst hatte, „suchen wir ein erweiterungsfähiges und mitfühlendes Vokabular der Anerkennung.“<sup>20</sup>

In „Körper von Gewicht“ von 1995 räumt die Autorin ein: Der „Sinn“ der Unternehmung war, „Biologie als Schicksal, Biologie als Zwang zu überwinden, nicht aber um Feminismus als Praxis der Entkörperung zu betreiben.“ Und weiter: „Der Rekurs auf Sprache und Texte [...] bedeutet nicht, der Körper werde vollkommen oder erschöpfend linguistisch konstituiert.“<sup>21</sup> Sie plädiert schließlich dafür, „von der Debatte Konstruktivismus contra Essentialismus wegzukommen“, denn „es wäre ein Fehler, ‚Konstruktivismus‘ mit ‚der Freiheit eines Subjekts seine oder ihre Sexualität nach Belieben zu formen‘, in Verbindung zu bringen.“<sup>22</sup>

Auch wenn die Theoretikerin der Queer-Bewegung in „Körper von Gewicht“ einen anderen, wiederum eher diskursiven Begriff für Materialität wählt,<sup>23</sup> ist es ihr mit der radikalen, dekonstruktiven Kritik gelungen, das Wissen und das Verständnis für die „subversive Mannigfaltigkeit“<sup>24</sup> der Geschlechtskörper zu erweitern, „den Körper als einen gelebten Ort [...] für eine Reihe sich kulturell erweiternder Möglichkeiten“ zu betrachten.<sup>25</sup> *Simone de Beauvoir*, die Existenzialistin, von der *Butler* sich in dieser Frage abgrenzt, hatte den Körper der Frau als eine „Situation“ beschrieben, „unser Mittel zur Erfassung der Welt“ oder als Ort „gelebter Erfahrung.“<sup>26</sup> *Andrea Maihofer* spricht in ihrem Versuch, zwischen diskursiv hergestelltem Geschlecht und körperlicher Materialität zu vermitteln, von einer „begrifflichen Balance“ oder „Gratwanderung“ und hat den Begriff „gesellschaftlich-kulturelle Existenzweise“ vorgeschlagen. Danach ist Geschlecht nicht nur ein „Bewusstseinsphänomen“, ein diskursiver Effekt, sondern hat „eine historisch entstandene, aber doch gelebte ‚körperlich und seelische Materialität.‘“<sup>27</sup>

Anzumerken bleibt: Auch *Joan Scott*, deren historische Arbeiten in der feministischen Forschung interdisziplinär als methodische Referenz dien-

---

20 *Judith Butler*, *Körper von Gewicht*, 1995, S. 10.

21 *Butler* (Fn. 20), S. 10 und 11.

22 *Butler* (Fn. 20), S. 131–132.

23 Vgl. *Villa*, (Fn. 15), S. 83 f.

24 *Butler* (Fn. 16), S. 41.

25 *Butler* (Fn. 20), S. 11.

26 *de Beauvoir* (Fn. 8), S. 48–50 sowie S. 265 ff.

27 *Andrea Maihofer*, *Geschlecht als Existenzweise. Macht, Moral und Recht*, 1995, S. 78 f. (84); zum Verhältnis von Körper, Leib und Gefühl vgl. auch *Gesa Lindemann*, *Das paradoxe Geschlecht*, 1993.

ten, ist inzwischen von „Gender“ als „nützlicher“ oder gar analytischer Kategorie abgerückt ist. Sie stellt fest, dass das Konzept in der Gegenüberstellung von männlich/weiblich und der Ablösung vom physischen Körper, vom Körpergeschlecht, inzwischen zu einem „Routinebegriff“ geworden sei, der ohne Berücksichtigung des historischen Wandels in den Geschlechterbeziehungen den Status einer Theorie annahm.<sup>28</sup> Doch sie betont, dass das Konzept anfangs von außerordentlichem Nutzen war, da die Trennung von Biologie und Kultur wichtige theoretische und politische Arbeiten ermöglichte, die „die Geschlechterdifferenzen nicht als naturgegeben oder objektive Beschreibung, sondern als in geschichtlichen Prozessen zugeschriebene und zugewiesene“ erkennen ließ. Angesichts der „triumphalen Rückkehr der Soziobiologie“, insbesondere der Genetik oder Entwicklungspsychologie, könne die Geschlechterforschung aber nicht mehr „die Körper [...] als irgendwie ‚natürlich‘ und entsprechend unhinterfragt links liegen“ lassen.<sup>29</sup>

Dieser Umweg über die feministischen Theoriedebatten war unvermeidlich, um zu begründen, warum der Titel dieses Panels m.E. die Problematik nur unvollständig abbildet. Halten wir fest: Auch wenn Körperempfindungen und Erfahrungen nur in sprachlicher Form mitteilbar sind und Wahrnehmungen und Deutungen des körperlichen Empfindens, von Sexualität und Begehren, von Verletzlichkeit, aber auch Leiden und Lust immer kulturell überformt (konstituiert) werden, lässt sich die Körperlichkeit der Individuen nicht wegdenken oder gar leugnen.

Nun scheint das Selbstbestimmungsgesetz selbst „die Körper links liegen zu lassen“, indem es die Entscheidung über das eigene Geschlecht von einer individuellen Entscheidung und Erklärung der einzelnen Person abhängig macht. Die körperliche Materialität des Geschlechts bleibt eine Leerstelle. Die Frage stellt sich, ob es damit gelingen kann, queere Menschen, deren Geschlechtsidentität nicht mit dem Körpergeschlecht übereinstimmt, vor Belastungen und Diskriminierungen zu schützen oder die realen, materiellen Voraussetzungen für eine gelebte, „subversive Mannigfaltigkeit“ der Geschlechter zu schaffen.

Es bietet sich an, noch einmal auf *Simone de Beauvoirs* Argumentation über das Frausein zurückzukommen. Danach ist der Körper der Frau unse-

---

28 Joan W. Scott, Die Zukunft von Gender. Fantasien der Jahrtausendwende, in: Claudia Honegger/Caroline Arni (Hrsg.), Gender – Die Tücken einer Kategorie, 2001, S. 39–63 (52).

29 Scott (Fn. 28), S. 42/43.

re Situation in der Welt, aber nicht unser Schicksal. Er ist „der historische Bodensatz“, auf dem unsere Art und Weise zu leben und unsere Freiheit zu handeln beruhen.<sup>30</sup> Diese Freiheit ist nicht einfach gegeben oder grenzenlos, sondern durch spezifische historische, gesellschaftliche, politische Bedingungen und Erfahrungen geprägt, doch sie bleibt veränderbar und erweiterungsfähig, im historischen und gesellschaftlichen Wandel und im Zusammenwirken mit diskursiven und sozialen Praktiken. Allein mit dem Federstrich eines Gesetzes, so unauffällig radikal es sich angesichts eines Jahrhunderte alten ideologischen und institutionellen Ballasts behaupteter Geschlechterdifferenzen gibt, werden sich die für den gegenwärtigen gesellschaftlichen Status quo so funktionalen Strukturen sozialer und geschlechtlicher Ungleichheit nicht beheben lassen. Und da es in der Jurisprudenz um die Wirksamkeit von Gesetzen, um Rechtspraxis und materiale Gerechtigkeit geht, kommen wir nicht umhin, die Realisierung des neuen Selbstbestimmungsrechts auch im Blick auf die Körperlichkeit des Geschlechts zu bedenken. Dabei stellen sich nicht zuletzt Fragen der Machbarkeit oder der Verfügbarkeit über den eigenen Körper, die erfahrungsgemäß zu gesellschaftlichen Auseinandersetzungen führen. Die Gesetzesreform schweigt bezeichnenderweise zu geschlechtsangleichenden medizinischen Maßnahmen. Gleichwohl ist das Selbstbestimmungsgesetz ein ‚Sieg des Prinzips‘ und damit ein erster Schritt, um die Bedingungen und Voraussetzungen für geschlechtliche Selbstbestimmung zu verändern. Denn es ermöglicht und verspricht die Gleichberechtigung unterschiedlicher Lebensformen und geschlechtlicher Beziehungen nun auch zwischen und jenseits der Kategorien ‚Mann‘ oder ‚Frau‘.

3. Damit komme ich auf den Anlass dieses Symposiums zurück, das wir es zu Ehren von *Ute Sacksofsky* und ihrer Verdienste als Wegbereiterin einer rechtsdogmatisch begründeten, feministischen Rechtswissenschaft feiern. Mit ihrer Dissertation „Das Grundrecht auf Gleichberechtigung“<sup>31</sup> hat *Ute Sacksofsky* nicht nur eine überaus erhellende und detaillierte kritische Analyse der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sowie der Rechtslehre – auch im Vergleich zum US-amerikanischen Recht – geschrieben. Sie hat darüber hinaus mit dieser Arbeit ganz unmittelbar entscheidende Anstöße und Argumente zur Rechtsfortbildung des Artikels 3 Absatz. 2 GG ge-

---

30 Vgl. hierzu auch *Toril Moi*, *What is a Woman? And other Essays*, 1999, S. 59 ff.

31 *Ute Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes*, 1991.

geben. Ihren Einfluss auf die juristische Dogmatik und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot<sup>32</sup> und wenig später auf die Verfassungsreform von 1994 kann man anhand der 2. Auflage ihres Buches nachvollziehen.<sup>33</sup> Bereits in der ersten Auflage hatte sie die besonderen Funktionen der Gleichheitssätze in Artikel 3 GG herausgearbeitet. Die unterschiedlichen Schutzzwecke und Auswirkungen stellte sie in Absatz 2 als gruppenbezogenes Dominierungsverbot, in Absatz 3 als merkmalsbezogenes Diskriminierungsverbot dar.<sup>34</sup> Danach ist Artikel 3 Absatz 2 GG weiter gefasst als Absatz 3 und meint ausdrücklich nicht nur eine formale, sondern substantielle oder Ergebnis-Gleichheit. Er berücksichtigt die spezifische historische Ausgangslage und zielt auf die Veränderung gesellschaftlicher Strukturen der Macht und sozialer Ungleichheit, ist also auf die Gestaltung der Zukunft und die Herstellung von materialer Gerechtigkeit gerichtet. D.h. zum ersten Mal in der Geschichte von Frauen enthält Artikel 3 Absatz 2 die positive Verpflichtung des Staates zur „tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern“ im öffentlichen und privaten Bereich, zudem ein ausdrückliches Fördergebot, das auch Quoten ermöglicht. Das Problem einer kritischen Rechtswissenschaft auf dem Kenntnisstand der feministischen Theorie heute aber ist: Absatz 2 spricht ausdrücklich von „Männern“ und „Frauen“ als gleichberechtigt, also in jenen binären Kategorien, deren Nennung und Gebrauch – so folgert nun auch die in der Sache so verdienstvolle feministische Rechtswissenschaft – die normative Zweigeschlechtlichkeit, die heterosexuelle Matrix und damit die Hierarchie im Geschlechterverhältnis eher bestätigt und befestigt als aufhebt.

Demgegenüber knüpft Artikel 3 Absatz 3 GG als Abwehrrecht und individuelles Diskriminierungsverbot an bestimmte Merkmale an wie Geschlecht, Abstammung, „Rasse“, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse oder politische Anschauungen – eine Liste, der in der Verfassungsreform 1994 in Absatz 3 in einem zweiten Satz ausdrücklich Behinderung als Diskriminierungsgrund hinzugefügt wurde. Nach wie vor fehlt im Grundgesetz jedoch die Kategorie ‚sexuelle Orientierung‘. Diese ist seit 2006 als „sexuelle Identität“ durch einfaches Bundesgesetz, durch das Allgemeine Gleichstellungsgesetz (§ 1 AGG), im Privatrecht geschützt.

---

32 BVerfGE 85,191 (209 f.) – *Nachtarbeitsverbot* [1992].

33 Ute Sacksofsky, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl. 1996, S. 386 f.

34 Sacksofsky (Fn. 33), S. 305 f. und 333 ff.

Die erweiterungsfähigen Listen von Diskriminierungsgründen haben den Vorteil, sensibler auf bisher unbekannte oder unbenannte Unrechtsstatbestände reagieren zu können. Außerdem ermöglichen sie, schon im Ansatz Mehrfachdiskriminierungen und ihre Überlagerung (sog. Intersektionalität) zu berücksichtigen, auch wenn ihre Gewichtung in den jeweiligen Einzelentscheidungen juristisch nur schwer umsetzbar ist.<sup>35</sup> Zu bedenken bleibt, dass der Maßstab für Ent-Diskriminierung immer nur der Status quo der Mehrheitsgesellschaft ist, bei dem einzelne Merkmalsgruppen im individuellen Fall vor Benachteiligung geschützt werden.

In dieser Gegenüberstellung und Auslegung der beiden besonderen Gleichheitssätze in Art. 3 Absatz 2 und 3 GG zeigt sich nun eine der typischen Paradoxien feministischen Denkens, ja, feministischer Politik: Zur gleichen Zeit, in der es nach der Vereinigung der beiden deutschen Staaten im Zuge der Verfassungsreform 1994 mit der Änderung von Art. 3 Absatz 2 GG gelungen war, die „tatsächliche“ Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern verfassungsrechtlich zu verankern, hat die dominierende, sich als postmodern und poststrukturalistisch verstehende feministische Theorie die Kategorie Frau „dekonstruiert“, d.h. erkenntnistheoretisch für unbrauchbar erklärt und will die Bezugnahme auf Frauen nur noch mit Sternchen\* erlauben.

Die Verschiebung des Forschungs- und Erkenntnisinteresses von der Gleichheit oder Differenz zwischen den Geschlechtern zur Frage nach den Differenzen unter Frauen hat in der Geschlechterforschung interdisziplinär zu heftigen theoretischen Debatten und auch zu politischer Verunsicherung über *den* Feminismus als soziale Bewegung und politische Praxis geführt. So legitim und notwendig die Berücksichtigung der Unterschiede unter Frauen gesellschaftstheoretisch und rechtspraktisch war und ist, so unbeantwortet und ungelöst bleibt das Problem nachhaltiger sozialer Ungleichheit zwischen den Geschlechtern. *Cornelia Klinger* sprach in diesem Zusammenhang sogar von einer „schweren Hypothek für Gegenwart und

---

35 Vgl. *Susanne Baer*, Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, S. 223–260 (250). Das liegt daran, dass Intersektionalität ein „Passepartout-Begriff“ ist, der inhaltlich, d.h. gesellschaftsanalytisch, erst zu füllen wäre, vgl. *Gudrun-Axeli Knapp*, Intersectionality – ein neues Paradigma?, in: Rita Casale/Barbara Rendtorff (Hrsg.), *Was kommt nach der Genderforschung?*, 2008, S. 33–54 (43).

Zukunft“ wenn die erste Frage (nach der Ungleichheit zwischen den Geschlechtern) aufgegeben würde, bevor sie beantwortet ist.<sup>36</sup>

„Von der Gleichberechtigung von ‚Frauen‘ und ‚Männern‘“ zu sprechen, [...] scheint „in gewissem Sinn veraltet“, schrieb auch *Ute Sacksofsky*,<sup>37</sup> und darin schwingt für mein Verständnis ein ‚gewisses‘ Bedauern mit. Tatsächlich wäre es unklug, die beiden Gleichheitssätze in den Absätzen 2 und 3 gegeneinander auszuspielen, also „das normative Konzept der Gleichheit“ (vor allem oder nur?) als das Recht auf Nicht-Diskriminierung zu verstehen<sup>38</sup> oder Fragen der Gleichstellung als „klassische Minderheitsprobleme“ zu behandeln,<sup>39</sup> anstatt umgekehrt mit dem dogmatischen Pfund des positiven, proaktiven<sup>40</sup> Gleichstellungsgebots nach Art. 3 Absatz 2 GG zu wuchern.

Insgesamt hat die feministische Rechtswissenschaft in der Konzentration auf Diskriminierungstatbestände und -merkmale ein beeindruckendes methodisches Instrumentarium entwickelt, um Benachteiligungen/Diskriminierungen gemäß Art. 3 Abs. 3 GG als Rechtsverletzung zu analysieren und ahnden zu können.<sup>41</sup> Dabei sind insbesondere die normativen Maßstäbe erarbeitet worden, die zwischen der Vielfalt von Differenzen oder Unterschieden (im Sinne von Diversität) und der Diskriminierung im Rechtsinne unterscheiden: Rechtserhebliche Diskriminierung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie ein strukturelles gesellschaftliches Verhältnis der Über- und Unterordnung spiegelt, durch Dominanz und Hierarchie geprägt ist.

---

36 *Cornelia Klinger*, Ungleichheit in den Verhältnissen von Klasse, Rasse und Geschlecht, in: Knapp/Wetterer (Fn. 7), S. 14–48 (15).

37 *Ute Sacksofsky*, Gleichheit in der neuen Vielfalt: Neuer Streit um Gleichberechtigung, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Verfassungsrecht und gesellschaftliche Realität, Dokumentation: Kongress „60 Jahre Grundgesetz“, Beiheft 1/2009, S. 147–158 (155).

38 *Sarah Elsuni*, Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, 2011, S. 209 f. Das Argument hat in dieser sehr anregenden Arbeit eine andere Stoßrichtung, da es um die Erweiterung des Menschenrechtsschutzes vor geschlechtsbezogener Gewalt nicht nur für Frauen\* geht. Man verzeihe mir meine Polemik.

39 Vgl. *Susanne Baer*, „Feminismus ist Arbeit gegen die Schubladen“. Ein Gespräch über Differenz und Hierarchie, in: Elisabeth Dux u.a. (Hrsg.), FrauenMachtRecht. 100 Jahre Frauen in juristischen Berufen, 2023, S. 288. Zuzustimmen ist dem Befund, dass die Durchsetzung der Gleichberechtigung im Einzelfall durch die Gerichte erfolgt, während Gleichstellungsthemen angesichts der Macht- und Mehrheitsverhältnisse im Parlament nach wie vor „politisch nicht attraktiv“ sind (S. 287). Doch es gibt eben auch verfassungsrechtliche Errungenschaften, die zu verteidigen sind.

40 *Anna Katharina Mangold / Mehrdad Payandeh*, Einleitung, in: dies. (Fn. 35), S. 54.

41 Beispielhaft ist das umfangreiche, gehaltvolle „Handbuch Antidiskriminierungsrecht“, hrsg. v. *Anna Katharina Mangold* und *Mehrdad Payandeh* (Fn. 35).

*Ute Sacksofsky* hat in ihrer dogmatisch luziden Auslegung von Artikel 3 Absatz 2 GG das auf die Gruppe der Frauen bezogene Dominierungsverbot entwickelt und in die Rechtslehre eingeführt.<sup>42</sup> *Susanne Baer* hat dem zur Präzisierung der substantiellen Ungleichheit zwischen den Geschlechtern ein Hierarchisierungsverbot hinzugefügt.<sup>43</sup> Beide begründen dieses besondere Gleichheitsgebot von Artikel 3 Absatz 2 mit den historisch verankerten Erfahrungen von Ungleichheit – denn es sind die Unrechtserfahrungen, die sie als Rechtsproblem erkennbar machen<sup>44</sup> – sowie mit den anhaltenden asymmetrischen Lebensrealitäten. Beide Autorinnen beziehen sich in dieser Terminologie auf das amerikanische Antidiskriminierungsrecht, insbesondere auf *Catherine MacKinnon*,<sup>45</sup> die als radikale Kritikerin des Gleichheitsansatzes von einem aristotelischen formalen Gleichheitsbegriff ausgeht, wonach – wie gemäß Artikel 3 Absatz 1 GG – Gleiches gleich, Ungleiches verschieden zu behandeln ist. Das ist insofern konsequent, als das amerikanische Recht wegen der mehrfach gescheiterten Bemühungen die Verankerung der Gleichberechtigung von Frauen in der Verfassung (im Wege eines *Equal Rights Amendments*) nicht kennt.<sup>46</sup> Auf der Grundlage der US-amerikanischen Rechtsprechung zur Rassendiskriminierung und der *Affirmative Action* Programme hat *MacKinnon* in ihrer grundlegenden Kritik an männlicher Gewalt, sexueller Belästigung und Pornografie die Erniedrigung und Unterordnung der Frauen in der Sexualität als Machtbeziehung diagnostiziert. Das Recht auf Gleichheit ist in dieser zeitlosen und differenztheoretischen Gegenüberstellung von männlicher Herrschaft und Unterwerfung der Frau „simply male standard“. Frauen können damit nur gleichberechtigt sein, wenn Gleichsein (*sameness*) bzw. Angleichung an diese männlichen Standards vorausgesetzt wird.<sup>47</sup>

Die Anknüpfung an *MacKinnons* Ansatz war ohne die Berücksichtigung der unterschiedlichen Rechtskulturen und Rechtslagen sowie aus historischer und gesellschaftstheoretischer Sicht jedoch nicht einleuchtend. Dies liegt nicht zuletzt an der Ungleichzeitigkeit der wissenschaftlichen Diskurse und der zeitlichen Verschiebungen und Überkreuzungen zwischen den

42 *Sacksofsky* (Fn. 33) S. 312 f. u. 348 ff.

43 *Susanne Baer*, *Würde oder Gleichheit*, 1995, S. 221 ff.

44 *Ute Gerhard*, ‚Unrechtserfahrungen‘ – Über das Aussprechen einer Erfahrung mit Recht, das (bisher) keines ist, in: *Susanne Opfermann* (Hrsg.), *Unrechtserfahrungen. Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur*, 2007, S. 11–30.

45 *Catherine MacKinnon*, *Feminism Unmodified*, Cambridge (Mass.), 1987, S. 33 ff.

46 Vgl. *Sacksofsky* (Fn. 33), S. 288 ff. (301).

47 *MacKinnon* (Fn. 45), S. 34.

Disziplinen. Vom Patriarchat als überzeitliche Herrschaftsform, als quasi „soziale Konstante“<sup>48</sup> auszugehen, war nicht mehr ohne weiteres Stand der Forschung, gleichzeitig waren für andere Begriffe wie „Gleichheit“ oder „Freiheit, [...] der traditionelle politische Wortschatz *in toto* verdächtig“.<sup>49</sup>

Denn seit dem Ende der 1980er Jahre war in der Geschlechterforschung eine Debatte über Gleichheit und/oder Differenz aufgebrochen, in der nach der weltpolitischen Wende 1989 – dem Ende der ‚großen Erzählungen‘ – alle bisherigen Begrifflichkeiten, Institutionen und Gesellschaftstheorien zur Disposition standen (s. o. die Debatte um den Poststrukturalismus). Die Kontroverse um Gleichheit oder Differenz<sup>50</sup> wurde in der Geschlechterforschung und über alle Disziplinen hinweg weltweit heftig geführt, weil es schließlich ums Ganze ging, um die geschlechtertheoretischen Grundlagen und Maßstäbe der Kritik sowohl an den soziostrukturellen Ungleichheiten als auch an der symbolischen Ordnung männlicher Herrschaft.

Meine Studien zu Geschichte des Rechts und der herrschenden Rechtslehren waren der Versuch, vor dem Hintergrund der Geschlechtergeschichte und der sozialen Bewegungen die Widersprüche zwischen dem Versprechen auf Gleichberechtigung und der gesellschaftlichen Wirklichkeit sowie die ideologischen Geschlechtsinteressen und strukturellen Gründe für das wiederholte Scheitern der Gleichheitsversprechen offenzulegen<sup>51</sup> – Widersprüche, die sich, wie *Ute Sacksofsky* anhand der Rechtsentwicklung seit 1949 zeigen konnte, zunehmend verschärften. Es ging darum, Gleichberechtigung trotz allem in Anspruch zu nehmen und damit das Recht auf gleiche Freiheit nicht aufzugeben. Gestützt auf Erkenntnisse zur Dialektik der Aufklärung, die einerseits den Kapitalismus, Imperialismus und Kolonialismus als ‚fatales Erbe‘ erkennen lässt, andererseits mit der Aufklärung die Widersprüche benennbar gemacht hat, ist ein Kritikmodus entstanden, der mit der Kritik dieses Erbes auch emanzipatorische Verspre-

---

48 *Kate Millet*, *Sexus und Herrschaft*, 1974, S. 40.

49 *Adriana Cavarero*, Die Perspektive der Geschlechterdifferenz, in: Ute Gerhard/Mechtild Jansen/Andrea Maihofer/Pia Schmidt/Irmgard Schultz (Hrsg.), *Differenz und Gleichheit*, 1990, S. 95–111 (97); vgl. die Dokumentation des Kongresses „Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht“, 1989, auch zum Folgenden.

50 *Gerhard et al.* (Fn. 49); *Seyla Benhabib/Judith Butler/Drucilla Cornell/Nancy Fraser*, *Der Streit um Differenz*, 1993, als Beispiele für viele andere.

51 *Ute Gerhard*, *Verhältnisse und Verhinderungen*, 1978; *dies.*, *Gleichheit ohne Angleichung*, 1990; *dies.*, *Gerechtigkeit* (Fn. 1); vgl. auch die erste Bundesverfassungsrichterin *Erna Scheffler*, in: *Verhandlungen des 38. Juristentages in Frankfurt a.M., Teil B. Bürgerlich-Rechtliche Abteilung*, 1951, S. 4 f.

chungen und konkrete Utopien als „reale Möglichkeiten zur Veränderung der Verhältnisse“ aufzeigt.<sup>52</sup> Denn zu fragen bleibt, in welchen Begriffen wir Kritik üben und uns einmischen, erfolgreich Dogmen stürzen oder das Kategorienproblem lösen können, wenn nicht in einer Rechtssprache, die verständlich bleibt und auch überzeugt.

In meinen Arbeiten habe ich versucht, das von herrschenden männlichen Interessen geleitete neuzeitliche Konzept der Gleichheit zu kritisieren und im Rückgriff auf dogmatische Überlegungen z.B. von *Friedrich von Savigny*, *Karl Marx* u.a. in der Weise zu rekonstruieren, dass der Rechtsbegriff der Gleichheit als ein Verhältnisbegriff zu verstehen ist, der Verschiedenheiten bzw. Differenz voraussetzt und die Beziehungen zwischen Menschen in bestimmten Hinsichten regeln soll.<sup>53</sup> Denn Rechtsgleichheit ist immer in Beziehungen, relational, zu denken,<sup>54</sup> da sie sich nur eingedenk der Rechte anderer realisiert. In welcher Hinsicht die Menschen gleich zu betrachten sind, war immer strittig und ist Ergebnis gesellschaftlicher Kräfteverhältnisse, also eine politische Entscheidung. Gleichheit ist demnach ein an den Vorstellungen von Gerechtigkeit zu messendes, dynamisches und kritisches Prinzip, das im jeweiligen historischen Kontext vor dem Hintergrund historischer Erfahrungen und Errungenschaften, sozialer Bewegungen und der Nöte der Zeit jeweils neu zu bestimmen und im Rechtswege zu erstreiten ist. Die feministische Skepsis gegenüber dem historisch belasteten Gleichheitsbegriff, der über Jahrhunderte in Aristotelischer Tradition als Leerformel politisch missbraucht wurde und nur formal unter Absehung von ungleichen Ausgangsbedingungen oder partiell unter Ausschluss anderer, ja, von Mehrheiten zur Anwendung kam, ist verständlich und bleibt notwendig.<sup>55</sup>

---

52 *Max Horkheimer*, Traditionelle und Kritische Theorie, Ges. Schriften, Bd. IV, 1988, S. 193.

53 *Gerhard*, Geschlechter(un)ordnung (Fn. 1), S. 23 ff.; *dies.*, Gerechtigkeit (Fn. 1), S. 350 ff.; vgl. auch *Otto Dann*, Das Gleichheitsgebot in der alt-europäischen Tradition und in Deutschland, 1980; *Irene Pimminger*, Was bedeutet Geschlechtergerechtigkeit? Normative Klärung und soziologische Konkretisierung, 2012.

54 Vgl. hierzu *Cara Röhrner*, Ungleichheit und Verfassung, 2019, S. 15 f., 252 et passim.

55 Dennoch ist es wohl neben anderem ein Missverständnis, wenn *Eva Kocher* in einem wieder aufgelegten Aufsatz aus der Kritischen Justiz 4/2020 mir „recht ungebrochenes Fortschrittsdenken“ und „im Ganzen [das Fortscheiben] eines westlichen, universalistischen Liberalismus“ vorhält, vgl. *Eva Kocher*, Recht oder Nicht-Recht: Eine Wahl zwischen Gleichheit und Freiheit?, in: *dies.*, Das Andere des Arbeitsrechts, 2024, S. 30 ff.

Gleichzeitig schälte sich in den interdisziplinären feministischen Debatten um Geschlecht und Gerechtigkeit erst allmählich die Erkenntnis heraus, dass die Gegenüberstellung von Gleichheit und/oder Differenz eine „falsche Alternative“ ist,<sup>56</sup> da beide Konzepte auf unterschiedlichen theoretischen Denktraditionen beruhen. Differenz ist der Gegenbegriff zu Identität und ist im Poststrukturalismus zum Kernthema sexueller Differenz geworden, die sowohl Eigenarten des Weiblichen und kulturelle Bedeutungen von Geschlecht als auch die Differenz unter Frauen\* und verschiedenen geschlechtlichen Identitäten meinen kann. Das Gegenteil von Gleichheit ist hingegen soziale Ungleichheit und handelt von strukturellen Unterschieden, die im Zentrum sozialwissenschaftlicher und ökonomischer Fragestellungen stehen. *Nancy Fraser* hat in dieser Kontroverse angesichts der Überschneidung unterschiedlicher Diskurse, die auch als feministisches Dilemma bezeichnet werden, schon früh ein pragmatisches Vorgehen vorgeschlagen. Ihr geht es darum, die „Ansprüche auf Anerkennung der Differenz“ und die „Untersuchung von Institutionen und sozialen Strukturen zusammenzubringen“ mit dem Ziel „sozialer Gerechtigkeit“.<sup>57</sup>

Darum war die Einführung oder auch Übernahme der Begrifflichkeit ‚Dominanz‘ und ‚Hierarchie‘ zur Kennzeichnung des Gleichheitsgebots und damit die klare Kennzeichnung der „bestimmten“ oder relevanten Hinsichten, in denen Gleichberechtigung herzustellen ist, ein kongenialer pragmatischer Schritt hin zu feministischer Rechtswissenschaft. Er hat schließlich in der Rechtswissenschaft dogmatisch überzeugt und die unterschiedliche Auslegung und Anwendung nach Art. 3 Abs. 2 und Absatz 3 GG handhabbar gemacht. Anders als in den Sozialwissenschaften, in denen sich die Studien zur Intersektionalität anhand langer Merkmalslisten in Diversität oder gelegentlich in Beliebigkeit verlieren, war damit entschieden, dass nicht alle Unterschiede oder Differenzierungen zählen, vielmehr nur solche als Diskriminierung gelten, die sich auf Dominanz oder hierarchische Strukturen gründen.

Darüber hinaus hat das Antidiskriminierungsrecht insgesamt durch das Recht der Europäischen Union, das in seinen Verträgen (seit 1957 von Rom, über Maastricht 1992, Amsterdam 1997 bis zur Charta der Grund-

---

56 *Nancy Fraser*, Falsche Gegensätze, in: Benhabib et al. (Fn. 50) S. 59 ff. und S. 157 ff.; *Judith Evans*, *Feminist Theory Today*, London, 1995, S. 13–25; *Ute Gerhard*, Menschenrechte sind Frauenrechte – Alte Fragen und neue Ansätze feministischer Rechtskritik, *L’Homme. Zeitschrift für Feministische Geschichtswissenschaft* 1/1997, S. 49 f.

57 *Nancy Fraser*, *Die halbierte Gerechtigkeit*, 1997, S. 16–17.

rechte 2007) den Kampf „gegen Ausgrenzung und Diskriminierung“ sowie „die Gleichstellung von Frauen und Männern“ zu den Hauptzielen der Union erklärt (Art. 3 Abs. 3 EUV), wesentliche Impulse für die dogmatische und rechtspraktische Fortentwicklung des Antidiskriminierungsrechts gegeben.<sup>58</sup> Zu nennen sind die Europäische Menschenrechtskonvention, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sowie die europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien.<sup>59</sup> Aber auch in der Bezugnahme auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948 haben die von der UNO getragenen Internationalen Pakte (insbesondere die Frauenrechtskonvention, CEDAW von 1979) und die Menschenrechts-Ausschüsse in den „Allgemeinen Empfehlungen“ neue Standards zur Interpretation des Gleichheitsprinzips entwickelt, die auch ein substantielles Gleichheitsverständnis enthalten sowie indirekte und strukturelle Diskriminierung erfassen.<sup>60</sup> Dabei haben sich im europäischen und internationalen Recht die oben diskutierten Unterschiede der Absätze 2 und 3 in Art. 3 GG gegenseitig verstärkt bzw. teilweise angenähert, wobei in der deutschen Rechtsordnung noch viele Unklarheiten bleiben, die durch die Rechtsprechung und Rechtslehre zu lösen sind.<sup>61</sup> Aber dass sich die feministischen Rechtswissenschaften inzwischen transnational darauf verständigen konnten, das Rechtsprinzip der Gleichheit neu zu qualifizieren und zwar als eine Forderung nach substantieller, materialer und asymmetrischer Gleichheit, um es schließlich auch unter Berücksichtigung mehrdimensionaler Achsen der Ungleichheit fortzuentwickeln, ist ebenso ermutigend wie eine permanente Herausforderung.

#### 4. Mein Resümee

Wir können es uns gegenwärtig nicht leisten, die Rechtskämpfe gegen Diskriminierung wegen des Geschlechts und/oder die soziale, strukturelle Ungleichheit der Geschlechter durch die Differenzen unter Frauen zu ersetzen. Mehr denn je brauchen wir in dieser Zeit gemeinsames Handeln. Auch wenn wir meinen, gleichberechtigt zu sein, muss das Sprechen über

---

58 Im Hinblick auf die verschiedenen Geschlechterkategorien vgl. insbes. *Nora Markard*, *Geschlecht, Geschlechtsidentität, sexuelle Orientierung als Diskriminierungskategorien*, in: *Mangold/Payandeh* (Fn. 35), S. 261–302.

59 Im Einzelnen vgl. *Mangold/Payandeh*, *Einleitung* (Fn. 40), S. 18 ff.

60 *Beate Rudolph*, *Menschenrechte und Geschlecht – eine Diskursgeschichte*, in: *Ulrike Lembke* (Hrsg.), *Menschenrechte und Geschlecht*, 2014, S. 24–50 (35 f.); *Gerhard*, *Gerechtigkeit* (Fn. 1), S. 97 f. (124).

61 *Mangold/Payandeh*, *Einleitung* (Fn. 40), S. 30 f.

die Rechte der anderen, auch von Frauen und anderen Geschlechtern möglich sein. Um die Freiheit vielfältiger Geschlechtsidentitäten und Geschlechterrepräsentationen zu verteidigen und zu ermöglichen, sollten wir jedoch den Vorwurf des Essentialismus aus dem feministischen Vokabular und Sprachregime streichen. Die Essenz, die Seinsweise, das sog. Wesen – was immer das ist, jedenfalls nicht nur durch sexuelle Orientierung oder Praktiken bestimmt – ist Frauen oder Menschen mit einem biologisch weiblichen Körper seit Jahrhunderten oktroyiert worden, um ihre Unterdrückung und Diskriminierung zu rechtfertigen. Dieses Argument als Vorwurf und Abgrenzung nun auch unter Feministinnen zu benutzen, steht im Widerspruch zu den historischen Erfahrungen und dem reflexiven Selbstbewusstsein, das Frauen heute durch den Feminismus und die Rechtskämpfe unserer Vorgängerinnen gewonnen haben. Nach der Legalisierung homosexueller Partnerschaften, der anerkannten Vielfalt privater Lebensformen und neuerdings dem Recht auf geschlechtliche Selbstbestimmung ist in unserem Rechtskreis Beachtliches erreicht. Doch alle wissen um den rechtsradikalen Populismus und die autoritären Bedrohungen der europäischen Demokratien, den von Hetze und Gewalt begleiteten Anti-Genderismus sowie um die Gefährdung aller emanzipatorischen und demokratischen Errungenschaften in der Gegenwart.

Wenn Rechte gefordert werden, geht es nicht nur um individuelle Berechtigungen, sondern auch um „die Rechte der Anderen“,<sup>62</sup> die zu berücksichtigen sind. *Seyla Benhabib* hat im Anschluss an *Hannah Arendt* auf das kantische Prinzip der „erweiterten Denkungsart“ verwiesen. Es bedeutet „die Fähigkeit, an der Stelle jedes anderen zu denken“, um daraus die Kraft zum Urteilen und zur Übereinstimmung zu gewinnen. Dieser Gedanke scheint mir gerade in intersektionaler Perspektive rechtstheoretisch überzeugender als alt gewordene Appelle zur Solidarität. Es bedeutet in unserem Zusammenhang:

Freiheit und Gleichheit sind Grundnormen demokratischer Verhältnisse und müssen sich wechselseitig ergänzen und regulieren. Das Grundrecht der Gleichberechtigung zielt auf die demokratische Gestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse, auf die Veränderung und Erweiterung der Freiheitsräume, das gleiche Recht auf Teilhabe und Repräsentation und lässt sich nur eingedenk der Rechte der Anderen realisieren. Ebenso ist Freiheit niemals grenzenlos oder nur selbstbestimmt, denn Freiheit kann wie Gleichheit nur

---

62 Vgl. *Seyla Benhabib*, *Die Rechte der Anderen*. Ausländer, Migranten, Bürger, 2017.

mit Rücksicht auf die Rechte anderer in Anspruch genommen werden.<sup>63</sup> Im Sinne von Selbstbestimmung oder Autonomie ist Freiheit zunächst ein subjektives Recht des Individuums. Doch sobald wir die Freiheit der Anderen nicht nur als Grenze, sondern als Erweiterung der eigenen Freiheit verstehen, ist es ein demokratisches Recht, das zu gemeinsamem Handeln ermächtigt. Für die feministische Rechtswissenschaft wird es daher m.E. darum gehen, ebenso klug und dogmatisch erfolgreich wie bisher die Auslegungskriterien und die Stärken beider Absätze 2 und 3 in Art. 3 GG zusammen zu denken und möglicherweise auch Männern ein \*, d.h. die Kontinuität geschlechtlicher Identitäten, zuzugestehen. Es könnte sein, dass damit neue politische Koalitionen zu gewinnen sind.

---

63 In Anlehnung an den Art. 4 der Frauenrechtserklärung von *Olympe de Gouges*, 1791, zit. in *Gerhard*, Gleichheit (Fn. 51), S. 266 sowie S. 58 f.; *dies.* Gerechtigkeit (Fn. 1), S. 350–356.



2.

## Reproduktive Freiheit und reproduktive Gerechtigkeit



# Die Verfassungsverankerung des Abtreibungsrechts in Frankreich

Laurie Marguet

Als ich meine Doktorarbeit schrieb, die in deutsch-französisch rechtsvergleichender Perspektive die Fortpflanzungsfreiheit zum Thema hatte und von *Ute Sacksofsky* betreut wurde, kann ich mich noch erinnern, wie überrascht ich war, welche Unterschiede zwischen Frankreich und Deutschland es bei Abtreibung gibt. Ich versuchte zu verstehen, wie es sein kann, dass zwei liberale Länder, die viele Werte teilen, darunter Gleichberechtigung, so unterschiedliche Vorstellungen von Schwangerschaftsabbruch haben können.

In meinem Beitrag geht es deshalb um das Abtreibungsrecht in Frankreich, wobei ich mich insbesondere auf die Verfassungsverankerung dieses Rechts im März 2024 beziehen und dafür einen kurzen Rückblick auf die Geschichte der Abtreibung in Frankreich geben werde.

## A. Einführung

### I. Die Medikalisierung der Abtreibung

Die Rechtfertigung für die Legalisierung des Schwangerschaftsabbruchs im Jahr 1975<sup>1</sup> ist in der "öffentlichen Gesundheit" (*santé publique*) zu verorten. Das Hauptziel der damaligen Neuregelung war, gegen gesundheitsschädliche illegale Abtreibungen vorzugehen. Dieses Ziel hat in Deutschland ebenfalls eine Rolle gespielt, wenn auch eine untergeordnete; in Frankreich jedoch war dies tatsächlich der Hauptgrund für die Legalisierung. Das Nebenziel war außerdem, die staatliche Autorität zu schützen: Für einen Staat ist es durchaus problematisch, wenn strafrechtliche Vorschriften zum Schwangerschaftsabbruch von ca. 300 000 Frauen jedes Jahr nicht respek-

---

1 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse.

tiert werden.<sup>2</sup> Das waren die zwei Hauptargumente von *Simone Veil* im Jahr 1975.<sup>3</sup>

Andererseits hatte man aber Angst, dass die Legalisierung von Abtreibungen der Geburtenrate schade.<sup>4</sup> Es ging also um zwei kollektive Rechtsgüter: auf der einen Seite die öffentliche Gesundheit, auf der anderen Seite die Demographie. Juristisch gesehen ging es hingegen nicht um das vorgeburtliche Leben (oder nur sehr wenig) und auch nicht um die Fortpflanzungsfreiheit der Frauen (oder nur sehr wenig).<sup>5</sup>

Seit dem Jahr 1975 unterliegt der weibliche Körper in Frankreich nicht mehr der staatlichen Kontrolle durch das Strafrecht, sondern durch alternative juristische Mechanismen: durch die Medikalisierung der Abtreibung.<sup>6</sup> Das zeigt der rechtliche Rahmen: *Simone Veil* sagte 1974 ausdrücklich, das Ziel des Gesetzes bestehe darin, Frauen davon abzuhalten, ihre Schwangerschaft abzubrechen.<sup>7</sup> Ein Schwangerschaftsabbruch darf seit 1975 nurmehr

---

2 In ihrer Rede vor dem Parlament am 26. November 1974 erklärte *Simone Veil*, dass jedes Jahr mehr als 300.000 Frauen pro Jahr eine illegale Abtreibung vornehmen lassen. Andere Quellen nennen sogar weitaus höhere Zahlen. Laut der Dokumentation „Il suffit d'écouter les femmes“ (Sonia Gonzalez – Bibia Pavard, 2024) seien es sogar 800.000 Frauen pro Jahr gewesen.

3 *Laurie Marguet*, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne – étude sur la normalisation de la vie*, Hachette, 2021.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Michèle Ferrand-Picard*, *Médicalisation et contrôle social de l'avortement. Derrière la loi, les enjeux*, *Révue française de sociologie* 1982, S. 383 ff.

7 *Simone Veil*, 26.11.1974, *Assemblée nationale*: « Abtreibung muss die Ausnahme bleiben, das letzte Mittel in ausweglosen Situationen [...]. Keine Frau entscheidet sich leichtfertig für eine Abtreibung [...]. Es ist immer ein Drama und wird es immer bleiben. Auch wenn [das Gesetz] Abtreibungen nicht mehr verbietet, schafft es kein Recht auf Abtreibung [...] Wenn der Entwurf [...] die bestehende Situation berücksichtigt, wenn er die Möglichkeit eines Schwangerschaftsabbruchs zulässt, dann nur, um ihn zu kontrollieren und Frauen so weit wie möglich davon abzuhalten [...] Die Beratung wird darüber hinaus eine neue Gelegenheit sein, mit der Frau über das Thema Verhütung und die Notwendigkeit zu sprechen, in Zukunft Verhütungsmittel zu verwenden, um nie wieder die Entscheidung treffen zu müssen, eine Schwangerschaft abzubrechen, wenn die Frau kein Kind haben möchte. Diese Informationen zur Geburtenkontrolle – die beste Abschreckung gegen Abtreibungen – erscheinen uns so wichtig, dass wir vorhaben, sie zu einer Verpflichtung zu machen, deren Nichtbeachtung mit der Schließung der Einrichtung geahndet wird » (« L'avortement doit rester l'exception, l'ultime recours pour des situations sans issue [...]. Aucune femme ne recourt de gaieté de cœur à l'avortement [...]. C'est toujours un drame et cela restera toujours. Si elle n'interdit plus, [la loi] ne crée aucun droit à l'avortement [...] un drame [...]. Si le projet [...] tient compte de la situation de fait existante, s'il admet la possibilité

von einem Arzt in einem Krankenhaus vorgenommen werden.<sup>8</sup> Schwangerschaftsabbrüche sind nur strafbar, wenn sie nicht von einem Arzt in einem Krankenhaus (innerhalb einer bestimmten Frist<sup>9</sup> und bis 2001 nach einer psychosozialen Beratung<sup>10</sup>) vorgenommen werden. Alle Gesetze, die

---

d'une interruption de grossesse, c'est pour la contrôler, et autant que possible, en dissuader les femmes » [...] « [l'entretien psycho-social] sera, en outre, une nouvelle occasion d'évoquer avec la femme, le problème de la contraception et la nécessité dans l'avenir, d'utiliser des moyens contraceptifs pour ne plus jamais avoir à prendre la décision d'interrompre une grossesse pour les cas où la femme ne désirerait pas avoir d'enfant. Cette information en matière de régulation des naissances - qui est la meilleure des dissuasions à l'avortement - nous paraît si essentielle que nous avons prévu d'en faire une obligation, sous peine de fermeture administrative »).

- 8 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse - Titre II

Section 1 : « Art. L. 162-2: Der freiwillige Schwangerschaftsabbruch darf nur von einem Arzt vorgenommen werden. „Er darf nur in einer öffentlichen Krankenanstalt oder in einer privaten Krankenanstalt erfolgen, die den Bestimmungen des Artikels L. 176 entspricht » (L'interruption volontaire d'une grossesse ne peut être pratiquée que par un médecin. « Elle ne peut avoir lieu que dans un établissement d'hospitalisation public ou dans un établissement d'hospitalisation privé satisfaisant aux dispositions de l'article L. 176).

- 9 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse - Titre II

Section I Interruption volontaire de la grossesse pratiquée avant la fin de la dixième semaine.

« Art. L. 162-1: Eine schwangere Frau, die sich aufgrund ihres Zustands in einer Notlage befindet, kann einen Arzt um den Abbruch ihrer Schwangerschaft bitten. Dieser Abbruch darf nur vor Ablauf der zehnten Schwangerschaftswoche vorgenommen werden (La femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la dixième semaine de grossesse'.

- 10 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse - Titre II

Section I Interruption volontaire de la grossesse pratiquée avant la fin de la dixième semaine.

« Art. L. 162-4. Art. L. 162-4. – Eine Frau, die sich in der in Artikel L. 162-1 genannten Situation befindet, muss nach dem in Artikel L. 162-3 vorgesehenen Verfahren eine Informations-, Beratungs- oder Familienberatungsstelle, ein Zentrum für Familienplanung oder Familienbildung, einen Sozialdienst oder eine andere zugelassene Einrichtung konsultieren, die ihr eine Bescheinigung über die Beratung ausstellen muss. Diese Beratung umfasst ein persönliches Gespräch, in dessen Verlauf der Betroffenen eine ihrer Situation angemessene Unterstützung und Beratung sowie die zur Lösung der sozialen Probleme erforderlichen Mittel angeboten werden. „Die Mitarbeiter der in Absatz 1 genannten Einrichtungen unterliegen den Bestimmungen von Artikel 378 des Strafgesetzbuches. Wann es möglich ist, nimmt das Paar an der Beratung und der zu treffenden Entscheidung teil (Une femme s'estimant placée dans la situation

zwischen 1975 und 2010 die Abtreibung liberalisierten,<sup>11</sup> zeigen diese Rahmung ebenfalls: Es handelte sich meist um Gesundheitsgesetze. Seit 2001 ist die Frage nur noch im „Code de la santé publique“ (und nicht mehr im Strafgesetzbuch) geregelt.

Diese Medikalisierungsperspektive wurde zwar von radikalen Strömungen der feministischen Bewegung scharf kritisiert<sup>12</sup> (weil sie bevormundend war), sie hat jedoch politische und juristische Vorteile. Politisch gesehen, ist es schwieriger, medizinische Fürsorge zu kritisieren als die prinzipielle Vorenthaltung reproduktiver Selbstbestimmung. Frauen hatten zwar noch immer kein Recht auf Abtreibung, aber immerhin ein Recht auf den Schutz ihrer Gesundheit. Abtreibungen werden seit 1982 von der Krankenversicherung bezahlt.<sup>13</sup> Seit 2013 ist die öffentliche Krankenversicherung (*sécurité sociale*) dazu verpflichtet, die Kosten vollständig zu übernehmen.<sup>14</sup> Seit

---

visée à l'article L. 162-1 doit, après la démarche prévue à l'article L. 162-3, consulter un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé qui devra lui délivrer une attestation de consultation. « Cette consultation comporte un entretien particulier au cours duquel une assistance et des conseils appropriés à la situation de l'intéressée lui sont apportés, ainsi que les moyens nécessaires pour résoudre les problèmes sociaux posés. « Les personnels des organismes visés au premier alinéa sont soumis aux dispositions de l'article 378 du code pénal. « Chaque fois que cela est possible, le couple participe à la consultation et à la décision à prendre).

- 11 Loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 relative à l'interruption volontaire de la grossesse ; Loi n° 79-1204 du 31 décembre 1979 relative à l'interruption volontaire de la grossesse ; Loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social ; Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception ; Loi n° 2007-1986 du 19 décembre 2007 relative au financement pour la Sécurité sociale ; Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la Sécurité sociale (Article L2212-7 alinéa 2 CSP) ; Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes ; Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé ; Loi du 20 mars 2017 relative à l'extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse ; Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé ; Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement.
- 12 Siehe die Äußerungen von *Jeanne Weiss* in « La loi Veil, un texte qui ne faisait pas de l'IVG un droit », France culture, 2 décembre 2022.
- 13 Loi n° 82-1172 du 31 décembre 1982 relative à la couverture des frais afférents à l'interruption volontaire de grossesse non thérapeutique et aux modalités de financement de cette mesure.
- 14 Loi n° 2012-1404 du 17 décembre 2012 de financement de la Sécurité sociale (Article L2212-7 alinéa 2 CSP).

2001 sind öffentliche Krankenhäuser verpflichtet,<sup>15</sup> Schwangerschaftsabbrüche anzubieten.

## II. Die Liberalisierung der Abtreibung

Diese gesundheitliche Perspektive wurde nach und nach um eine "Frauenrechte"-Perspektive bzw. eine "Freiheitsperspektive" erweitert.<sup>16</sup> Seit 2001 wurden zahlreiche symbolische Hindernisse abgebaut, wie beispielsweise die "Notlage"-Bedingung, die keine konkreten Auswirkungen hatte, weil es nur die Aussage der Frau war, die bestimmte, ob eine solche Notlage vorlag, die aber im Jahr 1975 doch deutlich anzeigte, dass nur verzweifelte Frauen sollten abtreiben dürfen. Weitere Beispiele für abgebaute symbolische Hindernisse sind die Bedenkenzeit<sup>17</sup> und die Beratung.<sup>18</sup> Seit dem Jahr 2001

---

15 Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

16 Laurie Marguet, De l'existence d'un droit à l'IVG en France, in: Stéphanie Hennette-Vauchez/Laurie Marguet, De Haute Lutte. La révolution de l'avortement, Paris, 2025.

17 Alte Fassung des Artikel 2212-5 Code de la santé publique: « Wenn die Frau nach den in den Artikeln L. 2212-3 und L. 2212-4 vorgesehenen Konsultationen ihren Antrag auf Schwangerschaftsabbruch erneuert, muss der Arzt sie um eine schriftliche Bestätigung bitten; Er darf diese Bestätigung erst **nach Ablauf einer Frist von einer Woche** nach dem ersten Antrag der Frau annehmen, es sei denn, die Frist von zwölf Wochen würde überschritten. Diese Bestätigung kann erst nach Ablauf einer Frist von zwei Tagen nach dem in Artikel L. 2212-4 vorgesehenen Gespräch erfolgen, wobei diese Frist in die oben genannte Frist von einer Woche einbezogen werden kann (Si la femme renouvelle, après les consultations prévues aux articles L. 2212-3 et L. 2212-4, sa demande d'interruption de grossesse, le médecin doit lui demander une confirmation écrite ; il ne peut accepter cette confirmation qu'après l'expiration d'un délai d'une semaine suivant la première demande de la femme, sauf dans le cas où le terme des douze semaines risquerait d'être dépassé. Cette confirmation ne peut intervenir qu'après l'expiration d'un délai de deux jours suivant l'entretien prévu à l'article L. 2212-4, ce délai pouvant être inclus dans celui d'une semaine prévu ci-dessus. Fassung geändert durch Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

18 Alte Fassung des Artikel 2212-4 Code de la santé publique: « Eine Frau, die sich in der in Artikel L. 2212-1 genannten Situation befindet, muss nach dem in Artikel L. 2212-3 vorgesehenen Verfahren eine Informations-, Beratungs- oder Familienberatungsstelle, ein Zentrum für Familienplanung oder Familienbildung, einen Sozialdienst oder eine andere zugelassene Einrichtung konsultieren, die ihr eine Bescheinigung über die Beratung ausstellen muss. Diese Beratung umfasst ein persönliches Gespräch, in dessen Verlauf ihr eine der Situation der Betroffenen angemessene Unterstützung und Beratung sowie die zur Lösung der sozialen Probleme erforderlichen Mittel angeboten werden, insbesondere um ihr die Möglichkeit zu geben, ihr Kind

wurden zudem die Orte, an denen Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden dürfen, erweitert.<sup>19</sup> Auch Hebammen sind inzwischen dazu berechtigt, Schwangerschaftsabbrüche durchzuführen.<sup>20</sup>

Die Wendung "Recht auf Abtreibung" wurden 2014 sogar gesetzlich übernommen. Die Ansicht, dass Abtreibungen als eine Form der Gesundheitsfürsorge aufgefasst werden sollten, hat sich zunehmend durchgesetzt. Ebenso hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass es sich dabei um ein Grundrecht für Frauen handelt.

### *B. Die Verfassungsverankerung der Abtreibung*

Ist die Verankerung der Abtreibung in der Verfassung der letzte Baustein in dem Bestreben, Abtreibung zu einem "Recht" zu machen, und wenn ja, welche Auswirkungen hätte dies? Um diese Frage zu beantworten, ist zunächst zu erläutern, wie diese Verabredung abgelaufen ist.

---

zu behalten. Bei dieser Gelegenheit werden ihr die Namen und Adressen von Personen mitgeteilt, die entweder als Einzelpersonen oder im Namen einer Einrichtung, eines Dienstes oder eines Vereins Frauen und Paaren, die mit den Problemen der Aufnahme eines Kindes konfrontiert sind, moralische oder materielle Hilfe leisten können. Mit Ausnahme der öffentlichen Gesundheitseinrichtungen dürfen diese Beratungen nicht in Einrichtungen stattfinden, in denen Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen werden ». (Une femme s'estimant placée dans la situation mentionnée à l'article L. 2212-1 doit, après la démarche prévue à l'article L. 2212-3, consulter un établissement d'information, de consultation ou de conseil familial, un centre de planification ou d'éducation familiale, un service social ou un autre organisme agréé qui doit lui délivrer une attestation de consultation. Cette consultation comporte un entretien particulier au cours duquel une assistance et des conseils appropriés à la situation de l'intéressée lui sont apportés, ainsi que les moyens nécessaires pour résoudre les problèmes sociaux posés, en vue notamment de permettre à celle-ci de garder son enfant. A cette occasion, lui sont communiqués les noms et adresses des personnes qui, soit à titre individuel, soit au nom d'un organisme, d'un service ou d'une association, seraient susceptibles d'apporter une aide morale ou matérielle aux femmes et aux couples confrontés aux problèmes de l'accueil de l'enfant. Sauf en ce qui concerne les établissements publics de santé, ces consultations ne peuvent se dérouler à l'intérieur des établissements dans lesquels sont pratiquées des interruptions volontaires de la grossesse). Geändert durch Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.

19 Vor allem erweitert durch Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception ; Loi n° 2007-1986 du 19 décembre 2007 relative au financement pour la Sécurité sociale .

20 Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé (für Medikamentöse Schwangerschaftsabbrüche) ; Loi n° 2022-295 du 2 mars 2022 visant à renforcer le droit à l'avortement (für instrumentelle Schwangerschaftsabbrüche).

2022, nach der Entscheidung *Dobbs versus Jackson* des Supreme Court der USA,<sup>21</sup> wollten einige französischen Abgeordnete das Abtreibungsrecht in der Verfassung verankern. Drei Fragen stellten sich:

1. Soll (oder muss) Abtreibung überhaupt in der Verfassung verankert werden?
2. Wo (an welcher Stelle) soll (oder muss) die neue Regelung verankert werden?
3. Wie soll (oder muss) diese neue Vorschrift formuliert werden?

## I. Die Relevanz der Verfassungsverankerung

Die folgenden Argumente gegen eine Verfassungsverankerung wurden vorgebracht:<sup>22</sup>

1. Es gebe keinen Grundrechtekatalog in der französischen Verfassung. Ein neues Recht können deswegen nicht direkt verankert werden, auch das Recht auf Abtreibung nicht. Wenn ein Recht auf Abtreibung eingeführt würde, könnten auch weitere Rechte geschaffen werden, etwa das Recht auf Sterbehilfe oder das Recht auf Zugang zu künstlicher Befruchtung. Dieses Risiko sollte nicht eingegangen werden.<sup>23</sup>
2. Es bestehe keine Notwendigkeit, da das Abtreibungsrecht bereits gesetzlich gut geschützt sei und sogar in der Rechtsprechung des Verfassungsrats anerkannt werde. Der Rücknahme des Rechts auf Schwangerschaftsabbruch in den USA betreffe also nicht Frankreich.

Trotz dieser Gegenargumente herrschte am Ende Einigkeit, dass die Abtreibung in der Verfassung verankert werden sollte.

## II. Die Formulierung und der Standort in der Verfassung

Im Dezember 2022 wurde von der ersten der beiden Parlamentskammern (*Assemblée nationale*) der folgende Satz vorgeschlagen:

---

21 US Supreme Court, *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, 24.06.2022, 597 U.S. 215 (2022).

22 Für eine Zusammenfassung der Debatte: *Laurie Marguet*, La constitutionnalisation du droit à l'avortement, Jus Politicum Blog, 5.12.2022.

23 Ibid.

„Das Gesetz garantiert die Effektivität und den gleichen Zugang zum Recht auf Schwangerschaftsabbruch.“<sup>24</sup>

Ein neuer Artikel 66-2 sollte die Regelung vorsehen. Die Abgeordneten waren nämlich der Ansicht, dass eines der wenigen in der Verfassung verankerten Grundrechte Artikel 66-1 über die Todesstrafe sei. Aus diesem Grund schlugen sie vor, die Bestimmung zur Abtreibung (die ebenfalls als Grundrecht betrachtet werden müsse) direkt im Anschluss in einem neuen Artikel 66-2 zu regeln.

Dieser Vorschlag war ziemlich überraschend, da dies dazu geführt hätte, dass die Bestimmung zur Abtreibung in das Kapitel der Verfassung über die Justiz aufgenommen worden wäre. Ob dieser Vorschlag Sinn machte, wurde allerdings nicht lange diskutiert, da die Abgeordneten der anderen Parlamentskammer (*Sénat*) die Formulierung der *Assemblée nationale* ohnehin ablehnten. Sie stimmten lediglich für eine Verfassungsänderung folgenden Inhalts:

„Das Gesetz legt die Bedingungen fest, unter denen die Freiheit der Frau, ihre Schwangerschaft zu beenden, ausgeübt wird.“<sup>25</sup>

Die Abgeordneten des *Sénat* wollten, dass diese Vorschrift in den Artikel 34 über den Gesetzesvorbehalt aufgenommen wird.

Der Vorschlag des *Sénat* unterschied sich also grundlegend von jenem der Nationalversammlung:

Allein die Verwendung des Wortes "Freiheit" war möglich, da der *Sénat* das Wort "Recht" abgelehnt hatte. So sollte sichergestellt werden, dass kein Anspruch auf Abtreibung geltend gemacht werden könne.<sup>26</sup> Die neue Vorschrift wollte der *Sénat* in Artikel 34 der Verfassung verorten.

Eine kurze Erläuterung zu diesem Artikel 34 klärt auf: Die Stärkung der Kompetenzen der Exekutive war das Ziel bei der Schaffung der französischen Verfassung der V. Republik im Jahr 1958.<sup>27</sup> Die Regierung verfügt seither über selbstständige Regelungsbefugnisse, die es ihr erlauben, eigenständig Entscheidungen zu treffen und Maßnahmen zu ergreifen. Sie hat die Befugnis, Regelungen in allen Bereichen zu treffen, die nicht in Artikel

---

24 Texte n°34 adopté par l'Assemblée nationale le 24 novembre 2022.

25 Texte n° 48 (2022-2023) modifié par le Sénat le 1er février 2023.

26 Laurie Marguet (Fn. 16).

27 Conseil constitutionnel, Que change le régime de la Vème République institué par la Constitution du 4 octobre 1958 par rapport aux régimes précédents ? 2023.

34 aufgeführt sind. Artikel 34 besteht also aus einer Liste von Bereichen, die vom Parlament (bzw. durch Gesetz) geregelt werden müssen.

Es ist freilich kein besonderer Schutz darin zu sehen, die Abtreibung durch Gesetz vorzusehen (was der *Sénat* wollte), da "Abtreibung" seit jeher durch Gesetz geregelt war. Zugleich bedeutet dieser Regelungsansatz auch nicht, dass die Abtreibung von jenem Gesetz geschützt wird, sondern *nur*, dass sie *durch* Gesetz geregelt werden muss. Allerdings wurde seinerzeit auch die Kriminalisierung durch Gesetz bewerkstelligt, das damals natürlich keinen Zugang zum Schwangerschaftsabbruch gewährleistete.

Im Jahr 2022 waren die *Assemblée nationale* und der *Sénat* nicht konsensfähig, was eine Verfassungsänderung zunächst unmöglich machte. Die Regierung schlug deswegen Ende 2023 eine neue Formulierung vor.

*„Das Gesetz legt die Bedingungen fest, unter denen die ‚gewährleistete Freiheit der Frau, einen freiwilligen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen, ausgeübt wird.‘<sup>28</sup>*

Der *Sénat* und die *Assemblée nationale* stimmten diesem Vorschlag zu. So gelangte das Wort „Schwangerschaftsabbruch“ symbolträchtig am 8. März 2024, dem internationalen Frauentag, in die französische Verfassung.<sup>29</sup>

Die Auswirkungen dieser Verankerung in der Verfassung variieren je nach Blickwinkel. Die Auswirkungen können sowohl politisch als auch symbolisch von großer Bedeutung sein, je nach Deutung.

Es ist das erste Mal weltweit, dass das Wort "Schwangerschaftsabbruch" in einer geltenden Verfassung vorkommt, um den Zugang zu gewährleisten. Womöglich ist dies die erste Stufe der Anerkennung der reproduktiven Arbeit von Frauen. Durch diese Verfassungsverankerung berücksichtigt die politische Gemeinschaft zumindest die Bedeutung von Schwangerschaftsabbrüchen für Frauen. Es wurde seinerzeit kurz debattiert, ob das Recht auf Schwangerschaftsabbruch in Artikel 1 (in den Grundsätzen der Republik, darunter Gleichheit) oder in Artikel 3 (über Souveränität) verankert werden solle. Diese Debatte war sehr kurz (sie wurde schnell beendet), obwohl interessant gewesen wäre, ob das Abtreibungsrecht als Voraussetzung von Gleichheit (bzw. Gleichberechtigung) oder sogar der Demokratie gelten

---

28 *Projet de loi constitutionnelle relatif à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*, n°1983, 12 décembre 2023.

29 *Loi constitutionnelle n° 2024-200 du 8 mars 2024 relative à la liberté de recourir à l'interruption volontaire de grossesse*.

muss, damit Frauen als "volle" Bürgerinnen betrachtet werden können. Das wäre ein starkes Symbol für Frauenrechte gewesen.

Die Auswirkungen der Neuregelung sind juristisch noch unklar. Wie bereits betont, ist das Abtreibungsrecht (bzw. die Freiheit zur Abtreibung) inzwischen in Artikel 34 verankert. Der neue Artikel verpflichtet die Gesetzgebung, sich um diese Frage zu kümmern. Er verpflichtet die Gesetzgebung sogar dazu, die „gewährleistete Freiheit, *einen freiwilligen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu lassen*“, zu schützen. Der Umfang dieses Schutzes ist jedoch unklar: Das Wort „gewährleisten“ schützt entweder – minimal – vor einer neuen Kriminalisierung oder aber – weitergehend – vor einer starken Einschränkung des Zugangs zu Abtreibungen. Der Umfang des Schutzes hängt mithin ausschließlich von der Auslegung des Wortes „gewährleisten“ durch den Verfassungsrat ab.<sup>30</sup> Wenn also ein zukünftiges Gesetz etwa die Pflicht zur vorherigen Beratung wieder einführt, die Frist für einen Schwangerschaftsabbruch verkürzt, die Kostenübernahme durch die Krankenversicherung abschafft oder erneut eine Bedenkzeit einführt, würde der Verfassungsrat dies dann als Verstoß gegen Artikel 34 betrachten? Das ist keineswegs ausgemacht, wie ich betonen möchte.

---

30 Laurie Marguet (Fn. 16).

# Reproduktive Freiheit und reproduktive Gerechtigkeit

Sibylla Flügge

## A. Einleitung

„Die Kontrolle über den weiblichen Körper und die Gebärfähigkeit ist zentraler Bestandteil des Patriarchats.“<sup>1</sup>

Mit dieser Feststellung konstatiert *Ute Sacksosky*, dass die reproduktive Freiheit für Frauen ohne Gleichberechtigung nicht zu haben ist. Regelungen, die die menschliche Reproduktion betreffen, werden einerseits unter dem Begriff der Selbstbestimmung oder Autonomie für Frauen verhandelt,<sup>2</sup> andererseits mit dem Anspruch auf gleichberechtigten Zugang aller Menschen zu Methoden reproduktionsmedizinisch unterstützter Fortpflanzung.<sup>3</sup>

1979 wurde in der UN-Frauenrechtskonvention (CEDAW) vereinbart, dass Frauen wie Männern das „Recht auf freie und verantwortungsbewusste Entscheidung über Anzahl und Altersunterschied ihrer Kinder“ zu gewährleisten ist.<sup>4</sup> Dies, wie auch die Forderung nach Sicherstellung sicherer Methoden der Familienplanung und Schaffung der nötigen Rahmenbedingungen für ein befriedigendes und sicheres Sexualleben, wurde unter dem Begriff „reproduktive Gesundheit“ programmatisch aufgegriffen in der Abschlusserklärung der Weltgesundheitskonferenz der Vereinten Nationen, die 1994 in Kairo stattfand.<sup>5</sup>

---

1 *Ute Sacksosky*, Verfassungsgerichtlicher Backlash: Die Dobbs-Entscheidung des US-Supreme Court, KJ 2023, S. 80–92 (80).

2 *Maria Wersig*, Reproduktion zwischen „Lebensschutz“, Selbstbestimmung und Technologie, in: Lena Foljanty/Ulrike Lembke (Hrsg.), *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, 2. Aufl. 2012, S. 197–212; *Friederike Wapler*, Reproduktive Autonomie: rechtliche und rechtsethische Überlegungen, in: Susanne Baer/Ute Sacksosky (Hrsg.), *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen*, 2018, S. 184–214.

3 *Nina Dethloff*, Reproduktive Autonomie, in: Baer / Sacksosky (Fn. 2), S. 229–238, 231; *Anne Röthel*, Autonomie als Bezugspunkt für eine Kritik, ebd. S. 215–227.

4 Art. 16 Abs. 1 e Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18.12.1979, BGBl II 1985, S. 647.

5 *Wapler* (Fn. 2), S. 186.

Die Freiheit einer Frau, sich für oder gegen ein Kind zu entscheiden, war und ist neben den körperlichen wesentlich durch soziale Faktoren determiniert. So geht es für sie z.B. um die Fragen, ob sie das Kind ernähren können, ob die Tatsache der Schwangerschaft mit dem Verlust ihrer Erwerbstätigkeit, ihrer Ehe oder dem Verlust ihrer Ehre verbunden sein wird. Reproduktive Freiheit ist insofern immer auch verbunden mit der Problematik reproduktiver Gerechtigkeit, der Frage, inwieweit auch marginalisierte und unterdrückte gesellschaftliche Gruppen diese Freiheiten in Anspruch nehmen können.<sup>6</sup> Im Folgenden soll es nur um Regelungen gehen, die unmittelbar in die auf den Körper bezogene reproduktive Freiheit der Frauen eingreifen, sowie Regelungen, die die Erzeugung von Kindern mittels reproduktionsmedizinischer Techniken betreffen.<sup>7</sup>

Diese Regelungen haben ihre Wurzeln in der christlich geprägten Tradition unserer Rechtsordnung<sup>8</sup> und den kulturell geprägten Geschlechterbeziehungen.<sup>9</sup> Ein kurzer Blick in die Geschichte (B.) verdeutlicht, die Bedeutung der Frauenemanzipation für die Möglichkeit autonomer Entscheidungen in Bezug auf die menschliche Reproduktion (C.). Bedingungen reproduktiver Freiheit umfassen die Möglichkeit, eine Schwängerung zu verweigern (I.), die Möglichkeit eine Schwängerung zu verhindern durch sexuelle Aufklärung, die Verfügbarkeit von Empfängnisverhütungsmitteln, die Möglichkeit freiwilliger Sterilisation bzw. das Verbot einer Zwangssterilisation (II.) sowie die Möglichkeit, die Schwangerschaft abzubrechen und andererseits das Verbot der Zwangsabtreibung (III.).

Seit wenigen Jahrzehnten geht es auch um die Möglichkeit, mittels reproduktionsmedizinischer Verfahren eigene Kinder zu erzeugen. Die Überwindung des Konzepts binärer Geschlechter und Geschlechtsrollen sowie die Entwicklung reproduktionsmedizinischer Verfahren ist die Basis für Überlegungen, inwiefern es im Bereich menschlicher Reproduktion um Gleichberechtigung der Geschlechter gehen sollte (D.). Unter anderem geht es dabei um die Möglichkeit, unter Einbeziehung Dritter ein genetisch

---

6 Ulrike Lembke, Reproduktive Selbstbestimmung und reproduktive Gerechtigkeit – ein intersektionaler Menschenrechtsansatz, GENDER 1/2024, S. 11–25 (14).

7 Dazu umfassend: Laura Anna Klein, Reproduktive Freiheiten, 2023.

8 Sibylla Flügge, Historische Wurzeln des Antifeminismus – intersektionell. Eine Spurensuche, STREIT 3/2024, S. 116–128.

9 Sibylla Flügge, Historische Grundlagen des Diskurses zur Gleichberechtigung der Geschlechter, in: Magdalena Januszkiewicz/Alina Post/Alexander Riegel/Luisa Scheideler/Alisha Treutlein (Hrsg.), Geschlechterfragen im Recht – Interdisziplinäre Überlegungen, 2021, S. 13–48.

verwandtes Kind zu erzeugen oder ein genetisch nicht verwandtes Kind zu gebären. Dies wird hier am Beispiel der Eizellspende (I.) und der Leihmutterchaft (II.) zur Diskussion gestellt. Die durch Gen- und Reproduktionstechnologien erzeugte Fixierung auf die Bedeutung der Keimzellen trägt dazu bei, Männerrechte in neuem Gewand zu verstärken (E.).

## B. Historischer Hintergrund

Das Verbot, eine Schwangerschaft abzuberechen, diente ursprünglich der Schaffung und Sicherung einer vom Mann abgeleiteten Abstammungslinie. Männer standen und stehen dabei vor dem Problem, dass sie Kinder zwar zeugen, aber nicht zur Welt bringen können, und dass nach der Geburt eines Kindes die Feststellung ihrer Vaterschaft immer einer rechtlichen und/oder medizintechnisch erfolgten Feststellung bedarf.<sup>10</sup>

Das Patriarchat wurzelt historisch in der Bestrebung der Männer, die Erzeugung der eigenen Nachkommen kontrollieren zu können mit allen Folgen für die Weitergabe des Vermögens und verwandtschaftlicher Bündnispflichten. Daraus folgte, dass Männer Regeln einführten, mit denen sie die Sexualität der Frauen und ihre Schwangerschaften kontrollierten.<sup>11</sup>

Unter dem Einfluss der christlichen Kirche wurden daraus allgemeine – aus der Bibel abgeleitete – Sittengesetze, die das Gebot der ehelichen Treue, das Verbot außerehelicher Sexualität wie auch das Verbot der Schwangerschaftsverhütung und des Schwangerschaftsabbruchs umfassten und im Verlauf des Mittelalters in „Bußbüchern“ mit Kirchenstrafen belegt wurden.<sup>12</sup> Diese Grundsätze wurden 1532 in das erste deutschlandweit geltende Strafgesetzbuch Kaiser Karls V., die sogenannte *Carolina*, übernommen.

Die Trennung von Kirche und Staat als Folge der Aufklärung änderte daran zunächst nichts. 1871, nach der Gründung des Kaiserreichs Deutschland, fanden die kirchlichen Gebote unter der Überschrift „Straftaten gegen die Sittlichkeit“ Eingang in das Reichsstrafgesetzbuch. Die Nationalsozialisten gaben den überlieferten Vorschriften eine neue, nun rassistisch ausge-

---

10 So für Deutschland geregelt in §§ 1591 ff. BGB. Dazu umfassend: *Lucy Chebout*, Aufgedrängte Natürlichkeit. Zur Bedeutung von leiblicher Abstammung und Geschlecht im Recht der Eltern-Kind-Zuordnung, 2025.

11 *Gerda Lerner*, Die Entstehung des Patriarchats, 1995, S. 147 ff.

12 *Günther Jerouschek*, Die juristische Konstruktion des Abtreibungsverbots, in: Ute Gerhard (Hrsg.), Frauen in der Geschichte des Rechts, 1997, S. 248–261.

richtete, Ausformung und Begründung.<sup>13</sup> Erst als in den 1960er und 1970er Jahren eine zweite Welle der „Aufklärung“ die theologisch begründeten und – in Westdeutschland<sup>14</sup> – noch immer im Strafgesetzbuch verankerten Sittengesetze in Frage stellte, wurde aus dem Schutzgut der „guten Sitten“<sup>15</sup> das Schutzgut der „sexuellen Selbstbestimmung“.<sup>16</sup> Mit der theologischen Fundierung des Sexualstrafrechts verlor auch das Verbot der Abtreibung im § 218 StGB seine überlieferte theologische Rechtfertigung.<sup>17</sup>

Parallel zum Wandel der Sexualmoral hin zu sexueller Selbstbestimmung ist im Hinblick auf reproduktive Gerechtigkeit auch der Wandel der Geschlechtsrollen hin zu einer Gleichberechtigung der Geschlechter in der Familie von Bedeutung. Die Kontrolle der weiblichen Sexualität und ihrer Reproduktionsfähigkeit ging historisch einher mit einer Unterwerfung der Frauen unter den Willen ihrer Ehemänner.<sup>18</sup> Der Ehemann bestimmte den Wohnsitz, er verwaltete das Geld, auch das seiner Frau, und er konnte bestimmen, ob die Frau erwerbstätig sein durfte. Das Sorgerecht für die Kinder (die „väterliche Gewalt“) stand ihm allein zu – auch nach einer Ehescheidung. Dies galt in Deutschland ungebrochen bis zum Inkrafttreten der in Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz verankerten Gleichberechtigung von Frau-

---

13 Gisela Bock, Frauen in der europäischen Geschichte vom Mittelalter bis zur Gegenwart, 2000, S. 281 ff.

14 Zur „besonderen Sexualkultur“ in der DDR: Dagmar Herzog, Die Politisierung der Lust. Sexualität in der deutschen Geschichte des 20. Jahrhunderts, 2005, S. 223 ff.; zur Rechtslage: Ulrike Diedrich, Öffentliches Sprechen über sexuellen Missbrauch in der früheren DDR, STREIT 1/2005, S. 3–11.

15 §§ 173 ff. StGB vom 15.05.1871: 13. Abschnitt „Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit“; Dana Sophia Valentiner, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 73 f.

16 Neufassung des Strafgesetzbuchs (BGBl. I 1975 S. 1): §§ 174 ff., 13. Abschnitt. „Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“. Durch das 5. Strafrechtsreformgesetz vom 18.6.1974 (BGBl. I, S. 1297 ff.) war bereits in § 218 a StGB die „Abtreibung“, die ab jetzt „Abbruch der Schwangerschaft“ genannt wurde, in den ersten 12 Wochen erlaubt worden. Das Inkrafttreten dieser Regelung war jedoch im Eilverfahren am 21.6.1974 durch das Bundesverfassungsgericht verhindert worden, BVerfGE 37, 324–328.

17 Papst Paul VI hat 1969 mit seiner Enzyklika „Humanae vitae – über die Weitergabe des Lebens“ als Antwort auf die neue Frauenbewegung und die „sexuelle Revolution“ verkündet, dass die „Prinzipien der Ehemoral, die ihre Grundlage im natürlichen Sittengesetz haben“ (I 4.), darauf abzielen, mit jedem ehelichen Akt Kinder zu erzeugen (I 11). Zur Kirchenlehre: Caroline Wittig, Reproduktive Autonomie. Über das Potenzial eines umstrittenen Begriffs, 2018, S. 22 ff.

18 Sibylla Flügge, Vom Züchtigungsrecht zum Gewaltschutzgesetz, in: Susanne Oppermann (Hrsg.), Unrechtserfahrungen. Geschlechtergerechtigkeit in Gesellschaft, Recht und Literatur, 2007, S. 111–136 (115 ff.).

en und Männern.<sup>19</sup> Während in der Bundesrepublik der Nachkriegszeit programmatisch am Ideal der Hausfrauenehe festgehalten wurde, wurde in der DDR die Gleichberechtigung von Frauen und Männern in der Familie und im Erwerbsleben propagiert. Dazu gehörte 1972 auch die Freigabe der Abtreibung in den ersten 12 Wochen der Schwangerschaft. In der BRD sahen konservative Kräfte darin den Ausdruck eines „Unrechtssystems“.<sup>20</sup> Sie verzögerten die formale Gleichberechtigung der Geschlechter im Familienrecht bis 1977 und verweigern die Einführung einer Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs bis heute.<sup>21</sup>

### C. Reproduktive Freiheit

#### I. Die Freiheit, eine Schwängerung zu verweigern

„Nein heißt nein“ – unter dieser Parole wurde 2016 in Deutschland durchgesetzt, dass es strafbar ist, ein „Nein“ der Sexualpartner\*in bewusst zu ignorieren.<sup>22</sup> Zuvor, bis 1997, waren Frauen im § 177 StGB unter dem Titel „Vergewaltigung“ nur vor der Anwendung unmittelbarer Gewalt, verbunden mit einer vaginalen Penetration durch einen Penis, geschützt. Zudem galt für Vergewaltigungen wie auch für die „sexuelle Nötigung“ (§ 178 StGB) die Einschränkung, dass die Gewalttat „außerehelich“ erfolgte; der Ehemann war berechtigt, „seine“ Frau auch gegen deren Willen zu penetrieren oder

---

19 Am 31.3.1953 wurden gemäß Art.117 GG alle der Gleichberechtigung entgegenstehenden Gesetze ungültig. Viele Ungerechtigkeiten wurden allerdings zunächst nicht in Frage gestellt und auch durch das Gleichberechtigungsgesetz von 1957 (BGBl. I, S. 609) nicht beseitigt. Zur Entwicklung der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 GG: *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. erw. Aufl. 1996, S. 79 ff., 119 ff.

20 *Ulrike Lembke*, Verpasste Modernisierung. Die Konsolidierung patriarchaler Staatlichkeit in juristischen Diskursen über die gesamtdeutsche Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs 1990-1993, *Ariadne* 77, Themenheft: Unfruchtbare Debatten? 150 Jahre gesellschaftspolitische Debatten um den Schwangerschaftsabbruch, 2021, S. 182–203 (195 f.). *Lembke* beschreibt ein in diesem Diskurs stattfindendes Othring gegenüber der Bevölkerung der ehemaligen DDR.

21 Ausführlich zur Entwicklung in der DDR in Abgrenzung zur Rechtslage in der BRD: *Sabine Berghahn/Andrea Fritzsche*, Frauenrecht in Ost und West, 1991, S. 135 ff.

22 § 177 StGB in der Fassung vom 4.11.2016. Einen weitergehenden strafrechtlichen Schutz wollten Parlamentarier\*innen des EU-Parlaments im Rahmen der „Richtlinie (EU) 2024/1385 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.5.2024 zur Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt“ durchsetzen, dies scheiterte allerdings.

zu „anderen sexuellen Handlungen“ zu zwingen.<sup>23</sup> Begründete wurde dies mit der „ehelichen Pflicht“ der Ehefrau, ihrem Ehemann sexuelle Befriedigung zu ermöglichen und eine Schwängerung gegen seinen Willen nicht zu verhindern.<sup>24</sup> Diese Definition ehelicher Pflichten – theoretisch wechselseitig konstruiert – beruhte auf dem christlichen, später auch naturrechtlich begründeten Verständnis vom Zweck der Ehe. Frauen, die sich weigerten, ihre „ehelichen Pflichten“ zu erfüllen, riskierten, dass sie „schuldig“ geschieden wurden und damit ihren Anspruch auf Unterhalt und oft auch das Recht auf die Erziehung ihrer Kinder verloren.<sup>25</sup> Diese zivilrechtlich erzeugte Zwangslage, die verbunden war mit der rechtlichen und kulturell verankerten Pflicht der Ehefrauen, für den Ehemann den Haushalt zu führen und die Kinder zu versorgen, endete erst mit der grundlegenden Familienrechtsreform, die 1977 in Kraft trat.<sup>26</sup>

Sexuelle Gewalt – oft verbunden mit dem Risiko einer ungewollten Schwängerung – ist nach wie vor ein Problem, das durch die traditionellen Frauen benachteiligenden Geschlechterbilder, die damit verbundene geschlechtliche Arbeitsteilung und durch unzureichenden Schutz vor geschlechtsbezogener Gewalt begünstigt wird. Dagegen richtet sich die „Istanbul Konvention“ aus dem Jahr 2011.<sup>27</sup> Zu deren Umsetzung hat der Bundestag am 31.01.2025 ein „Gewalthilfegesetz“ beschlossen.<sup>28</sup> Darin ist vorgesehen, dass die Länder ab 2027 „bedarfsgerechte Schutz- und Beratungsangebote“ bereitstellen müssen, und die von Partnerschaftsgewalt be-

---

23 § 177 StGB in der Fassung des 4. StrRG vom 27.11.1973, BGBl I 1725. Schon seit dem 28.11.1973 – als homosexuelle Kontakte zwischen Erwachsenen straffrei wurden – konnten Männer Opfer einer „sexuellen Nötigung“ (§ 178 StGB) werden, für Frauen galt dieser Schutz nur außerhalb ehelicher Beziehungen. Erst 1997, mit dem 33. StrÄndG vom 1.7.1997 (BGBl I, 1607), wurde „Vergewaltigung“ neu definiert, sie konnte nun auch durch den Ehepartner erfolgen, und eine vaginale Penetration war nicht mehr Tatbestandsvoraussetzung. Das hatte zur Folge, dass nun auch Männer im Rechtssinne Opfer einer Vergewaltigung werden konnten. Zur Rechtslage vor 1997: *Claudia Kroll*, Vergewaltigungsprozesse, 1992.

24 BGH, NJW 1967, 1078 (1079); *Palandt*, BGB 26. Aufl. 1966, § 43 EheG Rn. 13 Verweigerung des ehelichen Verkehrs.

25 Eindrückliche Erfahrungsberichte über die rechtlose Situation der Frauen vor 1977: *Sarah Haffner* (Hrsg.), Gewalt gegen Frauen und was Frauen dagegen tun, 1976.

26 *Ute Sacksofsky*, Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, in: Hadumod Bußmann/Renate Hof (Hrsg.), *Genus*, 2005, S. 402–433, 425 f.

27 Übereinkommen des Europarats zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt („Istanbul-Konvention“) von 2011, in Deutschland in Kraft seit dem 1.2.2018.

28 Gesetz zur Sicherung des Zugangs zu Schutz und Beratung bei geschlechtsspezifischer und häuslicher Gewalt („Gewalthilfegesetz“) vom 24.2.2025, BGBl. I, Nr. 57.

troffenen Frauen ab 2032 – 7 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes! – einen Rechtsanspruch auf „Gewährung sicherer und geeigneter Unterkunft sowie Schutz in Eilfällen“ erhalten werden.

## II. Die Freiheit, eine Schwangerschaft zu verhindern

### 1. Recht auf sexuelle Aufklärung

Das Recht über Sexualität, Zeugung und Schwangerschaft aufgeklärt zu werden, gehört zu den Menschenrechten, explizit genannt in Art. 14 Abs. 2 b der UN-Frauenrechtskonvention von 1979, Art. 24 Abs. 2 f. der UN-Kinderrechtskonvention von 1988 und Art. 23 Abs. 1 b der UN-Behindertenrechtskonvention von 2001. Im Jahr 2009 veröffentlichte die UNESCO einen Leitfaden mit dem Titel „International technical guidance on sexuality education“. Aktuell gilt die überarbeitete Fassung von 2018, in der eine ganzheitliche Sexualerziehung als eine der Voraussetzungen für die erfolgreiche Umsetzung der „UN-Agenda 2030 für nachhaltige Entwicklung“ bezeichnet wird.<sup>29</sup>

In Deutschland ist sexuelle Aufklärung seit 1968 verbindlicher Bestandteil des Schulunterrichts.<sup>30</sup> Die Erfindung der Pille, die Frauen ab Anfang der 1960er Jahre eine sichere Empfängnisverhütung versprach, trug dazu bei, dass eine Moral, die Sexualität an die Ehe binden wollte, immer weniger Akzeptanz erfuhr. Damit wuchs die Notwendigkeit, sich über Empfängnisverhütung informieren zu können. Seit der Ausbreitung der HIV-Infektionen ab Beginn der 1980er Jahre wurde sexuelle Aufklärung verstärkt auch auf den Aspekt der Prävention sexuell übertragbarer Krankheiten erstreckt. Zeitgleich wurde als Folge der Einrichtung von Frauenhäusern erkannt, wie sehr nicht nur sexuelle Gewalt gegen Frauen, sondern auch der sexuelle Missbrauch von Kindern verbreitet ist. Daraus ergab sich ein weiteres präventives Ziel der sexuellen Aufklärung, die Schaffung von Voraussetzungen für partnerschaftliche Beziehungen.<sup>31</sup>

---

29 Zu den Hintergründen: WHO-Regionalbüro für Europa: Standards für die Sexualaufklärung in Europa, 2011, S. 11 ff., <https://whocc.bioeg.de/publikationen/standards-fuer-sexualaufklaerung/>; Klein (Fn. 7), S. 382 ff. (Letzter Zugriff auf alle Webseiten am 13.10.2025.)

30 Valentiner (Fn. 15), S. 92 ff, 247 ff., 393 ff.

31 WHO-Regionalbüro für Europa (Fn 29); Klein (Fn. 7), S. 382 ff.

Weil im Einigungsvertrags mit der ehemaligen DDR eine Liberalisierung des Abtreibungsverbots vereinbart worden war,<sup>32</sup> wurde im Zuge der Reform der §§ 218 ff. StGB 1992 die staatliche Pflicht zur sexuellen Aufklärung und ein entsprechender individueller Rechtsanspruch in einem eigens dafür geschaffenen Gesetz verankert, mit dem Ziel, die Zahl von Schwangerschaftsabbrüchen zu reduzieren.<sup>33</sup>

Von Anfang an gab es gegen sexuelle Aufklärung heftige Proteste vorrangig aus christlichen Kreisen, die durch eine damit verbundene Infragestellung der christlichen Sexualmoral den Untergang der christlichen Familie fürchteten. Im Zuge einer in vielen Ländern zu beobachtende Zunahme radikaler Proteste gegen eine sogenannte „woke“ Kultur, verstärkten sich in den letzten Jahren die Widerstände gegen sexuelle Aufklärung in Schulen und Kindergärten. Kinder sollen durch Unkenntnis vor sexuellen Erfahrungen vor der Ehe bewahrt werden. Die Anerkennung anderer Geschlechter soll ebenso verboten werden wie Homosexualität. Propagiert wird die „heile Familie“ aus Vater, Mutter und Kindern, wobei dies oft verbunden wird mit der Idealisierung der traditionellen Arbeitsteilung.<sup>34</sup>

## 2. Zugang zu Empfängnisverhütungsmitteln

Das Verbot, eine Schwangerschaft zu verhüten und das Verbot eine Schwangerschaft abzubrechen sind im Rahmen einer patriarchal geprägten Rechtsordnung eng miteinander verwoben. Mit beiden Handlungsweisen verstoßen Frauen gegen die ihnen in christlich-abendländischer Tradition auferlegte „eheliche Pflicht“, dem Ehemann auf dessen Wunsch Nachkommen zu erzeugen. Diese Pflicht wurde in Deutschland seit dem Mittelalter von den durchweg männlichen Theologen hergeleitet aus der Bibel,<sup>35</sup> später von Philosophen aus dem Naturrecht bzw. dem von *Carol Pateman* so be-

---

32 Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands (Einigungsvertrag) vom 31.8.1990, Art. 31 Familie und Frauen, Abs. 4.

33 §§ 1, 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz vom 27.7.1992 (BGBl. I S. 1398).

34 Siehe z.B. die Website: <https://demofueralle.de/ueber-uns/> mit entsprechenden Links z.B. zu [www.agens.de](http://www.agens.de). Die *Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung* (BzGA – heute bioeg) hält dagegen: Standards für Sexuaufklärung in Europa – FAQs. Fragen und Antworten (siehe Fn. 29).

35 *Ida Ramig*, Stellung und Wertung der Frau im kanonischen Recht, in: Gerhard (Hrsg.) (Fn. 12), S. 698–712; *Elisabeth Koch*, Die Frau im Recht der Frühen Neuzeit, ebd. S. 73–93.

nannten „sexual contract“, der seit der Aufklärung unterstellten freiwilligen Unterwerfung der Frauen unter die Männer, als Basis eines „Gesellschaftsvertrags“, den Männer miteinander schlossen.<sup>36</sup>

Als Frauen die Möglichkeit erhielten, unauffällig mittels der „Pille“ Schwangerschaften zu verhüten, gab es die Befürchtung, Frauen werde es dadurch erschwert, der Verführung zum Ehebruch zu widerstehen.<sup>37</sup> Einen größeren Raum als die Gefährdung der Ehe durch unbemerkten Ehebruch nahm in der öffentlichen Diskussion die Sorge vor einer unbekümmerten sexuellen Aktivität vor der Ehe ein.<sup>38</sup> Um diese zu verhindern, war bis 1968 nicht nur die Ermöglichung außerehelicher Sexualität verboten (§§ 180, 181 StGB), sondern auch die Aufstellung von Automaten mit Kondomen an öffentlich zugänglichen Orten.<sup>39</sup> Ärzte, die sich als Hüter sexueller Moral verstanden, verfassten Richtlinien, mit der sie die Abgabe der „Pille“ an nicht verheiratete Frauen verhindern wollten.<sup>40</sup> Andererseits wurde die neue Möglichkeit, eine Schwangerschaft sicher zu verhüten als Akt der Emanzipation gefeiert:

*„Den Frauen wurde eine neue Freiheit gegeben. Zum ersten Male tritt die Frau dem Mann als physisch gleichberechtigter Geschlechtspartner gegenüber: Wünscht sie sich kein Kind, kann sie frei und unbelastet lieben wie der Mann.“<sup>41</sup>*

Von Feministinnen wurde die „Pille“ Anfang der 1970er Jahre durchaus kritisch bewertet:

*„In dem Augenblick aber, wo die Verhütungsaufgabe allein zur Sache der Frau wird und für den Mann unsichtbar und unfühlbar bleibt (chemisch??*

---

36 Carol Pateman, *The sexual contract*, Cambridge, 1998; Doris Alder, *Die Wurzel der Polaritäten: Geschlechtertheorie zwischen Naturrecht und Natur der Frau*, 1992.

37 Hanns M. Heuer, *Die Anti Baby Pille. Fortschritt oder Gefahr?*, 1968, S. 134.

38 *Frauenhandbuch Nr.1 – Abtreibung + Verhütungsmittel von Brot und Rosen*, 1972, S. 106, kritisiert wurden dort auch die Nebenwirkungen, gefordert wurde, Männer zur Verhütung zu verpflichten, bevorzugt durch Sterilisation, ebd. S. 108.

39 BGH, Urteil vom 17.3.1959, BGHSt 13, 16-21, zum Verbot „Gegenstände, die zum unzüchtigen Gebrauch bestimmt sind“ öffentlich zugänglich zu machen, § 184 StGB von 1871; BVerwG, Urteil vom 25.5.1965, BVerwGE 21, 169-174, unter Bezug auf den am 10.2.1960 zum Schutz der Jugend vor sittlicher Gefährdung eingefügten § 41 a Gewerbeordnung (BT-Drs. 318, Nr. 15a, S. 20, vom 8.4.1958); *Valentiner* (Fn. 15), S. 72.

40 Heuer (Fn. 37), S. 124 f.

41 Heuer (Fn. 37), S. 131.

*mechanisch?? hormomell??), gibt sich der Mann der Liebe hin, während die Frau denkt: ob die Pille hält, was sie verspricht?*<sup>42</sup>

Heute bestehen Barrieren in Bezug auf die Zugänglichkeit sicherer Empfängnisverhütung insbesondere auf der Kostenseite. Wer wenig Geld hat, muss sich die Kosten für Verhütungsmittel von anderen notwendigen Ausgaben absparen. Das Bürgergeld und erst recht die Asylbewerberleistungen enthalten dafür keinen Kostenansatz.<sup>43</sup> Im Zuge der Reform des § 218 wurde zur Prävention von Abtreibungen die Abgabe von empfängnisverhütenden Mitteln als Kassenleistung eingeführt, allerdings nur für die besonders gefährdete Gruppe der jungen Frauen bis 20, heute bis 22 Jahren (§ 24 a SGB V). Dies gilt seit 2015 auch für die rezeptfreie „Pille danach“, die den Eisprung verhindert. Seit 2025 wird diese auch an Opfer sexueller Gewalt kostenlos abgegeben.<sup>44</sup>

Barrieren jenseits der Kostenfrage bestehen für Personen, die wegen geistiger oder psychischer Beeinträchtigungen nicht dazu in der Lage sind, sich selbst mit passenden Verhütungsmitteln zu versorgen. Für diese Personengruppe besteht nicht nur das Risiko einer ungewollten Schwangerschaft bei gewollten sexuellen Kontakten, sondern auch ein erhöhtes Risiko einer Schwangerschaft bei ungewolltem Geschlechtsverkehr. Dies wird zum Vorwand genommen, Frauen sogenannte 3-Monatspritzen zu geben bzw. ihnen „Spiralen“ einzusetzen, um sie vor Schwangerschaften zu schützen, ohne dass sie sich informiert zu der Frage verhalten können, ob sie dies wollen.<sup>45</sup>

---

42 Frauenhandbuch Nr. 1 (Fn. 38), S. 73.

43 Klein (Fn. 7), S. 5; Maria Wersig/Susanne Dern, Maßnahmen bei Unterdeckung des Bedarfs für Kosten von Verhütungsmitteln im SGB II und SGB XII, info also 2/2020, S. 56–61.

44 Der UN-Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau verlangte am 11.5.2023 im 9. Staatenbericht für Deutschland, Nr. 45 (d), die kostenlose Abgabe von Verhütungsmitteln, <https://digitallibrary.un.org/record/4013941?v=pdf>.

45 Julia Zinsmeister, Reproduktive Gerechtigkeit im Kontext von Geschlecht und Behinderung, KJ 2023, S. 56–68; dies., Behinderungen reproduktiver Freiheit und Gesundheit, djbZ 2017, S. 15, unter Verweis auf eine vom UN-Fachausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen 2015 geäußerte Besorgnis, CRPD/C/DEU/CO/1.

### 3. Zugang zur Sterilisation – Abwehr von Zwangssterilisationen

#### a) Gewünschte Sterilisation

1975 erschien eine Broschüre mit dem Titel: „Sterilisation, eine Notlösung, die wir uns erst noch erkämpfen müssen“.<sup>46</sup> Dort wurde beklagt, dass die Frage, ob eine Frau sich sterilisieren lassen darf, von Ärzten auf Basis bestimmter Indikationen entschieden wurde. Letztere waren auf Anregung des BGH entstanden,<sup>47</sup> der 1964 darüber zu entscheiden hatte, ob ein Arzt, dem vorgeworfen worden war, circa 1.300 Frauen, fast alle verheiratet mit Kindern, sterilisiert zu haben, zu bestrafen sei. Der BGH stellte fest, dass eine Sterilisation, die ohne ärztlich festgestellte Notwendigkeit erfolge, zwar gegen die guten Sitten verstoße, jedoch nicht als Körperverletzung bestraft werden könne. Zur Begründung führte er aus, das Gesetz von 1933, das die Zwangssterilisation von Alkoholikern und Menschen mit sogenannten Erbkrankheiten vorsah, wie auch die Verordnung von 1943, die die Sterilisation von Personen unter Strafe stellte, deren Nachwuchs erwünscht war, seien durch Kontrollratsgesetz außer Kraft gesetzt worden, ohne dass ein anderes Gesetz die Lücke gefüllt habe.<sup>48</sup> Der BGH ließ aber ausdrücklich offen, ob freiwillige Sterilisationen gegen ärztliche Standespflichten verstoßen könnten. Die Ärzte regelten daraufhin im § 4 ihrer Berufsordnung, dass Sterilisationen nur vorgenommen werden sollten bei Lebensgefahr, vererbaren Krankheiten oder Armut bei mehreren Kindern.<sup>49</sup>

Die Einwilligung einer erwachsenen Person in ihre Sterilisation gilt heute nicht mehr als sittenwidrig, aber es gibt noch eine Kostenschranke für Frauen, die eine Sterilisation wünschen. So regelt § 24 b SGB V unter der Überschrift „Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation“, dass die Kosten

---

46 *Freia Hoffmann* (Hrsg.), Sterilisation. Eine Notlösung, die wir uns erst noch erkämpfen müssen, 1975, S. 5.

47 Urteil des BGH vom 27.10.1964, BGHSt 20, 81-86.

48 BGH (Fn. 47), Rdnr. 20 unter Bezug auf das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14.7.1933, RGBl. I 1933, S. 529–531; Verordnung zur Durchführung der Verordnung zum Schutze von Ehe, Familie und Mutterschaft vom 9.3.1943 (RGBl. I, 140).

49 *Hoffmann* (Fn. 46), S. 5 f.; *Heuer* (Fn. 37), S. 50 ff.; am 29.6.1976 räumte der BGH (BGHZ 67, 48–56) einer Frau mit drei ehelichen Kindern eine ausreichende „Lebenssicht“ ein, die Entscheidung über eine Sterilisation „selbstverantwortlich treffen zu können“, *Klein* (Fn. 7), S. 79 f.

der ärztlichen Leistung nur „bei einer durch Krankheit erforderlichen Sterilisation“ übernommen werden.<sup>50</sup>

## b) Zwangssterilisation

Während es lange als verwerflich galt, wenn eine Frau die Geburt von Kindern vermeiden wollte, ohne gänzlich auf Sexualität zu verzichten, wurden andere gegen ihren Willen sterilisiert. Zwangssterilisationen von Frauen, denen nicht zugetraut wurde, Schwangerschaften zu vermeiden bzw. denen nicht erlaubt werden sollte, Kinder zu bekommen, galten lange als unproblematisch bzw. unvermeidbar.<sup>51</sup> Mit dem Betreuungsgesetz, durch das 1992 die Entmündigung abgeschafft wurde, wurden die Rechte auf Selbstbestimmung gestärkt und die Wirksamkeit einer Einwilligung in Sterilisationen durch gesetzliche Betreuer\*innen starken Einschränkungen unterworfen.<sup>52</sup> Allerdings blieben Zwangssterilisierungen legal, wenn Betreuer\*innen und Gerichte davon ausgingen, dass die Frau nicht dazu in der Lage sei, ein Kind aufzuziehen und darum unter der drohenden Zwangsadoption ihres Kindes leiden werde. Diese Einschränkung wurde erst 2023 abgeschafft.<sup>53</sup>

Aber noch heute werden viele Frauen, insbesondere solche mit geistigen Beeinträchtigungen, mit zum Teil subtilen Mitteln davon abgehalten, eine Sterilisation zu verweigern.<sup>54</sup> Das Recht, auch bei bestehenden starken Behinderungen Kinder zu bekommen, ist zwar in der UN-Behindertenrechtskonvention verankert, das SGB IX aus dem Jahr 2001, das der Verwirklichung dieser Rechte dienen soll, sieht einen Rechtsanspruch auf

---

50 Hiervon unabhängig sind die Regelungen über hormonelle und operative Eingriffe, die der geschlechtlichen Transition dienen. Während das Transsexuellengesetz von 1981 eine Unfruchtbarmachung verlangte, wurde dies vom BVerfG mit Urteil vom 11.1.2011 (BVerfGE 128, 109–138) als menschenrechtswidrig verworfen: *Theresa Anna Richartz*, *The state's hands in our underpants. Rechtliche Regulierung von Reproduktion in Deutschland*, in: Marie Fröhlich/Ronja Schütz/Katharina Wolf (Hrsg.), *Politiken der Reproduktion*, 2022, S. 47–67, 61.

51 *Zinsmeister* (Fn. 45); *Raphael Rössel*, *Koppelung von Behinderten- und Frauenrechten in westdeutschen Debatten um den § 218 von den 1960er bis in die 1990er Jahre*, *Ariadne* 77 (Fn. 20), S. 64–79.

52 § 1905 BGB in der Fassung des Betreuungsgesetzes von 1990 (BGBl. I, S. 2002 ff.).

53 Neufassung des Betreuungsrechts, jetzt § 1830 BGB (BGBl. I, 2021, S. 882 ff.).

54 *Zinsmeister* (Fn. 45).

Elternassistenz jedoch erst seit 2016 vor.<sup>55</sup> Trotzdem werden in der Realität auch heute noch Mütter mit Behinderungen durch oft unüberwindbare Hürden am Zusammenleben mit ihren Kindern gehindert.<sup>56</sup>

### III. Die Freiheit, eine Schwangerschaft abubrechen

#### 1. Die Reformdebatte seit 1970

*„Noch immer haben wir eine Rechtslage, deren Grundzüge das BVerfG vor etwa 50 Jahren angeordnet und vor 30 Jahren zementiert hat: Der Schutz des Ungeborenen Lebens hat Vorrang vor den Rechten der Frau.“<sup>57</sup>*

Dieses Machtwort des Bundesverfassungsgerichts geht von der Vorstellung aus, dass zwei getrennte Individuen einen Rechtsstreit führen um die Frage, die aus der Sicht des Ungeborenen gestellt wird: darf die Schwangere mich töten? Wogegen die Schwangere auf ihrem Recht besteht, Entscheidungen über ihren Körper, ihren Bauch und alles, was darinnen ist, selbst treffen zu dürfen.<sup>58</sup> Die gedankliche Trennung von der schwangeren Frau und dem in ihr lebenden Embryo bzw. Fötus ist mit der Vorstellung geborener Menschen verbunden, wenn sie darüber nachdenken, dass ihre Mutter die Möglichkeit gehabt hätte, ihre Geburt zu verhindern. Es ist das Bild von der mächtigen Mutter, die Leben geben und nehmen kann – symbolisiert in Muttergottheiten. Eine angstbesetzte Vorstellung – die für Männer keinen Trost enthält, während Frauen weniger darunter leiden, können sie sich doch leichter mit der Muttermacht identifizieren.

Bis zur Einführung des Ultraschalls in der Schwangerenvorsorge Mitte der 1970er Jahre machten sich Schwangere in der Frühschwangerschaft kaum Vorstellungen über die Gestalt des Embryos.<sup>59</sup> Wenn dieser unge-

---

55 Geregelt in § 78 Abs. 3 Sozialgesetzbuch Neuntes Buch (SGB IX) – Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen, in der Fassung vom 23.12.2016 (BGBl. I S. 3234).

56 *Deutscher Juristinnenbund*, Policy Paper 25-16 vom 5.5.2025: Reproduktive Rechte im Kontext von Behinderung, [www.djb.de](http://www.djb.de).

57 *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 80.

58 *Dagmar Oberlies*, Bedingungen für die Entstehung des Embryos als Rechtssubjekt, in: Anke Bohnacker/Christel Eckart/Mechtild M. Jansen/Christiane Köhler-Endres (Hrsg.), *Körperpolitik mit dem Frauenleib*, 1998, S. 183–206.

59 *Barbara Duden*, *Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Missbrauch des Begriffs Leben*, 1991.

wollt ausgestoßen wurde oder ein Abbruch in der Frühschwangerschaft herbeigeführt wurde, ging Blutgewebe ab, wie Frauen es von ihren Menstruationen kannten. Dementsprechend hatten die meisten Frauen, insbesondere in der Frühschwangerschaft, wenig Skrupel, eine Schwangerschaft abzuberechnen, wenn es ihnen unerträglich erschien, ein Kind zur Welt zu bringen.<sup>60</sup> Die neue Frauenbewegung konstituierte sich Anfang der 1970er Jahre wesentlich um die Forderung nach der ersatzlosen Streichung des § 218 StGB, der den Schwangerschaftsabbruch als Tötungsdelikt unter Strafe stellt. 1974 feierte es die Frauenbewegung als Teilerfolg, dass die SPD und FDP im Bundestag die Entkriminalisierung des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten 12 Wochen der Schwangerschaft beschlossen hatten.<sup>61</sup>

Das Inkrafttreten des Gesetzes wurde jedoch auf Antrag der CDU/CSU durch das Bundesverfassungsgericht verhindert.<sup>62</sup> Das Gericht suchte und fand 1975 eine neue Begründung für die Aufrechterhaltung der Strafbarkeit von Schwangerschaftsabbrüchen auch in der Frühschwangerschaft: das vom Frauenkörper unabhängig gedachte Lebensrecht des Embryo, das vorrangig vor der grundrechtlich geringer einzustufenden Handlungsfreiheit der Schwangeren zu schützen sei.<sup>63</sup> Diese vom Gericht hier erstmals postulierte „Schutzpflicht“ des Staates, die sich gegen die körperliche Selbstbestimmung von Frauen richtete, konnte in der Folgezeit im Kampf gegen Gewalt gegen Frauen genutzt werden, um den Schutz auch für Frauen zu fordern, die Opfer geschlechtsbezogener Gewalt geworden waren.<sup>64</sup>

Wenn das BVerfG 1975 postulierte, die schwangere Frau – an schwangere Transmänner war damals noch nicht zu denken – sei verpflichtet, das Heranwachsen des Fötus in ihrem Leib zu dulden, so klang das damals nicht so abwegig, wie es heute erscheinen mag: Noch galt für Ehefrauen das Gebot der „ehelichen Pflichten“. Das Bundesverfassungsgericht argumentierte auf dem Hintergrund einer überlieferten Rechtspflicht im Sinne des Kirchenrechts bzw. eines Staatsrechts, das sich anmaßte, die Geburt gewünschter

---

60 Anja Titze, *Recht und Rechtswirklichkeit. Schwangerschaftsabbruch in Europa*, Ariadne (Fn. 20), S. 144–163.

61 Uta König, *Gewalt über Frauen. Abtreibung – ungelöstes Problem unserer Gesellschaft*, 1980. S. 68 ff.

62 BVerfGE 37, 324–328 (Fn.16).

63 Ute Sacksofsky, *Das Frauenbild des Bundesverfassungsgerichts*, in: Beate Rudolf (Hrsg.), *Querelles*. Bd. 14, 2009, S. 191–215 (210), zu: BVerfGE 39, 1–95 (35 ff.).

64 Sacksofsky (Fn. 63), S. 209.

Kinder zu erzwingen.<sup>65</sup> Allerdings sah auch das Bundesverfassungsgericht, dass es Situationen geben kann, in denen einer Schwangeren – ähnlich wie beim Recht auf Notwehr – das Recht zugestanden werden muss, ihre Schwangerschaft abzubrechen. Nur „wird der Frau nicht zugetraut, eine solche moralische Entscheidung zu treffen. Ihre Entscheidung erscheint >willkürlich<“<sup>66</sup>

Einer gewissen Willkürlichkeit unterlag die Position des Gerichts zur sogenannten „eugenischen“ Indikation. In Abgrenzung zum Nationalsozialismus und unter Bezugnahme auf die „Schöpfungsordnung“ wurde zunächst argumentiert, dass jede Tötung eines sich entwickelnden menschlichen Lebens, auch des „scheinbar sozial wertlosen“, unabdingbar als Tötungsdelikt zu ächten sei. Trotzdem wird es der Schwangeren freigestellt, die Schwangerschaft abbrechen zu lassen, wenn

*„dringende Gründe für die Annahme sprechen, daß das Kind infolge einer Erbanlage oder infolge schädlicher Einflüsse vor der Geburt an einer nicht behebbaren Schädigung seines Gesundheitszustandes leiden würde, die so schwer wiegt, daß von der Schwangeren die Fortsetzung der Schwangerschaft nicht verlangt werden kann.“<sup>67</sup>*

Willkürlich erscheint auch, dass das Gericht nichts dagegen einzuwenden hatte, das Abtreibungsverbot erst mit Einnistung der befruchteten Eizelle in der Gebärmutter einsetzen zu lassen. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass die damals in Gebrauch kommende Schwangerschaftsverhütung durch eine in der Gebärmutter liegende Spirale nicht unter das Abtreibungsverbot fallen sollte.

Die einzige Frau, die an der Entscheidung beteiligt war, Richterin *Wiltraud Rupp-von Brünneck*, wandte sich in scharfen Worten gegen die Gleichsetzung der Freigabe von Abtreibungen mit „Euthanasie“ oder „Tötung unwerten Lebens“. Und sie betonte:

*„Der Umstand, daß erst in einem längeren Entwicklungsprozeß ein vom mütterlichen Organismus trennbares selbständig existentes Lebewesen ent-*

---

65 Gabriele Czarnowski, Frauen als Mütter der „Rasse“. Abtreibungsverfolgung und Zwangseingriff im Nationalsozialismus, in: Katalog des Deutschen Hygiene-Museums (Hrsg.), Unter anderen Umständen, 1993, S. 58–72. Ute Sacksofsky, „Produktive Sexualität“: Bevölkerungspolitik durch Recht, in: Ulrike Lembke (Hrsg.), Regulierungen des Intimen, 2017, S. 97–116 (104 ff).

66 Sacksofsky (Fn. 63), S. 211.

67 § 218 a Abs. 2 Ziff.1 StGB in der Fassung vom 18.5.1976; BVerfGE 39, 1–95, (Rd. 166).

*steht, legt es vielmehr nahe oder läßt es wenigsten zu, bei der rechtlichen Beurteilung zeitliche, dieser Entwicklung entsprechende Zäsuren zu berücksichtigen.*<sup>68</sup>

Nach den Vorgaben des Gerichts verabschiedete der Bundestag 1976 die sogenannte „Indikationenregelung“, wonach Schwangerschaftsabbrüche bei bestimmten ärztlich diagnostizierten Notlagen als gerechtfertigt galten.<sup>69</sup> Welche Notlage als Rechtfertigungsgrund anerkannt wurde, unterschied sich je nach Arztpraxis und Bundesland. Dass die rechtliche Nachprüfbarkeit der Indikationen zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit beitrug, wurde einer breiten Öffentlichkeit schlagartig klar, als in Memmingen ein Arzt angeklagt wurde, der zwischen 1979 und 1985 bei 894 Frauen einen Schwangerschaftsabbruch vorgenommen hatte. Die Staatsanwaltschaft hatte die von ihm festgestellten Indikationen durch Verhöre der betroffenen Frauen im Nachhinein überprüft und in vielen Fällen für rechtswidrig erklärt.<sup>70</sup>

## 2. Die Reformdebatte im Rahmen der Deutschen Einigung

Mit dem Beschluss, die DDR mit der BRD zu vereinigen wurde deutlich, dass die Frauen in der DDR zum Teil mehr Rechte und Möglichkeiten hatten als Frauen in der BRD. Die drohende Übernahme aller Gesetze der BRD hätte zur Folge gehabt, dass die in der DDR geltende Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten 12 Wochen abgeschafft worden wäre. Diejenigen, die für die DDR den „Einigungsvertrag“ verhandelten,

---

68 Minderheitsvotum der Richterin *Rupp-von Brünneck*, BVerfGE 39, 1–95 (45 Rn. 243).

69 BGBl. I 1976, S. 1213 ff.; nach § 218, 218a StGB sollte eine Schwangere nicht bestraft werden, wenn sie sich hatte beraten lassen und der Abbruch innerhalb einer Frist von 22 Wochen durch einen Arzt vorgenommen worden war. Ärzte blieben innerhalb einer 12-Wochen-Frist straflos, wenn die Frau sich hatte beraten lassen und der abbrechende Arzt von einer Vergewaltigung oder einer sozialen Notlage ausging; eine 22 Wochen-Frist galt bei einer befürchteten schweren Behinderung des erwarteten Kindes, oder wenn für die Schwangere eine Lebensgefahr oder „eine schwerwiegende Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes“ drohte.

70 Da *Dr. Theissen* die so erzielten Einnahmen nicht versteuert hatte, wurden von der Steuerfahndung 1591 seiner Patientinnenakten beschlagnahmt. Die Staatsanwaltschaft überprüfte u.a. durch Vernehmung der Patientinnen, ob ein Schwangerschaftsabbruch „ohne Indikation“ vorgenommen worden sei und erließ in der Folge gegen 279 Frauen und 78 unterstützende Personen Strafbefehle: *Gisela Friedrichsen*, Abtreibung. Der Kreuzzug von Memmingen, 1991, S. 87 ff.

wollten nicht auf die Fristenregelung verzichten, die Verhandler für die BRD wollten sich nicht darauf verpflichten, eine solche einzuführen.<sup>71</sup> Entsprechend doppeldeutig sah die Einigung aus:

*„Es ist Aufgabe des gesamtdeutschen Gesetzgebers, spätestens bis zum 31. Dezember 1992 eine Regelung zu treffen, die den Schutz vorgeburtlichen Lebens und die verfassungskonforme Bewältigung von Konfliktsituationen schwangerer Frauen vor allem durch rechtlich gesicherte Ansprüche für Frauen, insbesondere auf Beratung und soziale Hilfen, besser gewährleistet, als dies in beiden Teilen Deutschlands derzeit der Fall ist.“<sup>72</sup>*

Auf dieser schwammigen Grundlage beschloss der Bundestag am 27.7.1992 erneut eine Reform des § 218 StGB im Sinne einer Fristenregelung.<sup>73</sup> Auch dieses Gesetz konnte nicht in Kraft treten, weil die CDU/CSU dagegen Klage erhob. Begründet wurde dies unter anderem auch mit dem Verweis auf den grundsätzlichen „Unrechtscharakter“ der Rechtsordnung in der DDR, in der die Fristenregelung schon seit 1972 galt.<sup>74</sup> Die Fristenregelung wurde vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 28.5.1993 erneut für verfassungswidrig erklärt.<sup>75</sup>

In seinem zweiten Urteil, mit dem das Bundesverfassungsgericht erneut eine vom Bundestag beschlossene Fristenregelung ablehnte, bekräftigte es das 1975 postulierte Prinzip der Schutzpflicht des Staates für Ungeborene gegen die Schwangere, indem es die Rechtsfigur des „Untermaßverbotes“ ersann.<sup>76</sup> Anders als 1974 verzichtete das Gericht jedoch darauf, für die Frühschwangerschaft eine Indikationenregelung vorzugeben, die sich nicht bewährt hatte. Stattdessen erfand es eine Fristenregelung, die vorsah, dass Schwangerschaftsabbrüche innerhalb der vorgegebenen Fristen zwar rechtswidrig seien, aber nicht bestraft werden sollten, eine rechtsdogmatisch einmalige und höchst zweifelhafte Konstruktion.<sup>77</sup> Damit trat

---

71 *Lembke* (Fn. 20), S. 184 f.

72 Einigungsvertrag (Fn. 32), Art 31, Abs. 4 Satz 1.

73 „Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz)“, (BGBl. I vom 4.8.1992, S. 1398).

74 *Lembke* (Fn. 20), S. 184 ff.

75 BVerfGE 88, 203–366.

76 *Sacksofsky* (Fn. 63), S. 209.

77 *Ute Sacksofsky* (Fn. 63) S. 209; *Dagmar Oberlies*, § 218: die Frau als Grundrechtssubjekt, STREIT 2/1992, S. 60–67 (65 f.).

zunächst eine Art Rechtsfrieden ein, weil der einzige Unterschied zur angestrebten Fristenregelung darin zu bestehen schien, dass die Kosten des Abbruchs nur bei Schwangeren übernommen werden, die nicht zahlungsfähig sind.<sup>78</sup>

### 3. Aktuelle Debatten

Die Weiterentwicklung der Ultraschalltechnologie und ihre routinemäßige Anwendung im Rahmen der Schwangerschaftsvorsorge veränderte die Vorstellung über den Embryo. Statt über Kindsbewegungen zu spekulieren, betrachten Schwangere und ihre Partner\*innen heute gemeinsam Fotos und Filme mit detaillierten Aufnahmen des Ungeborenen im „uterinären Umfeld“. Der Uterus erscheint auf dem Bildschirm in der gynäkologischen Praxis als Kosmos außerhalb der Schwangeren.<sup>79</sup> Auf diesem Hintergrund gewann in den letzten Jahren die Auffassung, dass das Leben des Ungeborenen höher zu gewichten sei als das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren, an Plausibilität.

Dies wurde und wird von den sogenannten „Lebensschützern“<sup>80</sup> ausgenutzt, die versuchen, mit Bildern Ungeborener Schwangere moralisch unter Druck zu setzen, damit sie nicht abtreiben. Ihre Kampagnen vor Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen<sup>81</sup> und ihre Kampagnen gegen Ärzt\*innen, die Abtreibungen durchführen, haben dazu geführt, dass immer weniger Ärzt\*innen dazu bereit sind, Abbrüche vorzunehmen. Das von „Lebensschützern“ 2017 angestoßene Strafverfahren gegen die Ärztin Kristina Hänel, die auf ihrer Website erklärt, mit welcher medizinischen Methode sie Schwangerschaftsabbrüche vornimmt, erregte in der Öffentlichkeit Erstaunen und Empörung. Angeklagt war sie wegen des in § 219a

---

78 Ute Sacksofsky, Legalisierung der Eizellspende – ein feministisches Statement (dagegen), STREIT 3/2024, S. 99–104 (99).

79 Daniel Hornuff, Lebensschutzdebatte im Zeitalter der Digitalisierung. Über Schwangerschaft als Gestaltungsprojekt, Aus Politik und Zeitgeschichte (APuZ), 10.5.2019, www.bpb.de.

80 Kirsten Achtelik/Eike Sanders/Ulli Jentsch, Kulturkampf und Gewissen. Medizinethische Strategien der „Lebensschutz“-Bewegung, 2018.

81 Seit dem 12.11.2024 ist es verboten, bei Schwangeren „Furcht, Ekel, Scham oder ein Schuldgefühl“ auszulösen u.a. durch demonstrative Gebete vor Schwangerschaftskonfliktberatungsstellen, § 8 Abs. 2 Schwangerschaftskonfliktgesetz (BGBI I, Nr. 351, S. 1-5).

StGB verankerten Verbots, für Schwangerschaftsabbrüche zu werben.<sup>82</sup> Der Prozess machte der Öffentlichkeit klar, dass mit dem Bestehen des generellen Abtreibungsverbots in § 218 StGB weitere Folgen verbunden sind. Dabei ging es nicht nur um das bis dahin auch Feministinnen kaum bekannte Werbeverbot in § 219a StGB, sondern auch darum, dass es in weiten Teilen Deutschlands kaum noch Ärzt\*innen gibt, die sich dem Vorwurf, sie seien Mörder\*innen, aussetzen wollen. Auch wird in Folge des Verbots der Schwangerschaftsabbruch kaum noch gelehrt, was die Versorgungslage für Schwangere, die einen Abbruch brauchen, weiter verschlechtert.<sup>83</sup> Diese Erkenntnisse führten dazu, dass Feministinnen jetzt (wieder) fordern, den Schwangerschaftsabbruch nicht mehr im Strafgesetzbuch zu regeln.

Entscheidend für die Chance, diese Forderung politisch durchsetzen zu können, ist es, eine Argumentation zu entwickeln, die es erlaubt, die beiden vorliegenden Urteile des Bundesverfassungsgerichts dahingehend weiterzuentwickeln, dass eine Regelung des (von der Schwangeren gewünschten) Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des Strafgesetzbuchs ermöglicht wird. Anders als in den frühen 1970er Jahren, wäre es heute nicht vorstellbar, dem Embryo überhaupt keinen „Lebensschutz“ zuzusprechen. Entscheidend für das Recht der Schwangeren, über die Fortdauer der Schwangerschaft selbst zu bestimmen, ist mithin die Frage, ob die Rechtsstellung des Embryo, sein Recht auf Leben, die Rechte der Schwangeren, in der er lebt, dominieren darf. Von zentraler Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Frage, welche Bedeutung der Menschenwürde der Frau eingeräumt wird.

Die dazu notwendige Argumentation hat *Ute Sacksofsky* schon 2001 entwickelt.<sup>84</sup> Da sie in ihrem Gutachten für die Ethik-Kommission des Bundestages zur Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik den Standpunkt vertrat, dass schon dem Embryo in vitro ein Lebensschutz zusteht, musste

---

82 *Kristina Hänel*, Das Politische ist persönlich. Tagebuch einer Abtreibungsärztin, Hamburg 2019. Der Prozess führte zur Abschaffung der Verbotsnorm § 219a StGB (BGBl. I, vom 18.7.2022, S.1082 f.).

83 Abschlussbericht der vom Bundesministerium für Gesundheit geförderten Studie „Erfahrungen und Lebenslagen ungewollt Schwangerer. Angebote der Beratung und Versorgung – ELSA“ vom 22.12.2024, S. 147 ff.; dort werden zahlreiche weitere Gründe genannt, die die ärztliche Versorgungslage bei Schwangerschaftsabbrüchen beeinträchtigen. [www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5\\_Publikationen/Gesundheit/Abschlussberichte/ELSA\\_Abschlussbericht.pdf](http://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/5_Publikationen/Gesundheit/Abschlussberichte/ELSA_Abschlussbericht.pdf).

84 *Ute Sacksofsky*, Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, KJ 2003, S. 274–292, basierend auf ihrem Gutachten für die Enquete-Kommission „Recht und Ethik in der modernen Medizin“ des 13. Deutschen Bundestages, September 2001.

sie sich im Weiteren damit auseinandersetzen, was das für die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs bedeutet. Im Ergebnis kommt sie zu dem Schluss, dass zwar das Leben des Embryo im Rahmen der Gesetze zu schützen ist, jedoch die Menschenwürde der Schwangeren verletzt wird, wenn sie rechtlich verpflichtet wird, den in ihr lebenden Embryo mit ihrem Körper und ihrer gesamten Persönlichkeit weiter zu versorgen, wenn sie also gezwungen würde, einen körperlichen Eingriff allein zum Nutzen eines Dritten zu erdulden:

*„Unsere Rechtsordnung ist extrem zurückhaltend darin, einem Menschen körperliche Beeinträchtigungen zugunsten eines anderen Menschen zuzumuten. Schon ein Zwang zur Blut- oder Organspende ist kaum vorstellbar, weil das Recht am eigenen Körper zu den wichtigsten Rechten des Menschen gehört. Eine ungewollte Schwangerschaft ist daher immer >unzumutbar< für die Frau.“<sup>85</sup>*

Das spricht dafür, Schwangeren bis zur Geburtsreife des Fötus den Abbruch ihrer Schwangerschaft zu erlauben. *Ute Sacksofsky* problematisiert in diesem Zusammenhang insbesondere die sogenannte „ethische“ oder „embryopathische“ Indikation, die zwar 1995 aus dem § 218a StGB gestrichen worden war,<sup>86</sup> tatsächlich aber den meisten Abbrüchen in der Spätschwangerschaft, versteckt in der zulässigen „medizinischen Indikation“, zugrunde liegt. *Sacksofsky* vertritt die These, dass es die Menschenwürde des Embryo verletzt, wenn er ausgesondert wird, weil er den Ansprüchen an seine Gesundheit oder anderen Kriterien nicht entspricht.

Daraus ergibt sich die Frage, ob eine Schwangere, die sich nach der Diagnose einer zu befürchtenden Behinderung oder Krankheit entscheidet, die Schwangerschaft abubrechen, ebenfalls die Menschenwürde des Embryo verletzt. *Ute Sacksofsky* geht davon aus, dass eine Schwangere mit ihrer Entscheidung, den Embryo nicht weiter in ihrem Körper erhalten zu wollen, den Embryo nicht als „unwertes Leben“ selektiert, sondern lediglich ihre eigene Belastbarkeit vor Augen hat. Sollte die Schwangere jedoch im Einzelfall „eugenisch“ motiviert sein, ließe sich dies durch Außenstehende nicht mit Sicherheit verifizieren, es wäre also kein geeigneter Anknüpfungspunkt für eine Verurteilung.<sup>87</sup>

---

85 *Sacksofsky* (Fn. 84), S. 286.

86 Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz, BGBl. I, 1995, 1050.

87 *Sacksofsky* (Fn. 84), S. 286 f.

Theresia Degener und Vanessa Blicke teilen diese Überlegung und vertiefen sie unter Bezugnahme auf die gemeinsame Erklärung des UN-Frauen- und des UN-Behindertenrechtsausschusses.<sup>88</sup> Sie wenden sich scharf gegen jede Art von pränataler Auslese „unwerten“ Lebens und gegen eine staatliche Erlaubnis des Schwangerschaftsabbruchs wegen „unzumutbarer Belastung“ durch befürchtete Beeinträchtigungen des erwarteten Kindes. Um aber die ebenfalls unerträgliche Folge, dass Schwangere zum Austragen einer Schwangerschaft gezwungen werden, die für sie unerträglich ist, zu vermeiden, geben sie der Selbstbestimmung der Schwangeren den Vorrang.<sup>89</sup> Das spricht für eine Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs bis zur Geburtsreife des Kindes. Sollte für die Spätschwangerschaft weiterhin eine „medizinische Indikation“ als Voraussetzung für den straffreien Schwangerschaftsabbruch vorgesehen werden, betonen sie, dass es dabei allein um den gesundheitlichen Zustand der Schwangeren gehen dürfe, denn:

„Damit ist allenfalls eine subjektiv-private Entscheidung der Frau über ihre eigene Lebensqualität verbunden, nicht aber über die Qualität des potenziellen Lebens des Ungeborenen.“<sup>90</sup>

2022 veröffentlichte der *Deutsche Juristinnenbund* ein Policy Paper, mit dem die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs bis zur extrauterinären Lebensfähigkeit des Embryo und eine entsprechende Regelung im Schwangerschaftskonfliktgesetz gefordert wird.<sup>91</sup> Um auf diesem Weg ein Stück weiterzukommen, hat die Bundesregierung 2023 eine Kommission aus 18 Expert\*innen berufen, die die Grundlagen für Neuregelungen des Schwangerschaftsabbruchs und der Fortpflanzungsmedizin erarbeiten sollten. Der im März 2024 einstimmig beschlossene Abschlussbericht kommt zu dem Schluss, dass der Schwangerschaftsabbruch in den ersten 12 Wochen nicht

---

88 Guaranteeing sexual and reproductive health and rights for all women, in particular women with disabilities, Joint statement by the Committee on the Rights of Persons with Disabilities and the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 29.8.2018, <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/HRBodies/CRPD/Statements/GuaranteeingSexualReproductiveHealth.DOCX>.

89 Theresia Degener/Vanessa Blicke, Für ein diskriminierungsfreies neues Abtreibungsrecht: Ein Plädoyer gegen die Aufnahme einer embryopathischen Indikation, STREIT 2/2025, S. 66–71.

90 Degener, Blicke (Fn. 89), S. 71.

91 *Deutscher Juristinnenbund*, Neues Regelungsmodell für den Schwangerschaftsabbruch, Policy Paper vom 8.12.2022, [www.djb.de](http://www.djb.de).

unter Strafe gestellt werden sollte und eine Straffreiheit bis zum Eintritt der selbständigen Lebensfähigkeit des Embryo rechtlich und ethisch jedenfalls vertretbar sei. Kritisch äußerte sich die Kommission zu bisher unklaren Kriterien für eine mögliche embryopathische Indikation in der Spätschwangerschaft.<sup>92</sup>

Als wenige Monate später bei der vorgezogenen Bundestagswahl die CDU/CSU stärkste Fraktion wurde, legten 26 Verbände einen von *Maria Wersig*, *Liane Wörner* und *Friederike Wapler* erarbeiteten Gesetzentwurf vor, der eine Regelung der Materie im Schwangerschaftskonfliktgesetz vorsah und die Straffreiheit des Schwangerschaftsabbruchs bis zum Ende der 22. Schwangerschaftswoche rechtmäßig stellen will.<sup>93</sup> Auf dieser Basis initiierten 300 Abgeordnete in großer Eile einen fraktionsübergreifenden Gesetzentwurf, der im Wesentlichen diesen Empfehlungen folgte. Um die Wahrscheinlichkeit einer zügigen Verabschiedung des Gesetzes zu erhöhen, sollte der Abbruch allerdings nur in den ersten 12 Wochen straffrei gestellt werden.<sup>94</sup> Im Dezember 2024 verbündeten sich mehr als 100 Organisationen für eine Kampagne, mit der die Streichung des Abtreibungsverbots aus dem Strafgesetzbuch gefordert wurde. Auch das „Bündnis für sexuelle Selbstbestimmung“, das zahlreiche Beratungsstellen und Organisationen vertritt, lancierte eine Kampagne zur Unterstützung des Gesetzentwurfs.<sup>95</sup> Trotzdem wurde der Entwurf bis zur Auflösung des 20. Bundestags nicht mehr zur Abstimmung gestellt.

Dass angesichts des Erstarkens rechtsradikaler Kräfte eine baldige Liberalisierung des Rechts auf reproduktive Selbstbestimmung nicht zu erwarten ist, wurde schlagartig klar, als im Juli 2025 die Berufung von *Frauke Brosius-Gersdorf* zur Richterin des Bundesverfassungsgerichts am Widerstand von Abgeordneten der CDU/CSU im Bundestag scheiterte. In einem rechtsradikalen medialen Flashmob war ihr vorgeworfen worden, sie sei als

---

92 Abschlussbericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin vom 23.3.2024, Arbeitsgruppe 1, Möglichkeiten der Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des Strafgesetzbuches, S. 335 f., [www.bundesgesundheitsministerium.de](http://www.bundesgesundheitsministerium.de). Siehe dazu die Kritik von *Degener/ Bliencke* (Fn. 89). Mit Widerstand gegen diese – ausschließlich von Frauen erarbeitete Empfehlung – rechnete *Ute Sacksofsky* vor allem von Seiten der FDP, *Sacksofsky* (Fn. 78), S. 99.

93 *Maria Wersig/Liane Wörner/Friederike Wapler*, Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs vom 17.10.2024, [www.djb.de](http://www.djb.de) (Pressemitteilung 24-66, Anhang).

94 BT-Drs. 20/13775 vom 14.11.2024.

95 <https://abtreibung-legalisieren.de/>; [www.sexuelle-selbstbestimmung.de/buendniseraerung/](http://www.sexuelle-selbstbestimmung.de/buendniseraerung/).

Richterin des Bundesverfassungsgerichts untragbar, weil sie – u.a. als Mitglied der Expertenkommission der Bundesregierung – für die Freigabe des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten 12 Wochen der Schwangerschaft eintrete.<sup>96</sup>

#### D. Reproduktive Gerechtigkeit

##### I. Reproduktionstechnologie als neue Herausforderung

Das Problem reproduktiver Gerechtigkeit im Sinne des gleichberechtigten Zugangs zu reproduktionsmedizinischen Verfahren stellt sich seit den 1980er Jahren, seit diese in nennenswertem Umfang zur Verfügung stehen und deren Regelung politisch diskutiert wurde.<sup>97</sup> In den Anfangsjahren rebellierten Feministinnen grundsätzlich gegen die Entwicklung von Gen- und Reproduktionstechnologien, die sie als Ausdruck einer auf Verdinglichung und Ausbeutung – speziell auch der Körper von Frauen – gerichteten Wirtschaftsordnung verstanden:<sup>98</sup>

*„Die Gen- und Reproduktionstechnologien werden uns Frauen als Erweiterung unserer Selbstbestimmung verkauft. So werden wir mit unserer Forderung nach selbstbestimmtem Leben mit einer Wegwerffreiheit (junk liberty) abgespeist, die den „Technodocs“ die Freiheit gibt, über unseren Körper zu verfügen. Anstelle von Selbstbestimmung bleibt nur noch das*

---

96 Kommissionsbericht (Fn. 92); Die Causa Brosius-Gersdorf, <https://polisphere.eu/aktuelles/die-causa-brosius-gersdorf> vom 5.8.2025; und: [www.polisphere.eu/aktuelles/presspiegel-die-causa-brosius-gersdorf](http://www.polisphere.eu/aktuelles/presspiegel-die-causa-brosius-gersdorf) vom 12.8.2025.

97 Zur Entwicklung und damaligen Kritik der Technologien: *Genä Corea*, Muttermaschine. Reproduktionstechnologien – von der künstlichen Befruchtung zur künstlichen Gebärmutter, 1988. Zum damaligen Rechtsdiskurs: STREIT 1/1988 mit zahlreichen Beiträgen u.a. zum geplanten Embryonenschutzgesetz.

98 Der 14. Feministische Juristinnentag 1988 forderte: „die Streichung sämtlicher Forschungsmittel für die Gen- und Reproduktionstechnologien“, STREIT 2/1988, S. 91; 1984 wurde nach dem ersten internationalen Kongress gegen Gen- und Reproduktionstechnologien in Groningen das international agierende, bis heute aktive Netzwerk FINRRAGE gegründet, <https://www.finrrage.org/>. 1986 entstand das feministische „Gen-ethische Netzwerk e.V.“, das seither den „Gen-ethischen Informationsdienst (GID)“ herausgibt, [www.gen-ethisches-netzwerk.de](http://www.gen-ethisches-netzwerk.de).

„Recht“ auf Eigentum und Verkauf des eigenen Körpers (bzw. der Körperteile).“<sup>99</sup>

Kritisiert wurde neben dem Wunsch technischer Machbarkeit menschlichen Lebens die damit verbundene gedankliche, und im „Reagenzglas“ (in vitro) auch faktische, Trennung des reproduktiven Vorganges vom Körper der Frau. Problematisiert wurde, dass die Betrachtung und Manipulation des Vorganges der Befruchtung außerhalb des Körpers der Frau zur Folge hat, dass für die Erzeugung eines Kindes die Samenzelle des Mannes gleichbedeutend erscheint wie die Eizelle der Frau. Die Schwangerschaft, die Ermöglichung einer Menschwerdung der Zellen im weiblichen Körper (in utero), erscheint in diesem Kontext lediglich als Dienstleistung, die von einer beliebigen Frau und perspektivisch auch von einer Maschine erfüllt werden kann:

*„In der gegenwärtigen Auseinandersetzung um die rechtliche Regelung der extrakorporalen Befruchtung und Embryonenforschung im menschlichen Bereich wird der Rechtsstatus des Embryos unabhängig von der Frau definiert. (...) Die Kernfrage zu Beginn des Lebens aus wissenschaftlicher Sicht lautet: Wann lassen sich Eigenschaften, die von den Spermien vererbt werden, in den Zellen früher Embryonen nachweisen?“ (Spielmann, 1988a) (...) Was nun aber als Beginn definiert wird, ist (...): Die Inbetriebnahme der Molekülmaschine Zelle in Form der Produktion eines Eiweißmoleküls, gemäß der Erbinformation des Spermiums. (...) Diese macht nun die Zelle zum Rechtssubjekt, auf das das Grundgesetz anwendbar wird. (...) Die Herkunft der Zelle, wie sie entstanden ist, wo sie sich befindet, ist egal. Zerrissen ist der lebendige Zusammenhang – die Herkunft des Lebendigen im Zuge eines nicht-technischen, manchmal ausgesprochen lustvollen Vorganges aus einem lebenden Wesen; beim Menschen ist dies die Frau.“<sup>100</sup>*

---

99 Kongressresolution, in: Paula Bradisch/Erika Feyerabend/Ute Winkler (Hrsg.), Frauen gegen Gen- und Reproduktionstechnologien. Beiträge vom 2. Bundesweiten Kongreß, Frankfurt 28.-30.10.1988, 1988, S. 278.

100 Helga Satzinger, Um Leben und Tod – Vom Patriarchat und seiner Moral in den Lebensdefinitionen der modernen Biologie, in: Bradisch/Feyerabend/Winkler (Fn. 99), S. 247–254 (250 f.).

Gewarnt wurde zudem vor einer erneuten „Eugenik“, der Auslese „lebensunwerten Lebens“ durch Genanalysen:

*„Die Medizin wird mit diesen Technologien zu einem verfeinerten Instrument in der Tradition der Auslese und Ausmerze unerwünschten Lebens. Sie legitimiert mit ihrem Anspruch von Heilung und Hilfe eine pervertierte Krankheitsprävention, die nicht Krankheitsursachen, sondern angeblich genetisch anfällige Menschen aufspüren und verhindern will. So lautet das klare Ziel des EG-Programms „Prädikative Medizin“ zur Entschlüsselung der menschlichen Erbsubstanz.“<sup>101</sup>*

Angesichts der rasanten technisch-naturwissenschaftlichen Weiterentwicklungen in einer globalen Wirtschaftsordnung lässt sich eine solche Fundamentalkritik gegen alle gen- und reproduktionsmedizinischen Entwicklungen nicht aufrechterhalten. Einige grundsätzliche Probleme, die damals analysiert wurden, sind jedoch bis heute in der Diskussion um reproduktive Freiheiten relevant und geraten angesichts anstehender Änderungen des Embryonenschutzgesetzes wie auch des Rechts auf Schwangerschaftsabbruch wieder in den Fokus.

So ist nach wie vor die Frage von zentraler Bedeutung, ob die befruchtete Eizelle bereits ein „Rechtssubjekt“ ist. Dazu hat *Ute Sacksofsky* 2001 in ihrem Gutachten zur Zulässigkeit der Präimplantationsdiagnostik, die bereits weit entwickelt war, die Position formuliert, dass es zwischen der Befruchtung der Eizelle und der Geburtsreife des Kindes keine Zäsur gebe, die zwingend ein Entwicklungsstadium noch ohne Menschenwürde von einem späteren Stadium unterscheide, in welchem dem werdenden Menschen Menschenwürde zugestanden werden müsse. Ein Verfahren, das bei einem geborenen Menschen gegen die Menschenwürde verstoßen würde, müsse daher schon „in vitro“ unzulässig sein.<sup>102</sup> Aber selbst wenn den Keimzellen und der befruchteten Eizelle vor der Nidation „in utero“ noch keine Menschenwürde zugestanden werden sollte, so macht aus ihrer Sicht die Manipulation der Zellen „in vitro“ aus dem Zeugungsvorgang ein Produkt mit Qualitätsanforderungen, wodurch im Ergebnis diskriminierende Praktiken der Auslese befördert werden und das Ziel einer diskriminierungsfreien Gesellschaft unterlaufen wird.<sup>103</sup>

---

101 Kongressresolution, (Fn. 99), S. 278.

102 *Sacksofsky* (Fn. 84), S. 276 ff.

103 *Ute Sacksofsky*, Über ein Recht auf Fortpflanzung, *Merkur* 859 (2020), S. 32–44, 43.

Eine andere Frage ist, auf welche medizinischen Assistenzen bei der Fortpflanzung ein Anspruch bestehen sollte und welche Verfahren eine Grenze überschreiten, die ein Verbot rechtfertigen. *Ute Sacksofsky* arbeitet heraus, dass es entscheidend ist, ob ein Kinderwunsch durch Eingriffe in den eigenen Körper erfüllbar gemacht oder ob ein anderer Körper zur Erfüllung dieses Wunsches instrumentalisiert werden soll.<sup>104</sup> Diskutiert wird, ob Eizellgaben und Ersatzmutterschaften<sup>105</sup> zulässig sein sollten, und, wenn ja, unter welchen Bedingungen.

Angesichts der wachsenden Bedeutung reproduktionsmedizinischer Verfahren stellt sich zudem die Frage, wer möglicherweise „systematisch vom Zugang zu (reproduktions-)medizinischer Versorgung ausgeschlossen“ wird.<sup>106</sup> Vor dem Hintergrund des Diskriminierungsverbots ist unbestreitbar, dass Erlaubnisse und staatliche Leistungen allen gleichermaßen zugestanden werden müssen, unabhängig von ihrem Geschlecht und ihrer sexuellen Orientierung.<sup>107</sup> So ist es zum Beispiel nicht zu rechtfertigen, wenn nur bei Ehepaaren oder nur bei heterosexuellen Paaren eine sogenannte Kinderwunschbehandlung vorgenommen werden darf bzw. nur diese eine Kassenleistung erhalten.<sup>108</sup>

## II. Gleichberechtigung von Sperma und Eizelle?

### 1. Keine Vergleichbarkeit männlicher und weiblicher Keimzellen

*„Dass die männliche Unfruchtbarkeit durch eine Samenspende, nicht aber die weibliche Unfruchtbarkeit durch die Spende einer Eizelle überwunden*

---

104 *Sacksofsky* (Fn. 78), S. 100.

105 Zur Begrifflichkeit: Die Eizellen werden in den „Kinderwunschzentren“ nicht gespendet, sondern bestenfalls altruistisch einer fremden, manchmal auch einer befreundeten Frau abgegeben. Es wird dafür eine Aufwandsentschädigung gezahlt. Die Frau, die für andere ein Kind zur Welt bringt, wird weder ausgeliehen noch gemietet. Sie erbringt eine Dienstleistung, mit der sie die Schwangerschaft und Geburtsarbeit einer anderen Frau ersetzt.

106 *Anne-Kristin Kuhnt/Henrike von Scheliha/Dana-Sophia Valentiner*, Reproduktive Ungerechtigkeit in Deutschland, Verfassungsblog vom 1.9.2025.

107 Abschlussbericht (Fn. 92) Arbeitsgruppe 2, Möglichkeiten zur Legalisierung der Eizellspende und der altruistischen Leihmutterchaft, S. 338 ff., 355. *Ute Sacksofsky* war eine der Expertinnen.

108 *Klein* (Fn. 7), S. 124 ff.

werden kann, stellt eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung dar.<sup>109</sup>

Eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung im Rechtssinne setzt voraus, dass Spermien und Eizellen sich nicht wesentlich unterscheiden und dass es auch bei der Gewinnung dieser Zellen im Rahmen reproduktionsmedizinischer Befruchtung keine erheblichen Unterschiede gibt. Was die Zellstruktur betrifft, mag es noch verständlich sein, dass Unterschiede beim Vorgang der Befruchtung in der Rechtswissenschaft ignoriert werden, auch wenn bestimmte Erbanlagen (Mitochondrien) nur in Eizellen vorhanden sind und es die Eizellen sind, von denen abhängig ist, ob und mit welchem Spermium eine Befruchtung stattfinden kann.<sup>110</sup> Klarer ist der Unterschied zwischen dem Vorgang der Spermienabgabe und der Eizellabgabe. Kann der Mann mit einem einzigen Akt der Selbstbefriedigung Spermien für eine unbegrenzte Zahl von Kindern produzieren, so muss sich die Frau, die Eizellen abgeben will, einer langwierigen hormonellen Überstimulation aussetzen, die nicht ohne gesundheitliche Risiken ist, und sie muss sich einer ebenfalls riskanten Operation unterziehen, um einige wenige Eizellen abgeben zu können.<sup>111</sup> Wegen dieser wesentlichen Unterschiede ist eine rechtliche Gleichbehandlung der Abgabe von Spermienzellen und Eizellen nichtnaheliegender.

Während Spermienabgaben als „Becherspenden“ immer schon möglich und seit Erfindung der *in vitro*-Fertilisation (IVF) auch vermittelt durch „Spermienbanken“ erlaubt waren, stieß die rechtliche Ermöglichung von Eizellabgaben und Ersatzmutterchaften auf Widerstände. Konservative Kreise warnten vor einer „gespaltenen Mutterchaft“, ein Argument, das noch immer diskutiert wird, aber als widerlegt gilt.<sup>112</sup> Feministinnen kritisierten und kritisieren auch heute noch die Tendenz zur Kommerzialisierung von

---

109 *Dethloff* (Fn. 3), S. 231. Dies sieht der Bundesfinanzhof anders, Urt. v. 10.8.2023, BFHE 281, 70, Rn. 27.

110 *Chebout* (Fn. 10), S. 265 ff., 291; *Dagmar Coester-Waltjen*, Was erlaubt das Recht? Ein Plädoyer für ein modernes Reproduktionsmedizinengesetz, in: Christiane Wöppel (Hrsg.), Fortpflanzungsmedizin in Deutschland, Bundeszentrale für politische Bildung 2016, S. 92–108, 101, findet „diesen Unterschied nicht so groß, dass er eine unterschiedliche Behandlung in dem äußerst sensiblen Bereich der Fortpflanzung rechtfertigen könnte“.

111 Zu den gesundheitlichen Gefahren auch für die empfangende Frau und das gezeugte Kind: *Deutscher Juristinnenbund*, Eizellabgabe. Policy Paper 24-II vom 4.4.2024, Nr. 3, [www.djb.de](http://www.djb.de). Abschlussbericht (Fn. 107), S. 371 ff.

112 *Sacksofsky* (Fn. 78), S. 100.

Körperteilen und die damit verbundene Wunschvorstellung von der technischen Machbarkeit und Gestaltbarkeit des eigenen Körpers und der Erzeugung von Kindern, die eigenen Wunschvorstellungen entsprechen sollen.<sup>113</sup>

Die Forderung nach der Erlaubnis von Eizellgaben und Ersatzmutter-schaften reflektiert unter anderem einen gesellschaftlichen Wandel in Bezug auf homosexuelle Lebensentwürfe, die heute erlaubt sind, was den Wunsch nach eigenen Kindern homosexueller/queerer Paare legitimiert. Daraus entsteht die Frage, ob es ungerecht ist, wenn Männer keine Möglichkeit haben, durch Inanspruchnahme einer fremden Eizelle oder einer fremden Frau, die für sie ein Kind austrägt, ein „eigenes“ Kind zu erhalten, während Frauen sich den Samen eines fremden Mannes beschaffen können, um ein „eigenes“ Kind zu gebären. Für die Beantwortung dieser Frage ist es entscheidend, welche Bedeutung der Frage beigemessen wird, ob zur Erfüllung des Kinderwunsches in die körperliche Unversehrtheit von Menschen eingegriffen wird, die von sich aus kein Interesse an der Erzeugung des Kindes haben.

So ist bei der Eizellgabe zu unterscheiden zwischen eigennützigen und fremdnützigen Maßnahmen. Bei einer eigennützigen Eizellgabe, wenn durch das Verfahren beide beteiligte Frauen einen eigenen Kinderwunsch erfüllen wollen, greift das Verbot ohne ausreichende Rechtfertigung in die Handlungsfreiheit der Eizellgeberin und der Empfängerin der befruchteten Eizelle ein.<sup>114</sup> Es benachteiligt lesbische Paare gegenüber heterosexuellen Paaren, die sich nach Entnahme einer eigenen Eizelle einer In-vitro-Fertilisation (IVF) unterziehen, da die Eingriffsintensität in beiden Fällen identisch und seitens aller Beteiligten eigennützig ist.

## 2. Fremdnützige Abgabe von Keimzellen

Die „Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ kam zu dem Schluss, dass wegen der mit Eizellgaben verbundenen erheblichen Gefahren keine Verpflichtung besteht, die fremdnützige Eizellgabe zu erlauben.<sup>115</sup> Fraglich ist, unter welchen Bedingungen die

---

113 *Lisbeth N. Trallori*, *Der Körper als Ware. Feministische Interventionen*, 2015, S. 33 ff.; *Kirsten Achtelik*, *Selbstbestimmte Norm. Feminismus, Pränataldiagnostik, Abtreibung*, 2015, S. 187 ff.; *Silvia Federici*, *Jenseits unserer Haut. Körper als umkämpfter Ort im Kapitalismus*, 2022, S. 63 ff.

114 *Sacksofsky* (Fn. 78), S. 102; Abschlussbericht (Fn. 107), S. 352 f.

115 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 353, 450.

fremdnützige Eizellgabe erlaubt werden könnte. Anders als bei der Samenspende, die in Bezug auf den Spender ohne jeglichen körperlichen Eingriff erfolgt, ist die Eizellgabe eine mit gesundheitlichen Risiken behaftete medizinische Behandlung, die, wenn sie fremdnützig ist, Einschränkungen unterliegt. Dies ergibt sich aus den für ärztliche Tätigkeiten geltenden ethischen Grundsätzen. So muss neben einer informierten Einwilligung sichergestellt werden, dass die Gesundheit der Beteiligten geschützt wird und Risiken in einem angemessenen Verhältnis zum Erfolg stehen.<sup>116</sup>

Regelungsbedürftig ist auch die Frage, ob die Abgabe von Eizellen bezahlt werden darf. Im „Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Gewebe (TPG)“ ist in § 17 geregelt, dass für eine fremdnützige Abgabe von Gewebe, die der Heilbehandlung einer anderen Person dient, eine „angemessene Aufwandsentschädigung“ gezahlt werden darf. Der Handel mit Organen oder Gewebeteilen ist ausdrücklich verboten.<sup>117</sup> Das TPG dient primär dazu, Organtransplantationen unter menschenrechtlich sicheren Bedingungen zu ermöglichen. Es enthält keine spezifischen Bestimmungen für die Abgabe von Keimzellen. Das TPG setzt die Vorgaben der Europäischen Grundrechtecharta (GrCH) um, wo es in Art. 3 Abs. 2 lit. c GrCH heißt:

*„Im Rahmen der Medizin und der Biologie muss insbesondere Folgendes beachtet werden: (...) das Verbot, den menschlichen Körper und Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen.“*

Daraus folgt, dass die Abgabe von Keimzellen in Europa nur zulässig ist, wenn diese zumindest auch altruistisch motiviert ist. Gibt man in eine Suchmaschine den Begriff „Samenspender“ ein, so findet man sofort die

---

116 Sacksofsky (Fn. 78), S. 101; Abschlussbericht (Fn. 107), S. 355. Dem liegt der Grundsatz zugrunde, dass ärztliches Handeln indiziert sein muss, das heißt der Gesundheit der behandelten Person dienen muss. So heißt es in § 2 Abs. 2 der (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte vom 9.5.2024: „Sie haben dabei ihr ärztliches Handeln am Wohl der Patientinnen und Patienten auszurichten. Insbesondere dürfen sie nicht das Interesse Dritter über das Wohl der Patientinnen und Patienten stellen.“ Die Entnahme von Eizellen bei der fremdnützigen Eizellgeberin erfolgt ohne medizinische Indikation, entsprechend hoch sind nach ärztlichem Standesrecht die Anforderungen an den Schutz der Eizellgeberin.

117 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 381 ff.; § 17 Abs. 1 Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen und Gewebe (TPG), BGBl. I, 1997, S. 322; so auch WHO guiding principles on human cell, tissue and organ transplantation, WHO/HTP/EHT/CPR/2010.01, wo im 5. Prinzip insbesondere auch auf die Gefahr der Ausbeutung hingewiesen wird.

ansprechende Seite einer Samenbank, die potenziellen Samenspendern erklärt:

*„Schenken Sie jemandem die Chance, den Traum vom Kinderwunsch zu erfüllen. Das Verfahren ist einfach und diskret. (...) Eine Samenspende ist eine soziale, freiwillige Leistung, die grundsätzlich nicht im eigentlichen Sinne bezahlt wird. Der Samenspender erhält eine Aufwandsentschädigung als finanzielle Gegenleistung für die aufgewendete Zeit.“<sup>118</sup>*

Bezahlt werden 250 Euro für jedes von der Firma als verwertbar eingestufte Ejakulat. Bei der Suche nach „Eizellspende“ erscheint die Seite einer Firma, die über die „Assistierte Reproduktion in Spanien“ informiert. Hier wird damit geworben, dass es praktisch keine Wartelisten gebe, weil die Eizellabgabe anonym ist – was das in Deutschland verfassungsrechtlich geschützte Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung verletzt. Auch hier wird mit Rücksicht auf die europäische Grundrechtecharta eine altruistische Motivation der Eizellgeberinnen versprochen:

*„Auch wenn es sich vor allem um einen uneigennütigen solidarischen Akt handelt, erhalten die Spender einen wirtschaftlichen Ausgleich. Obwohl der Ausgleich nicht zu hoch ausfällt, ist es eine zusätzliche Motivation für Mädchen, sich als zukünftige Eizellspenderin anzubieten.“<sup>119</sup>*

Der Umgang der privaten Kliniken, die in Spanien reproduktionsmedizinische Behandlungen anbieten, mit den Frauen, die dort ihre Eizellen abgeben, wurde von *Laura Perler* dokumentiert.<sup>120</sup> Sie beschreibt, dass die Frauen routinemäßig nach ihrer als notwendig vorausgesetzten altruistischen Motivation gefragt, dann aber mangelhaft über Risiken aufgeklärt werden. Die Professionellen, die die Eizellen mit Gewinninteresse weitergeben, sprechen nur über Eigenschaften von Eizellen, nicht über die Frauen, die diese abgeben. Die gewünschten Eigenschaften beziehen sich auf den Phänotyp, der von Kundinnen verlangt wird, denen es wichtig ist, dass das Kind ihnen später ähnlich sieht. Eine große Bedeutung hat auch der Ausschluss gewisser erblicher Anlagen, die auf das Risiko einer Behinde-

---

118 <https://spermbank-germany.com/samenspender-werden/>.

119 [www.invitro.de/](http://www.invitro.de/). Die abgebende Frau erhält in europäischen Staaten eine Aufwandsentschädigung in Höhe von 250 bis 2.000 Euro, Abschlussbericht (Fn. 107), S. 403.

120 *Laura Perler*, Selektioniertes Leben. Eine feministische Perspektive auf die Eizellenspende, 2022, open access, <https://www.edition-assemblage.de/buecher/selektioniertes-leben/>.

rung verweisen. Darum wird die Entnahme der Eizellen davon abhängig gemacht, dass die Eizellgeberin sich zuvor einem Gentest unterzieht.<sup>121</sup> Die abgebenden Frauen sprechen über vielfältige Beschwerden. „Professionelle dagegen sprechen von minimalen Risiken und einem kleinen Eingriff.“<sup>122</sup>

Diskutiert wird, wie eine Ausbeutung der Eizellgeberinnen verhindert werden kann.<sup>123</sup> Nach Auffassung der Kommission ist von einer Ausbeutung auszugehen, wenn die abgebende Frau sich aus wirtschaftlicher Not und mangels Alternativen dazu gezwungen sieht, wenn sie keine angemessene Kompensation erhält oder wenn sie an wirtschaftlichen Gewinnen, die andere Akteure generieren, nicht angemessen beteiligt wird.<sup>124</sup> Unklar ist, was „angemessen“ ist. Klar ist jedoch, dass die Zahl der Eizellspenderinnen abhängig ist von der Höhe der Abfindung, denn wenn die Abgabe, wie zum Beispiel in Frankreich, tatsächlich altruistisch erfolgen muss, werden Eizellen nur im Eigeninteresse gespendet.<sup>125</sup> Klar ist auch, dass die reproduktionsmedizinischen Kliniken große Gewinne machen, an denen die Eizellgebenden auch dem Anspruch nach nicht beteiligt sind. Die Kliniken, die viele Eizellen entnehmen, sind in Ländern angesiedelt, in denen „eine attraktive Vergütung und ein Wohlstandsgefälle im Land zusammenkommen“, wobei die Erwartungen seitens der Eizellgeberinnen an die Vergütung „mit dem Narrativ des Altruismus in Grenzen gehalten werden.“<sup>126</sup>

Statt den Erwartungen der Eizellspenderinnen Grenzen zu setzen, könnten auch die Gewinnerwartungen der beteiligten Kliniken gesenkt werden:

*„Man kann Gerechtigkeit fördern, indem Aufwand, Risiken und Ertrag für alle Beteiligten in ein faires Verhältnis gesetzt werden. Man könnte etwa nur gemeinnützige Vermittlungs- und Beratungstätigkeit zulassen, die Vergütung der medizinischen Dienstleistungen in den ärztlichen Gebührenordnungen auf eine angemessene Höhe begrenzen, grenzüberschreitende Umgehungsstrategien unterbinden und den Spenderinnen/Leihmüttern eine angemessene Aufwandsentschädigung zahlen, die auch den körperlichen und psychischen Aufwand einbezieht und sie gegen Langzeitschäden absichert.“<sup>127</sup>*

---

121 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 400 f.; Perler (Fn. 122), S. 243.

122 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 400.

123 *Deutscher Juristinnenbund* (Fn. 113) Nr. 8.2; Abschlussbericht (Fn. 107), S. 488 f.

124 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 488 f.

125 *Deutscher Juristinnenbund* (Fn. 113), Nr. 8.2.2.

126 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 400.

127 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 491 f.; vgl. *Deutscher Juristinnenbund* (Fn. 111), Nr. 8.2.

Es ist wenig wahrscheinlich, dass sich dieser Vorschlag wird durchsetzen können, aber es ist auch unklar, wie „grenzüberschreitende Umgehungsstrategien“ verhindert werden können, denn:

„Hinreichende Vorkehrungen gegen Ausbeutung, die auch effektiv sein können, wird es allenfalls auf der Grundlage internationaler, zumindest aber europäischer Vereinbarungen geben.“<sup>128</sup>

### 3. Verbotene Kommerzialisierung?

Nicht diskutiert wird die Frage, ob sich die Ausbeutung von Frauen, die ihre Eizellen abgeben, auch verhindern ließe, wenn mit dem Verbot des Handels mit Keimzellen ernst gemacht würde. Schließlich gilt:

„Jeglicher Handel mit Eizellen ist unzulässig.“<sup>129</sup>

Aus dem Bericht der „Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ wird deutlich, dass es tatsächlich einen regen, grenzüberschreitenden Handel mit Keimzellen gibt und die Preise, die an die Abgebenden gezahlt werden, von Marktmechanismen bestimmt werden.<sup>130</sup> *Laura Perler* berichtet, dass der globale Reproduktionsmarkt, auf dem transnationale Klinikkonsortien tätig sind, 2026 voraussichtlich einen Jahresumsatz in Höhe von 41,1 Milliarden Dollar erwirtschaften wird.<sup>131</sup> Der wirtschaftliche Erfolg, den spanische Kliniken erzielen, wird der Tatsache zugeschrieben, dass die „Organisation der Eizellspende als quasi sozialem Markt auf der Grundlage eines altruistischen ‚Framing‘ entsprechend traditioneller Rollenerwartungen“ organisiert wird.<sup>132</sup> In Österreich, wo die Eizellgabe unter engen Voraussetzungen erlaubt ist, gibt es nur wenige Kinderwunschbehandlungen mit gespendeten Eizellen. Dieser geringe Umsatz beruht auf staatlichen Einschränkungen der Handelsfreiheit:

---

128 *Sacksofsky* (Fn. 78), S. 103.

129 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 254, 384.

130 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 389 ff.

131 *Perler* (Fn. 122), S. 81; Abschlussbericht (Fn. 107), S. 454.

132 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 400; auf der Seite [www.invitro.de](http://www.invitro.de) heißt es: „Die Eizellspende ist die begehrteste Fruchtbarkeitsbehandlung unter Reproduktionstouristen“ (Zugriff am 13.10.2025).

*„Es kann davon ausgegangen werden, dass dies unter anderem auf das bestehende Kommerzialisierungs- und Werbungsverbot zurückzuführen ist.“*<sup>133</sup>

Im Umkehrschluss kann man daraus folgern, dass reproduktionsmedizinische Kliniken und Keimzellbanken, die mit erheblichem Werbeaufwand und Gewinnerwartungen Keimzellen beschaffen, konservieren, weitergeben und einsetzen, gegen das Verbot der Kommerzialisierung verstoßen, eine Tatsache, die durch die Behauptung altruistischer Motive verschleiert wird.

*„Das Kommerzialisierungsverbot richtet sich dagegen, mit menschlichen Organen, Keimzellen, Geweben und anderen Körpersubstanzen ‚Gewinne‘ zu erzielen. So verbietet Art. 3 Abs. 2 lit. c der EU-Grundrechtecharta, ‚den menschlichen Körper oder Teile davon als solche zur Erzielung von Gewinnen zu nutzen‘. Die EU-Geweberichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten zu dem Bestreben, ‚freiwillige und unentgeltliche Spenden von Geweben und Zellen sicherzustellen‘ (Art. 12 Abs. 1 Geweberichtlinie, GewRiLi) sowie dafür zu sorgen, dass ‚die Beschaffung von Geweben und Zellen als solche auf nichtkommerzieller Grundlage erfolgt‘ (Art. 12 Abs. 2 S. 2 GewRiLi).“*<sup>134</sup>

Da in diesem Wirtschaftszweig erhebliche Gewinne erzielt werden können, ist anzunehmen, dass Kund\*innen alles in Rechnung gestellt wird – die „Behandlung“ der Eizellspenderin, die Aufbereitung, Lagerung, Registrierung, Weitergabe der Eizelle wie auch die Behandlung der „Bestellmutter“ –, nur die Keimzelle als solche hat anscheinend in diesem vielschichtigen Prozess keinen Preis, weil das verboten wäre.<sup>135</sup> Es kann vermutet werden, dass diese Deklaration der Vertragsgestaltung als Umgehungsgeschäft oder rechtlich nicht bindende Falschdeklaration verboten bzw. verfolgt würde, wenn es nicht ein großes Interesse an der Verfügbarkeit reproduktionsmedizinischer Behandlungen gäbe.

---

133 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 394.

134 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 484. Gewinnerorientierte Kliniken in Österreich kooperieren daher mit Kliniken in Tschechien, die anonyme Eizellspenden anbieten, wie sie in Österreich verboten sind, ebd. S. 394.

135 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 384.

### III. Ersatzmutterschaft

#### 1. Motive für Ersatzmutterschaften

Ersatzmutterschaften werden immer mit dem Samen eines für die Ersatzmutter fremden Mannes, sowie unter Verwendung einer ihr fremden Eizelle oder einer von ihr selbst zur Verfügung gestellten Eizelle erzeugt. Die Frauen verpflichten sich vor der Befruchtung, das zu erzeugende Kind in ihrem Leib auszutragen, zu gebären und dann an die Personen, die das Kind bestellt haben, herauszugeben. Sie ersetzen insoweit die spätere Mutter. Sind die Bestelleltern ein schwules Paar, erhält das Kind im Rechtssinne keine Mutter.

In Deutschland ist es im Embryonenschutzgesetz verboten, „bei einer Frau, welche bereit ist, ihr Kind nach der Geburt Dritten auf Dauer zu überlassen (Ersatzmutter), eine künstliche Befruchtung durchzuführen oder auf sie einen menschlichen Embryo zu übertragen.“ Das Adoptionsvermittlungsgesetz verbietet es, Ersatzmutterschaften geschäftlich zu vermitteln oder zu unterstützen.<sup>136</sup> In einigen EU-Staaten sind altruistische Ersatzmutterschaften erlaubt. Explizit kommerziell organisierte Ersatzmutterschaft werden unter anderem in der Ukraine und in den USA angeboten.<sup>137</sup>

Ein Motiv, eine Ersatzmutter in Anspruch zu nehmen, kann es sein, dass die Frau, die sich ein Kind wünscht, nicht dazu in der Lage ist, eine Schwangerschaft auszutragen. Dort, wo Ersatzmutterschaften kommerziell angeboten werden, wird sie auch von Frauen in Anspruch genommen, die sich die Mühen der Schwangerschaft und Geburt ersparen wollen. Die Schwangerschaft wird dann entweder mittels einer zuvor der Wunschmutter entnommenen Eizelle oder unter Verwendung der Eizelle einer anderen Frau herbeigeführt. Attraktiv ist die Möglichkeit, mittels einer Ersatzmutter ein „eigenes“ Kind zu erhalten, auch für homosexuelle Männer, die für die Befruchtung eigene Samenzellen einsetzen können. Der mit dem Kind verwandte Vater erwirbt durch seine Vaterschaftsanerkennung mit Einwilligung der Ersatzmutter die rechtliche Vaterschaft und, wenn er verheiratet ist, erhält auf Grund der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sein Ehemann die zweite Elternposition, ohne über den Umweg der Stiefkind-

---

136 § 14 in Verbindung mit § 5 AdVerMiG, (BGBl I 2021, S. 2019); § 1 Abs. 1 Ziff. 7 ESchG, (BGBl I 1990, S. 2746).

137 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 424 ff.

adoption gehen zu müssen. Lesbische Frauen sind nicht auf die Konstruktion der Ersatzmutterschaft angewiesen. Mittels eigennütziger Eizellgabe können lesbische Ehepaare ein Kind erzeugen, das mit beiden Müttern verwandt ist. Die automatische Zuordnung der zweiten Mutterstelle wird ihnen hingegen vom Bundesgerichtshof verwehrt.<sup>138</sup>

## 2. Risiken der Ersatzmutterchaften

Angesichts der persönlichen und wirtschaftlichen Interessen, die für eine Ersatzmutterchaft streiten, stellt sich die Frage, ob und wenn ja unter welchen Bedingungen eine Ersatzmutterchaft erlaubt werden könnte. Im Abschlussbericht der „Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin“ wird ausführlich begründet, warum eine Ersatzmutterchaft nicht gegen die Menschenwürde der Ersatzmutter verstößt. Diese hat das Recht über ihren Körper zu verfügen. Allerdings ist der Staat verpflichtet, Vertragsgestaltungen zu verhindern, durch die die Gesundheit oder Menschenrechte von Beteiligten verletzt werden, insbesondere, wenn sie einen ausbeuterischen Charakter haben oder zugleich das Gemeinwohl beeinträchtigen können.<sup>139</sup> Auffällig ist, dass in diesem Kontext zwar über eine mögliche Beeinträchtigung der so erzeugten Kinder nachgedacht wird, nicht jedoch über mögliche Schäden für schon vorhandene Kinder der Ersatzmutter, die das Gefühl entwickeln könnten, Kinder könnten wie eine Ware produziert und abgegeben werden; eine Wahrnehmung, die zur normalisierten Vorstellung einer Gesellschaft werden kann, in der Ersatzmutterchaften als normal gelten.<sup>140</sup>

Der Kommissionsbericht stellt den Forschungs- und Sachstand dar und kommt, ähnlich wie bei der Eizellenabgabe, zu dem Ergebnis, dass es keine Verpflichtung gebe, Ersatzmutterchaften zu erlauben. Im Hinblick auf das Potenzial für Umgehung und Missbrauch, wird empfohlen, nur altruistische Ersatzmutterchaften zuzulassen, aber auch diese nur, wenn sie einen Freundschaftsdienst darstellen oder wenn Vereinbarungen getroffen

---

138 Ausführlich zu dieser Frauen diskriminierenden Rechtslage: *Chebout* (Fn.10), S. 225 ff.

139 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 460.

140 *Sibylla Flügge*, Leihmutterchaft ist kein Menschenrecht, *STREIT* 1/2019, S. 10–14 (13).

werden, durch die anerkannt wird, dass „eine Beziehung zwischen den Beteiligten entsteht, die über die Geburt des Kindes hinausreicht.“<sup>141</sup>

Ausführlich werden in dem Bericht die erheblichen physischen Risiken und Belastungen dargestellt, die mit der In-vitro-Fertilisation, der Schwangerschaft und Geburt einhergehen und es wird auch auf psychische Belastungen hingewiesen, die mit der Abgabe des Kindes nach der Geburt verbunden sein können. Wer sich als Ersatzmutter verpflichtet, muss alle Teile des eigenen Körpers wie auch die eigene Psyche über die gesamte Zeit der Schwangerschaft und Geburt einsetzen. Die körperliche Beweglichkeit verringert sich, gesundheitliche Risiken nehmen zu und psychisch entsteht durch die enge Verbindung zum Embryo eine – positiv oder negativ besetzte – Beziehung zum Kind, die sich auf die Zeit nach der Geburt auswirkt.<sup>142</sup>

Fraglich ist, ob es für eine derartige Selbstverpflichtung ein „angemessenes“ Entgelt geben kann. Mit einer geringen „Aufwandsentschädigung“ werden sich nur Frauen zufriedengeben, die den Wunsch verspüren, einer anderen Frau ein Kind zu schenken. Alle anderen müssen zumindest auch durch eine aus ihrer Sicht lohnende Vergütung geworben werden. Die damit verbundene Kommerzialisierung beinhaltet ein hohes Risiko der Ausbeutung, insbesondere dann, wenn die Ersatzmutter auf diesen Verdienst dringend angewiesen ist, wenn sie die Gefahren, denen sie sich aussetzt, nicht realistisch einschätzen kann und im Bedarfsfall keine angemessene Unterstützung erhält. Schon allein die hohe Wahrscheinlichkeit, dass von den gewinnorientierten reproduktionsmedizinischen Kliniken Ersatzmutterchaften ausbeuterisch gestaltet werden, würde ein Verbot rechtfertigen.

Hinzu kommt die Besonderheit, dass Ersatzmutterchaften, anders als andere Dienstleistungen, die mit dem Einsatz des Körpers und psychischer Belastung einhergehen, nicht jederzeit beendet werden können. Es gibt nicht einmal die Möglichkeit, Pausen einzulegen. Wegen der Dauer der Verpflichtung, verbunden mit der Unkündbarkeit und unter Berücksichtigung der erheblichen Belastungen und gesundheitlichen Risiken einer Ersatzmutterchaft, spricht viel dafür, dass ein Vertrag, der eine solche Selbstverpflichtung enthält, schon deshalb gegen „die guten Sitten“ verstößt und daher rechtswidrig ist.<sup>143</sup>

---

141 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 494.

142 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 407 ff.

143 Das Verbot sittenwidriger Geschäfte ist in § 138 BGB geregelt, *Flügge* (Fn. 140). Auch wenn die Ersatzmutter das Recht hätte, die Schwangerschaft abubrechen, ändert das nichts an der Unkündbarkeit, da ihr der damit verbundene ethische Konflikt

### 3. Gefahren der Kommerzialisierung von Ersatzmutterschaften

Kommerzielle Ersatzmutterschaften sind auch mit dem Risiko verbunden, dass das zu erzeugende Kind instrumentalisiert und zum Objekt gemacht wird – als bloßes Mittel zum Gelderwerb auf Seiten der Ersatzmutter und als bloßes Mittel zur Selbstverwirklichung der Bestelleltern, indem sie die Produktion eines Wunschkindes, durch eine Dienstleisterin in Auftrag geben. Dem soll durch gesetzlich vorgegebene Vertragsgestaltungen oder Rechtspflichten vorgebeugt werden, indem die Abnahme des Kindes durch die Bestelleltern nicht von Eigenschaften des Kindes oder der Erfüllung von Qualitätsanforderungen abhängig gemacht werden darf.<sup>144</sup> Diese Forderung steht im Widerspruch zu den Versprechungen der reproduktionsmedizinischen Kliniken, die die Keimzellen vor der Befruchtung und vor der Einnistung auf Eigenschaften und sogenannte „Erbkrankheiten“ oder „Gendefekte“ untersuchen und damit die Erwartung wecken, ein „schönes“, „gesundes“ Kind lasse sich garantieren. Entscheiden sich Bestelleltern nach der Geburt gegen die Annahme des Kindes, sollte das Baby unter dem Aspekt des Kindeswohls nicht den Personen anvertraut werden, die die Verantwortung für das Kind explizit ablehnen. Auch diese Gefahr spricht für ein Verbot der Ersatzmutterschaft.

Die Überlegung, die Ersatzmutterschaft sei unter Bedingungen, die eine Ausbeutung der Ersatzmutter ausschließen, in Deutschland zuzulassen, damit Paare nicht ins Ausland reisen, um dort unter möglicherweise menschenrechtswidrigen Bedingungen ein Kind erzeugen zu lassen,<sup>145</sup> überzeugt nicht. Schutzvorschriften einzuschränken, um eine Umgehung im Ausland zu verhindern, kann nur zu einer Abwärtsspirale im Menschenrechtsschutz führen. So wenig Kompromisse beim Arbeitsschutz, bei der sozialen Sicherung oder dem Naturschutz gemacht werden (sollten), um Arbeitsplätze in Deutschland zu halten, so wenig sollte auf den Schutz der Frauen verzichtet werden, die ihren Körper zur Verfügung stellen, um Kinderwünsche derer zu erfüllen, die sich eine Eizellgabe oder Ersatzmutterschaft leisten können. Innerhalb der EU kann auf die Entwicklung gemeinsamer Regeln hingewirkt werden, darüber hinaus könnte in Analogie

---

nicht zugemutet werden darf und darüber hinaus, ein Schwangerschaftsabbruch im Laufe der Schwangerschaft immer gefährlicher und schließlich, nach Eintritt der Geburtsreife, unmöglich wird.

144 Abschlussbericht (Fn. 107), S. 461.

145 Coester-Waltjen (Fn. 112), S. 103.

zur Philosophie des Lieferkettengesetzes oder mit internationalen Vereinbarungen an internationalen Schutzmechanismen gearbeitet werden.<sup>146</sup>

## E. Schlussbetrachtung

### I. Gleichberechtigung als Herausforderung

*„Für Männer symbolisieren viele Kinder häufig eine Art Vermächtnis und sozialen Status. Für Frauen hängen sie stärker mit der Erwartung zusammen, CareArbeit zu leisten und gesellschaftlichen Rollenbildern zu entsprechen.“<sup>147</sup>*

Bevor durch die Entwicklung der Gentechnologien die sichere Feststellung der Abstammung vom genetischen Vater möglich wurde, war die Vaterschaft in erster Linie ein rechtliches Konstrukt, das auf Vermutungen beruhte. Gesetze, die ausschließlich von Männern erdacht waren, ordneten Kinder, die von einer Ehefrau geboren wurden, dem Ehemann zu. Außerhalb der Ehe geborene Kinder galten in Deutschland bis 1970 als mit dem „Erzeuger“ nicht einmal verwandt. Ehemänner hatten die alleinige Erziehungsgewalt über ihre Kinder, während Frauen die Pflicht aufgebürdet wurde, die Kinder zu gebären und zu pflegen. Nicht verheiratete Mütter unterlagen der Aufsicht eines Amtsvormundes.<sup>148</sup>

Als im Zuge der Frauenbewegung eine weitgehende Gleichberechtigung im Familienrecht durchgesetzt werden konnte und Mütter dadurch die Möglichkeit erhielten, nach einer Trennung oder ohne Ehe Kinder allein zu erziehen, empfanden das viele als Befreiung. Viele entschieden sich dafür, ein Kind ohne einen männlichen Partner zu gebären und aufzuziehen.<sup>149</sup>

Jetzt fühlten viele Männern sich benachteiligt, weil nun offensichtlich wurde, dass sie, anders als Frauen, für das Leben mit Kind auf eine

---

146 Flügge (Fn. 142), S. 14.

147 Weltgesundheitsbericht 2025: UNFPA, Bevölkerungsfonds der Vereinten Nationen / Deutsche Stiftung Weltbevölkerung (DSW) (Hrsg), 17.4.2025, [www.dsw.org/wp-content/uploads/2025/06/SWOP-2025web\\_100dpi.pdf](http://www.dsw.org/wp-content/uploads/2025/06/SWOP-2025web_100dpi.pdf), S. 60.

148 Sibylla Flügge, Von väterlicher Gewalt und elterlicher Sorge. Eine Gesetzesdokumentation 1900–1982, STREIT 1/1983, S. 20–24.

149 Anita Heiliger, Alleinerziehen als Befreiung. Mutter-Kind-Familien als positive Sozialisationsform und als gesellschaftliche Chance, 1991; Sibylla Flügge, Soll das Kind einen Vater haben?, Mutterlust – Mutterfrust. Handbuch für Schwangere und Mütter, 1978, S. 42–44.

Partnerin angewiesen sind, die dazu bereit ist, gemeinsam ein Kind zu erzeugen und aufzuziehen. Männer begannen sich als „Väterbewegung“ zu organisieren. Zunächst erkämpften sie Änderungen im Umgangs- und Sorgerecht. So konnten sie im Laufe der 1990er Jahre durchsetzen, dass die Trennung einer Ehe in der Regel nicht mehr zum Verlust des Sorgerechts auf Seiten des Mannes führt – unabhängig von der Frage, ob er vor und/oder nach der Trennung dazu bereit ist, sich an der Betreuung des Kindes zu beteiligen. 1998 erhielten Männer, die ihre Vaterschaft anerkannt hatten, das Recht, ihr außerhalb einer Ehe geborenes Kind regelmäßig zu sehen und 2013 erhielten sie die Möglichkeit, auch ohne Ehe oder Zustimmung der Mutter ein mit der Mutter gemeinsames Sorgerecht durchzusetzen.<sup>150</sup> Seither werden auch die Rechte der Männer gestärkt, die genetisch mit dem Kind verwandt, aber keine rechtlichen Väter sind.

Die Umgangs- und Sorgerechte sind in der Praxis für Väter ausschließlich als Recht ausgestaltet. Eine mit Rechtsmitteln erzwingbare Verpflichtung, sich mit dem Kind persönlich zu treffen, geschweige denn, für das Kind persönlich zu sorgen, wird nicht in Betracht gezogen, weil, wie das Bundesverfassungsgericht auf Klage einer alleinerziehenden Mutter festgestellt hat, ein erzwungener Besuchskontakt nicht nur das Persönlichkeitsrecht des Vaters verletze, sondern auch das Kindeswohl gefährde.<sup>151</sup> Mütter, die durch Geburt mit dem Säugling aufs engste verbunden sind, können sich zwar durch Freigabe zur Adoption vollkommen vom Kind lösen, sind aber ansonsten unentrinnbar verpflichtet, das Kind bestmöglich zu betreuen. Viele versuchen, eine\*n Partner\*in und/oder Familienangehörige zu finden, die sie darin unterstützen. Was sie nicht brauchen, ist ein Vater, der mittels „gemeinsamer Sorge“ in ihre Lebensentscheidungen eingreifen kann, ohne eine tatsächliche Entlastung bei der Betreuung des Kindes zu gewährleisten.<sup>152</sup>

*„Der Verlust des Eigentums am Kind, nach Verlust der Frau, zumeist der Besitzerin des Kindes, ist für den freien Privateigentümer-Mann nicht verkraftbar und für die patriarchale Genealogie, die Ordnungsqualität hat für Staat und Gesellschaft nicht hinnehmbar. (...) Die Herrschaft*

---

150 BGBl. I, 1998, S. 2942, BGBl. I, 2013, S. 795; Barbara Schwarz, Die Verteilung der elterlichen Sorge aus erziehungswissenschaftlicher und juristischer Sicht, 2011; Rezension in: STREIT 4/2011, 189.

151 Urt. des BVerfG v. 8.4.2008, BVerfGE 121, 69–108.

152 Sibylla Flügge, Grenzen der Pflicht zur gemeinsamen Sorge im Persönlichkeitsrecht der Sorgenden, FPR 4/2008, S. 135–139.

*der Väter begründet sich jetzt wieder konsequent durch die „Gene“, die biologische/genetische Vaterschaft, die das Produkt identifiziert und dem Eigentümer zuweist. Die neue EuGH- und Verfassungsrechtsprechung zu Sorgerechten und Umgangsrechten biologischer Väter zeigt m.E. diesen Kontext deutlich. (...) Die Berechtigung begründet sich jedenfalls mehrheitlich signifikant nicht durch soziale Fähigkeiten und Eigenschaften, Bindungsqualitäten, Fürsorge, Liebe, Verantwortung, Ethos.“<sup>153</sup>*

## II. Biologisierung der Gleichberechtigung

In den Jahren 2019/20 wurde im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eine Befragung von ungewollt Kinderlosen durchgeführt, bei der festgestellt wurde, dass sich seit 2016 neue Einstellungen zu dieser Problematik häufen:

*„Durch Unterhaltungs- und Aufklärungsmedien wird dieses Selbstbild uneingeschränkter Fruchtbarkeit bestätigt und kulturell verankert. (...) Das Kind ist auch Ausweis für sozialen Status und Vergewisserung für ein vollständiges Mannsein beziehungsweise Frausein, Beleg der eigenen Fruchtbarkeit als persönliches Signal der Identität, aber auch nach außen als Signal sozialer Anerkennung.“<sup>154</sup>*

Die Entwicklung medizinischer Techniken hat in den letzten Jahren die Vorstellung befeuert, Menschen könnten mit ärztlicher Hilfe ihre Körper ihren Ansprüchen entsprechend manipulieren und optimieren. Das führt nicht nur zu immer weiter verbreiteten „Schönheitsoperationen“, sondern auch zum Wunsch nach Erzeugung „eigener“ durch Keimzell- und Genanalysen kontrollierter und gegebenenfalls durch reproduktionsmedizinische Eingriffe optimierter Kinder.<sup>155</sup>

*„Wenn das Einnehmen der Elternrolle als Persönlichkeitsentfaltung des einzelnen Menschen konstruiert wird, wird das Kind als eigenständige Person ausgeblendet. Das Kind dient in dieser Perspektive der Persönlich-*

---

153 Jutta Bahr-Jendges, Elterliche Sorge – Phänomen einer Kopfgeburt. Privateigentum und Besitz im modernen Patriarchat, STREIT 1/2012, S. 13–19 (18).

154 BMFSFJ (Hrsg.), Ungewollte Kinderlosigkeit 2020. Leiden – Hemmungen – Lösungen, S. 10, [www.bmfsfj.bund.de](http://www.bmfsfj.bund.de); Sacksofsky (Fn. 78), S. 100.

155 Sacksofsky (Fn. 84), S. 288; Achtelik (Fn. 113).

*keitsentwicklung der Eltern; eine schwer erträgliche Vorstellung, die zudem mit unserem Konzept der Menschenwürde nicht vereinbar ist.*<sup>156</sup>

Die medizintechnische Umsetzung der Erfüllung des Kinderwunsches geht von der Samenzelle und dem Ei aus. Die Befruchtung, die Zeugung findet im Glas statt, die Reifung dann „in utero“, einem Organ, das zu irgendeiner Frau gehört, die das „uterinäre Umfeld“ zur Verfügung stellt. Diese Fixierung auf die Genetik, die fingierte „Gleichberechtigung“ von Samenzelle und Ei, setzt sich nach der Geburt fort im Anspruch organisierter Vätervertreter auf einen gleichberechtigten Zugriff auf die von ihnen gezeugte Leibesfrucht, das geborene Kind. Denn dann hat die Frau mit dem Uterus ihre Schuldigkeit getan und kann gehen.

Die Anerkennung der „gleichberechtigten“ Bedeutung der Samenzelle bei der Erzeugung von Kindern muss sich im Abstammungsrecht und in Rechten am Kind manifestieren, um eine Bedeutung für den Samengeber zu erhalten. Dementsprechend wird heute gefordert, der Biologie bei der Zuordnung von Rechten mehr Bedeutung zukommen zu lassen. So wurde zunächst dem genetischen, nicht rechtlichen Vater das Recht eingeräumt, Informations- und Umgangsrechte einzuklagen. Sodann erhielt er das Recht, die Vaterschaft des rechtlichen Vaters anzufechten, wenn dieser nicht in „sozial-familiärer Beziehung“ mit dem Kind lebt.

Da die „sozial-familiäre Beziehung“ eines Vaters sich erst nach der Geburt realisieren kann, wird derzeit geplant, dem genetischen Vater das Recht einzuräumen, die Vaterschaft anzuerkennen, wenn ein anderer Mann bereits eine Anerkennung seiner Vaterschaft anstrebt. Und es soll dem genetischen Vater das Recht eingeräumt werden, in den ersten 6 Monaten nach der Geburt die Vaterschaft eines sozialen Vaters anzufechten.<sup>157</sup>

Dies hat massive Folgen für die Rechtsstellung und Lebensplanung der Mutter des Kindes. Ein Mann, der gegen ihren Willen die Vaterschaftsfeststellung betreibt, erhält damit die Möglichkeit, das gemeinsame Sorgerecht für das Kind zu erwerben, was bedeutet, dass die Mutter alle wichtigen Entscheidungen, die immer auch ihr Privatleben betreffen, mit ihm abstimmen oder nötigenfalls gerichtlich gegen ihn durchzusetzen muss. Als Inhaber des gemeinsamen Sorgerechts kann der Vater auch versuchen, das alleinige

---

156 Sacksofsky (Fn. 78), S. 100.

157 Kritik am „Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zur Vaterschaftsanfechtung“: *Deutscher Juristinnenbund*, Pressemitteilung 25-42 vom 15.8.2025, [www.djb.de](http://www.djb.de); Stellungnahme des *LSVD<sup>+</sup> - Verband Queere Vielfalt* vom 14.8.2025, [www.lsvd.de](http://www.lsvd.de).

Sorgerecht zu erhalten und das Kind der Mutter ganz zu entziehen, wenn das Gericht davon überzeugt werden kann, dass dies die bessere Alternative für das Kind ist.

Insofern ist es nicht trivial, wenn das Gesetz nach wie vor verhindert, dass die Ehefrau einer Mutter automatisch das Sorgerecht für das in der Ehe geborene Kind erhält. Denn durch Verweigerung eines solchen, analog zur heterosexuellen Ehe gestalteten Rechts, wird es einem Mann, der durch Becherspende oder natürlichen Zeugungsakt genetischer Vater wurde, ermöglicht, nach Wunsch die Vaterschaft anzuerkennen, eine Stiefkindadoption durch die Ko-Mutter zu verhindern und ein gemeinsames Sorgerecht einzuklagen.<sup>158</sup>

### III. Alte patriarchale Strukturen in neuen Formen

Statt auch im Recht hauptsächlich darauf zu achten, wer für ein Kind die tatsächliche Verantwortung durch Fürsorge übernimmt, gerät die genetische Abstammung immer stärker in den Fokus, wenn es um die Zuordnung von Entscheidungsrechten geht. Dies erinnert an alte Zeiten, in denen dem Vater alle Entscheidungsrechte zugeordnet wurden, während der Mutter allein die Fürsorgepflichten aufgebürdet wurden. So kommt *Lucy Chebout* zu der Schlussfolgerung:

*„Das Abstammungsrecht hat den „pater familias“ in gewisser Weise konserviert; Einbalsamierungstechniken in Form biologistischer Narrative verhindern seinen Zerfall. (...)“<sup>159</sup>*

Forderungen, die Zuordnung von Elternrechten nicht länger dem Dogma zu unterstellen, ein Kind dürfe nicht mehr als zwei Elternteile haben, und diese müssten notwendig männlich und weiblich sein, scheitern am Widerstand konservativer Kräfte. Auf den gleichen Widerstand trifft die Forderung nach einer Öffnung des Familienrechts für eine Absicherung von Sorgebeziehungen jenseits der am traditionellen Eherecht orientierten Regelungen.<sup>160</sup> Daher warnt *Ute Sacksofsky*:

---

158 *Chebout* (Fn.10), S. 327 f.

159 *Chebout* (Fn 10), S. 326.

160 *Kirsten Scheiwe*, Die Ausübung elterlicher Sorge durch soziale Eltern, *STREIT* 2/2016, S. 63–72.

*„In der gesamten Diskussion um Reproduktionsmedizin schwingt zudem ein erstaunliches Revival der Biologie mit. Das muss Feminist\*innen stützig machen. Immerhin ist die Biologie eine zentrale Fundierung der traditionellen Geschlechterordnung; auch heute noch wird die Binarität des Geschlechts vielfach aus der Biologie abgeleitet. Unsere Vorstellungen von Elternschaft hingegen hatten sich eher von der genetischen Verbindung gelöst und der sozialen Elternschaft den Vorrang eingeräumt.“<sup>161</sup>*

Dahinter steht die Ablehnung einer Überwindung bipolarer Geschlechterdefinitionen, weil befürchtet wird, dass damit auch die Legitimation bipolarer Geschlechtsrollen entfällt. Mit der heute wieder modern werdenden Propagierung „wahrer Männlichkeit“, die ihren Ausdruck unter anderem im genetisch „eigenen“ Kind findet, und traditioneller Hausfrauentugenden, die mit der Mutterschaft verknüpft werden, werden patriarchale Strukturen zementiert.

---

161 Sacksofsky (Fn. 78), S. 103.



3.  
Interreligiöse Gerechtigkeit:  
Religionsfreiheit in der pluralistischen Demokratie



# Das Kopftuch der Schöffin

## – Lehrstück über Pluralismus in der demokratischen Gerichtsbarkeit

Anna Katharina Mangold

*Ute Sacksofsky* versteht Religionsfreiheit als *gleiche* Freiheit. Dieses Verständnis bildet den Ausgangspunkt für eine Rekapitulation des verfassungsrechtlichen Streits um das Kopftuch am Beispiel des jüngsten Verbots für ehrenamtliche Richter\*innen, religiöse Symbole zu tragen. Es lässt sich hier ein aus meiner Sicht besonders wichtiger Beitrag *Sacksofskys* zur Verfassungsdogmatik verdeutlichen, nämlich die Notwendigkeit, Freiheits- und Gleichheitsrechte verschränkt zu denken, verfassungsdogmatisch zu konzipieren und in verfassungsgerichtlichen Verfahren zu prüfen.<sup>1</sup>

---

1 *Ute Sacksofsky*, Religion und öffentliche Schulen: Die Rechtsprechung des Supreme Court der Vereinigten Staaten von Amerika, RdJB 1988, S. 228–238; *dies.*, Die Kopftuch-Entscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, 3297–3301; *dies.*, Lehrerin mit Kopftuch. Anmerkungen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Frigga Haugg/Katrin Reimer (Hrsg.), Politik ums Kopftuch, 2005, S. 48–54; *dies.*, Religion und Emanzipation – (k)ein Widerspruch?, in: Stefan Kadelbach/Parinas Parnisi (Hrsg.), Die Freiheit der Religion im europäischen Verfassungsrecht, 2007, S. 111–121; *dies.*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), S. 7–46; *dies.*, Religion and Equality – the Headscarf Debate from a „constitutional perspective“, in: Dagmar Schiek/Victoria Chege (Hrsg.), European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Routledge 2008, S. 353–370; *dies.*, Kopftuchverbote in den Ländern – am Beispiel des Landes Hessen, in: Sabine Berg-hahn/Petra Rostock (Hrsg.), Der Stoff aus dem die Konflikte sind. Debatten um das Kopftuch in Deutschland, Österreich und der Schweiz, 2009, S. 275–293; *dies.*, Scharia, Beschneidung, Islam in der Schule: Antworten des deutschen Rechts auf Fragen, die das Zusammenleben mit Muslimen aufwirft, in: Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen, 2013, S. 72–84; *dies.*, Glaubensfreiheit – ein Grundrecht nur für den religiösen Mainstream?, Merkur 789 (2015), S. 57–64; *dies.*, Kopftuch als Gefahr – ein dogmatischer Irrweg, DVBl 2015, S. 801–808; *dies.*, „Freiwillige Unterwerfung“? Anmerkungen zu Recht, Religion und Gender, juridikum 4 (2016), S. 461–471; *dies.*, Lehrerin mit Kopftuch, Anmerkung zum BVerfG-Urteil v. 24.9.2003 - 2 BvR 1436/02, NJW 2017, S. 3072–3073; *dies.*, Gegen ein Kopftuchverbot für Richterinnen, djBZ 1 (2018), S. 8–10; *dies.*, Ernst-Wolfgang Böckenförde’s Oeuvre on Religious Freedom: Applied to Recent Decisions of the European Court of Human Rights, German Law Journal, 19 (2018), Special Issue “Ernst-Wolfgang Böckenförde Beyond Germany”, S. 301–19.

A. Ute Sacksofskys Zentralthese: Gleiche Religionsfreiheit

Ein wichtiges Forschungsgebiet von Ute Sacksofsky ist – in der Tradition ihres ersten akademischen Lehrers Ernst-Wolfgang Böckenfördes – das Religionsverfassungsrecht.<sup>2</sup> Schon begrifflich setzt sich diese Nomenklatur bewusst vom überkommenen „Staatskirchenrecht“ ab,<sup>3</sup> denn die zentrale These von Sacksofskys Arbeiten in diesem Bereich ist gerade die Erkenntnis, dass es nicht nur um die christlichen Kirchen in ihrer überkommenen institutionellen Ausgestaltung gehen kann in einer religiös zunehmend pluralen Gesellschaft. Diese These hat Sacksofsky in ihrem so eindrucksvollen Staatsrechtslehrerinnenvortrag entwickelt, den sie unter dem nicht selbst gewählten Titel „Religiöse Freiheit als Gefahr?“ 2008 gehalten hat.<sup>4</sup>

Dem dogmatischen Herkommen entsprechend und damit passend für das Forum der Staatsrechtslehrertagung entwickelt Sacksofsky zunächst die freiheitsrechtliche Dimension der Religionsfreiheit. Dann jedoch folgt die für mich bis heute eindrucksvolle Wende und dogmatische Neuerung: Religionsfreiheit denkt Sacksofsky als *gleiche* Freiheit, sie arbeitet die gleichheitsrechtliche Dimension der Religionsfreiheit heraus.

Bewusst setzt sie sich ab von einem reinen Tolerieren anderer Religionen, denn „religiös toleriert werden muss nur der, der dem falschen Glauben anhängt“.<sup>5</sup> Prägnant konstatiert Sacksofsky: „Toleranz ist weniger als Gleichheit.“ Für diese Aussage bezieht sich Sacksofsky auf zwei ältere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.<sup>6</sup> Tatsächlich hat das Bundesverfassungsgericht schon früh die Idee einer „Parität der Kirchen und Bekenntnisse“ in seiner Rechtsprechung anerkannt und damit den Anspruch der Religionen auf Gleichbehandlung zur Verfassungsprämisse erhoben.<sup>7</sup>

---

2 Maßstabsetzend: Ute Sacksofsky, *Religiöse Freiheit als Gefahr?*, VVDStRL 2008, S. 7–46.

3 Hans Michael Heinig/Christian Walter (Hrsg.), *Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?: Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit*, 2007.

4 Sacksofsky (Fn. 2), S. 7 ff., zur Gleichheitsdimension der Religionsfreiheit S. 20–26.

5 Sacksofsky (Fn. 2), S. 7 (21).

6 BVerfGE 12, 1 (3) – *Werbung für Kirchenaustritt* [1960] „Insofern ist die Glaubensfreiheit mehr als religiöse Toleranz, d. h. bloße Duldung religiöser Bekenntnisse oder irreligiöser Überzeugungen.“; BVerfGE 32, 98 (106) – *Ablehnung Bluttransfusion aus religiösen Gründen* [1971].

7 BVerfGE 19, 1 (8) – *Gebührenfreiheit für Neupostolische Kirche* [1965]; BVerfGE 24, 236 (246) – *Lumpensammler* [1968]; BVerfGE 32, 98 (106) – *Ablehnung Bluttransfusion aus religiösen Gründen* [1971].

Doch nicht nur in seiner kollektiven Dimension für „Kirchen und Bekenntnisse“ hat das Bundesverfassungsgericht diesen Anspruch anerkannt, sondern auch für die Einzelnen. In einer besonders schönen Wendung hat das Gericht bereits 1965 vom „Staat als Heimstatt aller Staatsbürger“ geschrieben.<sup>8</sup> Schon in jener Entscheidung hat das Bundesverfassungsgericht diesen Gedanken mit dem Grundsatz der weltanschaulich-religiösen Neutralität verbunden, die in diesen frühen Entscheidungen immer mit der Vorstellung von Parität, Gleichrangigkeit und Gleichwertigkeit der Religionen verknüpft war.

*Sacksofsky* hat in ihrem Staatsrechtslehrerinnenvortrag die Konsequenz gezogen aus den Verfassungsnormen, die genau jene Gleichheitsdimension der Religionsfreiheit von Beginn an normiert haben:<sup>9</sup> Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG verbietet die Diskriminierung wegen des Glaubens und wegen der religiösen Anschauungen, Art. 33 Abs. 3 GG fordert den Zugang zu öffentlichen Ämtern unabhängig von dem religiösen Bekenntnis, was schon in der Weimarer Verfassung so geregelt war und über Art. 140 in das bundesrepublikanische Grundgesetz inkorporiert wurde.

### B. Der Islam und insbesondere das Kopftuch

Eine besondere verfassungsrechtliche Relevanz hat diese Gleichheitsdimension der Religionsfreiheit erlangt, seit der Islam als Glaubensrichtung eines nicht geringen Anteils der deutschen Bevölkerung gesellschaftlich stark an Bedeutung gewonnen hat. Der binnenpluralistische Islam stellt das überkommene Staatskirchenrecht in vielerlei Hinsicht vor Herausforderungen.

In intersektionaler Verknüpfung mit der Kategorie Geschlecht sind Kopftuchverbote für muslimische Frauen seit Anfang der 2000er Jahre ein großes Thema, das auch und insbesondere verfassungsrechtlich verhandelt wurde und wird. Das Bundesverfassungsgericht hat bereits drei Senatsentscheidungen gefällt – *Kopftuch I* bis *III* –<sup>10</sup> sowie eine Reihe von

8 BVerfGE 19, 206 (216) – Kirchenbausteuerpflicht juristischer Personen [1965].

9 *Sacksofsky* (Fn. 2), S. 7 (24).

10 BVerfGE 108, 282 – *Kopftuch I: Lehrerin (Zweiter Senat)* [2003]: Nichtaufnahme einer kopftuchtragenden Frau in das Beamtenverhältnis auf Probe im Schuldienst; BVerfGE 138, 296 – *Kopftuch II: Lehrerin (Erster Senat)* [2015]: Kopftuchverbot gegenüber Lehrerinnen an allgemeinbildenden Schulen; BVerfGE 153, 1 – *Kopftuch III: Rechtsreferendarin (Zweiter Senat)* [2020]: Untersagung des Tragens eines Kopftuches im Rechtsreferendariat.

Kammerentscheidungen.<sup>11</sup> Die Senatsentscheidungen sowohl des Zweiten Senats (2003: Lehrerin, 2020: Rechtsreferendarin) als auch des Ersten Senats (2015: Lehrerin) machen muslimischen, Kopftuch tragenden Staatsbürgerinnen klar, dass *ihre* sichtbare Religionsausübung aus Sicht der beiden Senate angeblich eine – abstrakte oder konkrete – Gefahr darstellt für den Schulfrieden oder nicht zum uniformierten Erscheinungsbild der Richter(\*innen) an deutschen Gerichten passt.

Demnach ist das Thema keinesfalls abgeräumt. Ich kann nicht verhehlen, dass ich über die Rechtsprechung des Karlsruher Gerichts sehr erstaunt bin. Eben habe ich jene schöne Formulierung zitiert, wonach der Staat die „Heimstatt aller Staatsbürger“ sei, die im Jahr 1965 selbstverständlich im generischen Maskulinum verfasst war. Es sind ausgerechnet die Kopftuch-Entscheidungen beider Senate, die diese Wendung aufgegriffen haben, und zwar nicht in einer geschlechtergerecht weiterentwickelten sprachlichen Version, sondern immer noch mit der Formulierung „Staatsbürger“.<sup>12</sup> Das Karlsruher Gericht, und zwar beide Senate, urteilt seit nunmehr gut 20 Jahren, dass für Kopftuch tragende Frauen ausgerechnet die staatlichen Institutionen Schule und Gericht gerade *nicht* selbstverständliche Heimstatt sein sollen.

*Ute Sacksofsky* hat diese Rechtsprechungslinie von Anfang an in wissenschaftlichen Aufsätzen kritisiert und als hessische Landesanwältin auch forensisch bekämpft.<sup>13</sup> Ich teile diese Kritik und sehe in Kopftuchverboten eine eklatante Form von diskriminierender Ungerechtigkeit, nicht zuletzt, weil das Kopftuch erst zum Problem geworden ist, seit Frauen nicht mehr nur Schulen und Gerichte *putzen*, sondern in ihnen als Lehrerinnen und

---

11 BVerfG, 17.01.2023, 1 BvR 1661/21 – *Unbegründeter Nichtannahme Berliner Neutralitätsgesetz*; BVerfG, 18.10.2016, 1 BvR 354/11, NJW 2017, 381 – *Kopftuch Erzieherin*; BVerfG, 27.6.2006, 2 BvR 677/05, NJW 2007, 56 – *Ausschluss kopftuchtragender Zuschauerin aus mündlicher Verhandlung*; BVerfG, 30.7.2003, 1 BvR 792/03, BVerfGK 1, 308 – *Kopftuch Kaufhausverkäuferin*. – Entscheidungen jenseits von Arbeitsverhältnissen: BVerfG, 26.2.2018, 1 BvQ 6/18 – *Ablehnung eA gegen Verhüllungsverbot beim Autofahren*; BVerfG, 4.4.2001, 2 BvR 713/00 – *Kostenentscheidung nach Erledigung (urspr. Verfassungsbeschwerde gegen die Auflage der deutschen Ausländerbehörde, Passfotos mit Kopftuch vorzulegen wie im Iran üblich)*.

12 BVerfGE 108, 282 [299] – *Kopftuch I: Zweiter Senat* [2003]; 138, 296 (338, Rn. 109) – *Kopftuch II: Erster Senat* [2015]; 153, 1 (36, Rn. 87) – *Kopftuch III: Zweiter Senat* [2020].

13 Siehe die Nachweise in Fn. 1 sowie Antrag der Landesanwältin *Ute Sacksofsky* bei dem Staatsgerichtshof des Landes Hessen v. 28.4.2005, Az. AR 30/05, abrufbar: [https://www.jura.uni-frankfurt.de/43601069/Antrag\\_Kopftuch.pdf](https://www.jura.uni-frankfurt.de/43601069/Antrag_Kopftuch.pdf).

Richterinnen tätig sein wollen. Hierin liegt auch ein klassistisches Problem, für welches das deutsche Verfassungsrecht notorisch blind ist.<sup>14</sup>

### C. Konkret: Ehrenamtliche Richterinnen

Die jüngste Volte in der verfassungsrechtlichen Kopftuch-Saga betrifft ehrenamtliche Richter\*innen, sogenannte Schöff\*innen. Diese neueste Entwicklung beruht auf der dritten Kopftuch-Entscheidung des Zweiten Senats von 2020 zum Verbot von religiösen Symbolen für Rechtsreferendarinnen.<sup>15</sup>

Zunächst sei daher diese Entscheidung erläutert. Der Zweite Senat hatte implizit für muslimische Juristinnen die Möglichkeit verneint, bei richterlicher Tätigkeit ein Kopftuch zu tragen – und damit praktisch jene vom Justizdienst ausgeschlossen, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen.

Ich halte diese Entscheidung des Zweiten Senats von 2020 für eine der großen grundrechtlichen Fehlentscheidungen des Gerichts, zementiert sie doch eine Exklusion von muslimischen Juristinnen und, nebenbei bemerkt, gläubigen Juden, die Kippa tragen, aus der deutschen Justiz. Angesichts der deutschen Geschichte ist das eine sehr überraschende Auslegung der grundgesetzlichen Religionsfreiheit und des grundgesetzlichen Verbots, beim Zugang zu öffentlichen Ämter nach der Religion zu diskriminieren.

Tragende Erwägung des Zweiten Senats war 2020, der Staat nehme auf das äußere Gepräge der Amtshandlung in Gerichtsverhandlungen besonderen Einfluss, nämlich in Gestalt der Pflicht zum Tragen von Amtstracht, weswegen „abweichende Verhaltensweisen einzelner Amtsträger“ dem Staat als eigene eher zuzurechnen seien.<sup>16</sup> Ein „objektiver Betrachter“ rechne das Kopftuch einer Richterin dem Staat zu.<sup>17</sup> Das verstöße gegen die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates und rechtfertige deswegen Kopftuchverbote für die Justiz.

Eine ganze Reihe von Bundesländern haben nach dieser Entscheidung zur Rechtsreferendarin sogenannte Justiz-Neutralitäts-Gesetze erlassen, um Verbote religiöser Symbole in der Justiz zu regeln. Überwiegend betreffen diese Regelungen hauptamtliche Richter\*innen. Einige Bundesländer haben allerdings auch ehrenamtlichen Richter\*innen, also Schöff\*innen,

---

14 Siehe aber den Beitrag von *Nazli Aghazadeh-Wegener* in diesem Band.

15 BVerfGE 153, 1 – *Kopftuch III* [2020].

16 BVerfGE 153, 1 [38 f., Rn. 90] – *Kopftuch III* [2020].

17 BVerfGE 153, 1 [38 f., Rn. 90] – *Kopftuch III* [2020].

das Tragen religiöser Symbole untersagt, nämlich Nordrhein-Westfalen,<sup>18</sup> Bayern<sup>19</sup> und Niedersachsen<sup>20</sup>. Tragen ehrenamtliche Richter\*innen Kopftuch oder Kippa, müssen sie in diesen Bundesländern nun entweder den äußerlich sichtbaren Ausdruck ihres Glaubens ablegen oder sie dürfen nicht als ehrenamtliche Richter\*innen tätig sein. Baden-Württemberg hat ehrenamtliche Richter\*innen hingegen explizit vom geforderten neutralen Erscheinungsbild ausgenommen.<sup>21</sup>

In Nordrhein-Westfalen wurde auf Basis der dortigen Regelung in § 2 Abs. 1 JNeutG NRW eine gewählte Schöffin von der Schöff\*innenliste wieder gestrichen, weil sie aus religiösen Gründen ein Kopftuch trägt. Diese Schöffin hat inzwischen Verfassungsbeschwerde gegen ihre Streichung von der Schöff\*innenliste erhoben, und um die Argumentation in dieser Verfassungsbeschwerde geht es im Folgenden.<sup>22</sup>

Ich meine, die Bundesländer hätten hier schon gar keine Gesetzgebungskompetenz, weil die bundesrechtlichen Prozessordnungen abschließende Regelungen getroffen haben. Das Land Nordrhein-Westfalen hätte § 2 Abs. 1 JNeutG NRW nicht erlassen dürfen, soweit diese Regelung sich auf ehrenamtliche Richter\*innen erstreckt, weil der Bund im Gerichtsverfassungsgesetz abschließende Regeln für ehrenamtliche Richter\*innen getroffen hat.<sup>23</sup> Zudem ist die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 2 Abs. 1 JNeutG NRW nicht gesetzlich klar geregelt und genügt deswegen nicht dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz, wie er bei einem schwerwiegenden Eingriff in die Religionsfreiheit aus dem Wesentlichkeitsgrundsatz folgt.<sup>24</sup>

Vor allem aber: Schöff\*innen werden aus dem Kreise der Bevölkerung gewählt. Ein Blick in die deutsche Prozessrechtsgeschichte erweist, dass die Entscheidung für ehrenamtliche Richter\*innen, für Laien, seit jeher immer auch eine demokratisch-repräsentative Dimension hatte. Es ging darum, die gesamte Bevölkerung an der Rechtsprechung zu beteiligen.<sup>25</sup> Die ge-

---

18 § 2 Abs. 1 NRWJNeutG v. 9.3.2021 (GV. NRW S. 290).

19 Art. 11, 15 BayRiStAG v. 22.3.2018 (GVBl. S. 118).

20 § 31a NdsJG i. d. F. d. G. v. 12.5.2020 (GVBl. S. 116).

21 § 21 Abs. 3 S. 2 AGGVG BW i. d. F. d. G. v. 17.12.2020 (GBl. 2021 S. 1), i. Kr. ab 14.1.2021.

22 BVerfG, Az. 2 BvR 245/25. – Ich bin Prozessbevollmächtigte in diesem Verfahren.

23 Siehe dazu ausführlich Verfassungsbeschwerde Schöffin vom 4.7.2024, S. 31 ff., abrufbar: <https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Gleiche-Rechte/Schoeffin/Verfassungsbeschwerdeschrift-Schoeffin.pdf> (18.12.2025).

24 Verfassungsbeschwerde (Fn. 23), S. 43 ff.

25 In der Kommentarliteratur wird dieser Bezug des Repräsentationsprinzips in § 36 GVG auf das Demokratieprinzip klar benannt: SK StPO/Degener, 6. Aufl. 2023, § 28

samte Bevölkerung sollte repräsentiert sein, um der Rechtsprechung eine eigene demokratische Legitimation zu verschaffen. Dieser Repräsentationsgedanke wird in Art. 33 Abs. 3 S. 1 GG deutlich zum Ausdruck gebracht, wo es heißt, dass die Zulassung zu öffentlichen Ämtern unabhängig von dem religiösen Bekenntnis zu sein hat. Das Amt einer Schöffin ist ein öffentliches Amt im Sinne des Art. 33 Abs. 3 S. 1 GG.<sup>26</sup>

Dass ehrenamtliche Richter\*innen gerade nicht Teil des Staates werden, zeigt sich daran, dass sie keine Amtstracht tragen, sondern in ihrer eigenen, individuellen Kleidung zu Gericht sitzen. Selbst nach den Maßstäben der Rechtsprechung des Zweiten Senats aus der Dritten Kopftuchentscheidung zur Rechtsreferendarin ist also bereits symbolisch dadurch eine Distanz zu den hauptamtlichen staatlichen Richter\*innen geschaffen, dass die ehrenamtlichen anders als die hauptamtlichen Richter\*innen keine Robe tragen und damit klar erkennbar sind als Laienrichter\*innen.

#### D. Freiheit und Gleichheit

In der verfassungsrechtlichen Bewertung möchte ich den Gedanken von *Ute Sacksofsky* aufgreifen und stark machen, dass es bei derartigen exkludierenden Regelungen und Praktiken im Kern um Ungleichbehandlung geht, die nur sichtbar wird, wenn Freiheits- und Gleichheitsrechte verschränkt geprüft werden. Die Verbote religiöser Symbole für ehrenamtliche Richter\*innen erlegen diesen auf, sich zu assimilieren an eine von religiösen Symbolen freie Mehrheitsgesellschaft. Ihr religiöses Anderssein wird unsichtbar gemacht. Sie werden gezwungen, das eigene religiöse Bekenntnis zu verleugnen, jedenfalls für die Dauer der Gerichtsverhandlung – als ob sich Glaube einfach so an der Garderobe ablegen ließe.

---

GVG Rn. 7 und § 36 GVG Rn. 8; *Kathrin Groh*, Angewandte Verfassungsrechtsprechung? – Die Schöffin mit Kopftuch, NVwZ 2006, S.1023 (1026); *Johann Bader*, Die Kopftuch tragende Schöffin, NJW 2007, S. 2964 (2966), bezeichnet dies als Ausdruck der „Volksouveränität“; *Norman Lieber*, Schöffengericht und Trial by Jury, 2010, S. 304 ff.: „Laienbeteiligung als demokratisches Element der Rechtsprechung“ (in historischer und vergleichender Perspektive).

26 Das Bundesverfassungsgericht versteht den Begriff in Abs. 2 und 3 gleich, vgl. BVerfGE 138, 296 [347 Rn. 126]; ebenso *Frauke Brosius-Gersdorf*, in: Dreier, GG Bd. 1, 3. Aufl. 2015, Art. 33 Rn. 143 m.w.N., und legt den Begriff weit aus, vgl. ebd., Rn. 84 m. w. N. Instanzenrichtlich sind Ehrenämter bereits als „öffentliches Amt“ angesehen worden, OVG Hamburg, 13.8.2003, Az. 1 Bs 36/03, juris Rn. 3.

Die spezifische Gleichheitsdimension dieses Eingriffs in die Religionsfreiheit zeigt sich darin, dass die deutsche Justiz selbstverständlich an sich kein Problem damit hat, zutiefst religiöse Personen richten zu lassen. So wurde der Bundesverfassungsrichter *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, tiefgläubiger Katholik und bis zum Beginn des Verfahrens über § 218 StGB Mitglied in der Juristenvereinigung Lebensrecht e. V., aus der er dann flugs austrat, von seinem Senat im Verfahren über den Schwangerschaftsabbruch *nicht* als befangen angesehen. Dazu gibt es eine veröffentlichte Entscheidung im 88. Band.<sup>27</sup>

Die Kritik geht nun keinesfalls in die Richtung, dass religiöse Personen gar nichts an deutschen Gerichten zu suchen hätten. Das würde schon der Vorgabe von Art. 33 Abs. 3 S. 1 GG widersprechen, der ein Leitbild einer religiös diversen Beamt:innenschaft, also auch Richter:innen, entwirft.<sup>28</sup> Diesem verfassungsrechtlichen Leitbild zufolge *sollen* religiöse Personen an deutschen Gerichten urteilen. Doch diese Möglichkeit muss selbstverständlich *allen* religiösen Personen in gleicher Weise offenstehen, nur dies entspricht auch den religionsverfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Gleichbehandlung aller Religionen. Werden nur manche Religionen ausgeschlossen, nämlich jene, die sichtbare religiöse Glaubensbekundungen verlangen, etwa Kippa, Kopftuch oder Dastar, entsteht ein Diskriminierungsproblem.

Wie der amerikanische Supreme Court geurteilt hat, dass ein Ausschluss von der Jury-Tätigkeit wegen der Rasse gleichheitswidrig ist,<sup>29</sup> so müssen auch gläubige Musliminnen und Juden vor religiöser Ungleichbehandlung geschützt werden.

An diesem Beispiel zeigt sich, dass die freiheitsrechtliche Dimension nur *eine* Perspektive ist, die zu ergänzen und zu komplementieren ist durch eine gleichheitsrechtliche. Es erweist sich, dass ein und dieselbe Vorschrift – religiös neutrales Erscheinungsbild – für manche Personen unproblematisch zu erfüllen ist, zum Beispiel für gläubige Katholiken, für andere Perso-

---

27 Vgl. abgewiesener Befangenheitsantrag gegen *BVR Böckenförde*: BVerfGE 88, 17.

28 *Benjamin Rusteberg*, Kopftuchverbote als Mittel zur Abwehr nicht existenter Gefahren: Zur zweiten Kopftuch-Entscheidung des BVerfG vom 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1181/10, JZ 2015, S. 637 (642).

29 US Supreme Court, *Norris v. Alabama*, 294 U.S. 598-99 (1935): kein genereller Ausschluss afroamerikanischer Bürger\*innen von Strafjurien; US Supreme Court, *Batson v. Kentucky*, 476 U.S. 79 (1986): kein Ausschluss von Jurymitgliedern allein wegen ihrer Rasse; zum peer Prinzip historisch und rechtsvergleichend *Lieber* (Fn. 25), S. 317 ff.

nen jedoch nicht, nämlich Kippa oder Kopftuch tragende Personen. Erst die Kombination einer freiheitsrechtlichen Perspektive mit dem Blick auf die spezifischen ungleichen Auswirkungen einer Norm auf verschiedene Personengruppen rückt die Grundrechtsverletzung in den Blick.

Verbote religiöser Kleidungsstücke für ehrenamtliche Richter\*innen sind schwerwiegende Eingriffe in die Religionsfreiheit. Sie sind aber gerade deswegen schwerwiegend, weil sie diskriminieren, indem sie sichtbar gläubigen Personen absprechen, nach dem Gesetz zu urteilen – während unsichtbar religiösen Personen diese Fähigkeit zuerkannt wird.

Das Grundgesetz untersagt genau solche Diskriminierung, solches Messen mit zweierlei Maß, in Art. 33 Abs. 3 S. 1 GG und Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG. Die Gleichheitsdimension von Freiheitseingriffen wird bei Kopftuch- und Kippa-Verboten besonders deutlich. Dies hat *Ute Sacksofsky* überzeugend herausgearbeitet. Wer es einmal gesehen hat, kann es nicht mehr ungesehen machen. Der verfassungsrechtliche Blick auf das Kopftuch muss deswegen berücksichtigen, dass es um *gleiche* Religionsfreiheit geht.



# Religionsfreiheit, Geschlecht und sexuelle Orientierung im säkularen Staat

*Elisabeth Holzeithner*

Für dich soll's rote Rosen regnen.  
(Nach Hildegard Knef)

Mit Ute Sacksofsky verbinde ich einige meiner liebsten akademischen Erinnerungen. Ein absoluter Höhepunkt war die Verleihung des Ehrendoktorats der Universität Wien an Ute im September 2020. Ich habe es sonst ja nicht so mit dem Highlander-Syndrom. Aber als es um die Frage ging, wen unsere Fakultät ehren sollte, hatte ich einen starken Impuls: Es kann nur eine geben (neben der ebenfalls geehrten Andrea Büchler), und die musste *Ute Sacksofsky* sein. Beide hoch geschätzten Kolleginnen waren die ersten Frauen, die mit einem Wiener rechtswissenschaftlichen Ehrendoktorat ausgezeichnet wurden. Mir fiel die freudige Ehre zu, die Laudatio auf *Ute* zu halten – im Talar, im Großen Festsaal der Universität Wien. Auf den Fotos, die von uns gemacht wurden, strahlen wir, wie man auf Wienerisch so schön sagt, wie die Hutschpferde. Es war kurz vor dem zweiten großen Covid-Lockdown, und fast stündlich musste der Festakt verkleinert werden – aber es ist sich ausgegangen.

Einen weiteren Anlass mit Feierlichkeitscharakter habe ich in wunderbarer Erinnerung: *Ute Sacksofskys* Vortrag anlässlich meiner Einstandstagung als Professorin für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies im schönen Dachgeschoß des Wiener Juridicums im Juni 2015. *Utes* Beitrag war der krönende Abschluss. Er widmete sich dem Thema „Freiwillige Unterwerfung? Anmerkungen zu Recht, Religion und Gender“ und wurde ein Jahr später in der Zeitschrift *Juridikum*, dem österreichischen Pendant zur Kritischen Justiz, veröffentlicht.<sup>1</sup> An diesen Text knüpfte ich mit meinen folgenden Überlegungen an. Er greift Fragen danach auf, wie Recht Autonomie ermöglichen kann, welche Mittel dazu tauglich und welche untauglich sind.

---

1 *Ute Sacksofsky*, „Freiwillige Unterwerfung? Anmerkungen zu Recht, Religion und Gender, *juridikum* 4/2016, 461–471.

*Autonomie und Religion im Spiegel des Rechts*

Im Spannungsfeld zur Religion hin ist die Frage nach der Autonomie besonders anspruchsvoll, ist doch die Religion neben vielem anderen ein Reich von Normen, welche beanspruchen, unser Verhalten anzuleiten. Diese religiösen Normen weisen Frauen und Männern sehr häufig „unterschiedliche Rechte (und Pflichten)“<sup>2</sup> zu. Wenn Frauen sich solchen Normen „unterwerfen“, dann scheint das aus feministischer Perspektive, wie *Ute Sacksofsky* treffend schreibt, „suspekt“ – denn „gerade die strengen Strömungen innerhalb der großen Religionen“ tragen „stark patriarchalische Züge“.<sup>3</sup> Insofern Geschlechtergleichheit abgelehnt wird, kann in solchen Religionen von gleicher Freiheit nicht die Rede sein. Mit Blick auf die Entscheidung darüber, sich im Glauben darauf einzulassen, besteht diese Freiheit aber. Damit sind wir an einem wichtigen Punkt, den auch *Ute Sacksofsky* stark macht: Die Religionsfreiheit ist ein Freiheitsrecht. Sie „gibt die Entscheidung über den Glauben in die Hände der Einzelnen“.<sup>4</sup> Es geht darum, sich selbst im Einklang mit religiösen Vorgaben, die man sich individuell zu eigen macht, zu entfalten. Diese Dimension unserer Persönlichkeit ist, um wieder mit *Ute Sacksofsky* zu sprechen, ein „zentrales Element der moralischen Identität“. Denn „Religion beschränkt sich nicht auf Kultushandlungen, sondern verlangt von den Gläubigen, ihr gesamtes Leben an den Regeln ihrer Religion auszurichten.“<sup>5</sup>

An das Recht ist hartnäckig die Anforderung zu richten, gleiche Freiheit zu realisieren, den Rahmen für wechselseitig kompatibles Freiheitshandeln zu schaffen. Mit Blick auf die Religionsfreiheit und den mit ihr einhergehenden, von ihr ermöglichten und gepflegten religiösen Pluralismus ist klar: Zentrale Voraussetzung dafür ist der säkulare Staat, der es sich eben nicht zur Aufgabe macht, die Vorstellungen einer Religion hinsichtlich des guten Lebens für alle verbindlich zu machen. Das bedeutet nicht, und hier bin ich völlig einer Meinung mit *Ute Sacksofsky*, einen Laizismus, der Religion ins sogenannte Privatleben verbannt. Zur Trennung von Öffentlichkeit und Privatheit haben wir aus feministischer Perspektive ohnehin viel

---

2 *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 464.

3 *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 462.

4 *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 465.

5 *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 464. In diesem Sinn bereits *Ute Sacksofsky*, Religiöse Freiheit als Gefahr?, VVDStRL 68 (2009), S. 7 (50).

Kritisches zu sagen.<sup>6</sup> Vielmehr ist eine Vorstellung von staatlicher Neutralität vorzugswürdig – und in der deutschen wie auch der österreichischen Verfassungsordnung prinzipiell realisiert – die eine „offene und übergreifende, die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung des Staates“<sup>7</sup> kultiviert. So jedenfalls das Bundesverfassungsgericht in Worten, die *Ute Sacksofsky* zustimmend zitiert. Staatliche Säkularität ist eine elementare Voraussetzung dafür, dass Religionsfreiheit allen Menschen im Staat gleichermaßen zukommt und sie die Möglichkeit haben, ihr Leben an ihren religiösen Überzeugungen auszurichten – ein ihren religiösen Vorstellungen gemäßes, gutes Leben zu führen. Die Freiheit von der Religion gehört da selbstverständlich ebenfalls dazu.

Beide Punkte, Religionsfreiheit als Freiheitsrecht und Säkularität des Staates zur Gewährleistung religiösen Pluralismus, möchte ich insbesondere angesichts aktueller Entwicklungen starkmachen. Postliberale Konzeptionen des Verhältnisses von Staat und Religion möchten das Kräfteverhältnis in Richtung einer staatlich opportunen Religion oder Kirche verschieben. Deren Protagonisten wollen Normen der Religion in das staatliche Recht aufnehmen und damit auch für diejenigen verbindlich machen, die solchen religiösen Überzeugungen nicht anhängen.<sup>8</sup> Beispiele dafür sind religiös motivierte Verbote von Schwangerschaftsabbrüchen oder der Ausschluss gleichgeschlechtlicher Paare von der Ehe. In den USA kann das während der zweiten Amtszeit von Präsident *Donald Trump* entlang der Umsetzung von „Project 2025“<sup>9</sup> live beobachtet werden – mit dem Ziel,

---

6 „Das Private ist politisch“ heißt es zurecht. Meine erste Publikation war diesem Thema gewidmet: *Elisabeth Holzleithner*, Sphären-Vernetzungen: Zwischen Familienfrage und Öffentlichkeit, *juridikum* 4/1993, 27–30.

7 BVerfGE 108, 282 (300), zitiert nach *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 468.

8 Als ein rezentes Beispiel sei hier nur *Adrian Vermeule*, *Common Good Constitutionalism: Recovering the Classical Tradition* (2022) genannt. Die Folgen zeigt pointiert *Ute Sacksofsky*, *Verfassungsrechtlicher Backlash: die Dobbs-Entscheidung des U.S. Supreme Court*, *Kritische Justiz* 1/2023, S. 80–92.

9 <https://www.project2025.observer/en> (29.09.2025). Mit der inhaltlichen geht auch eine sprachliche Neuausrichtung einher, die seit Beginn der zweiten Präsidentschaft von *Donald Trump* in vollem Gang ist: “The next conservative President must make the institutions of American civil society hard targets for woke culture warriors. This starts with deleting the terms sexual orientation and gender identity (‘SOGI’), diversity, equity, and inclusion (‘DEI’), gender, gender equality, gender equity, gender awareness, gender-sensitive, abortion, reproductive health, reproductive rights, and any other term used to deprive Americans of their First Amendment rights out of every federal

die liberale Demokratie in eine theokratische Autokratie umzubauen.<sup>10</sup> Die Möglichkeit, einen eigenen Lebensentwurf jenseits der rechtlich verbindlich gemachten religiösen Vorstellungen eines guten Lebens zu verfolgen, wäre dann nur noch sehr eingeschränkt oder gar nicht gegeben.

### *Bedingungen von Autonomie im Kontext der Religion*

Vor diesem Hintergrund sei ein näherer Blick auf die Idee der Autonomie geworfen – und auf die Bedingungen, derer es für ihre Realisierung bedarf. Gerade wenn man beobachten muss, wie andernorts (mit erheblichen Ausstrahlungswirkungen) individuelle Freiheit massiv eingeschränkt wird, mag besonders deutlich vor Augen stehen, dass Freiheit ein Sehnsuchtsort ist. Dabei ist Freiheit durchaus anstrengend: Eigene Entscheidungen treffen zu müssen, kann auch eine Belastung sein. Und nicht immer ist man glücklich mit dem Ergebnis der eigenen Wahl. Nicht zuletzt finden Entscheidungen typischerweise unter Einschränkungen statt.<sup>11</sup> Sie werden in Spannungsfeldern getroffen, wo es die eine ideale Wahl gar nicht gibt, und gar nicht selten legen sie Ketten an. Man denke nur an die Sentenz „Will nicht allein sein, und will doch frei sein“ in *Hildegard Knefs* wunderbarem Lied „Für mich soll's rote Rosen regnen“.

All diese Beobachtungen verweisen darauf, dass Autonomie in der Welt und in der Zeit stattfindet, und dass sie unter bestimmten Bedingungen steht. Wer autonom handeln möchte, bedarf eines adäquaten Bereichs von Lebensmöglichkeiten, der verschiedene Lebenswege eröffnet. Einer davon besteht darin, das eigene Leben entlang religiöser Normen zu führen, und dies auch mit Wirkung nach außen – etwa, indem religiös konnotierte Kleidungsstücke getragen werden, oder indem aus religiösen Gründen bestimmte Handlungen getätigt und andere unterlassen werden. Dabei kann es zu Konflikten mit beruflichen Verantwortlichkeiten kommen – man denke nur an die Standesbeamtin *Lillian Ladele* aus Islington im Vereinigten Königreich, die nicht bereit war, am Eingehen von zivilen Partnerschaften gleichgeschlechtlicher Paare mitzuwirken. Frau *Ladele* hat dafür einen

---

rule, agency regulation, contract, grant, regulation, and piece of legislation that exists.” (Heritage Foundation, Project 2025, 4-5).

10 <https://resistproject2025.substack.com/p/resist-project-2025-09-27-2025> (29.9.2025).

11 Siehe beispielsweise *Ute Sacksofsky*, Autonomie und Fürsorge, *Kritische Justiz* 1/2021, S. 47–61.

hohen Preis gezahlt: Sie hat ihre Stelle verloren. Dass dadurch nicht in ihre religiöse Freiheit eingegriffen wurde, hat am Ende der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte judiziert.<sup>12</sup> Nicht wenige haben Zweifel angemeldet, ob damit die individuelle Religionsfreiheit hinreichend ernst genommen wurde, zumal angesichts dessen, dass angesichts gesetzlicher Verbürgungen keine institutionelle Diskriminierung verpartnerungswilliger gleichgeschlechtlicher Paare zu befürchten war.<sup>13</sup>

Eine weitere Bedingung von Autonomie betrifft die emotional-intellektuellen und körperlichen Kapazitäten: Wer autonom handeln möchte, muss um Lebensmöglichkeiten wissen und diese reflektieren können, um sich für oder gegen sie zu entscheiden. Hier ist auch der Staat in der Pflicht, gilt es doch, Menschen in der Ausübung dieser Kapazitäten ernst zu nehmen und sie gegebenenfalls zu unterstützen, etwa, indem Barrierearmut verbürgt wird. Damit ist weiters auch die Entwicklungsdimension angesprochen – denn hier handelt es sich um Prozesse, die gelernt werden. Und schließlich, eine dritte Bedingung, können Entscheidungen nur dann autonom sein, wenn sie nicht unmittelbar unter Zwang oder durch Manipulation herbeigeführt oder verhindert werden. Da wir alle in Beziehungen mit Menschen leben, die uns auf die eine oder andere Art beeinflussen, kann mit Blick auf Zwang und Manipulation je nur von deren relativer Abwesenheit gesprochen werden.

Um diese Herausforderungen plastisch vorzustellen, sei die Entwicklungsdimension der Autonomie an der Schnittstelle zur Religion fokussiert. Es ist ja nicht zuletzt ein Recht der Eltern, ihre Kinder beim Aufwachsen zu begleiten und sie im Einklang mit ihren eigenen religiösen Überzeugungen zu erziehen. In diesem Zusammenhang stellen sich immer wieder schwierige Fragen. Eine davon betrifft den koedukativen Schwimmunterricht – ein Beispiel, das *Ute Sacksofsky* in ihrem *Juridikum*-Text elaboriert. Zumal Eltern muslimischer Schülerinnen streben immer wieder an, dass ihre Töchter vom Schwimmunterricht befreit werden. Die deutschen Gerichte entschieden zunächst gerne im Sinne der Eltern – bis das Bundesverwaltungsgericht im Jahr 2013 seine Rechtsprechung änderte.<sup>14</sup> Nun verwies es

---

12 EGMR, Urt. v. 15.1.2013, Beschwerde-Nrn. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, *Eweida e.a. gg UK*.

13 Siehe dazu ausführlich *Elisabeth Holzleithner*, Religionsfreiheit und Geschlechtergleichheit: Konflikte, Kontroversen, Synergien, in: Krennerich/Lissowski/Schendel (Hrsg.), *Die Freiheit der Menschenrechte. Festschrift für Heiner Bielefeldt zum 65. Geburtstag* (2023), S. 102 (111–116).

14 BVerwGE 147, 362.

darauf, dass es ja die Möglichkeit gebe, „einen sogenannten Burkini zu tragen“.<sup>15</sup> Da dies eine „annehmbare Ausweichmöglichkeit“<sup>16</sup> sei, komme eine Befreiung nicht in Frage. *Ute Sacksofsky* kommentiert kritisch: „Woher weiß das Bundesverwaltungsgericht, dass der Burkini für die Klägerin annehmbar ist? Kennt es die religiösen Überzeugungen der Klägerin besser als diese selbst? Ein klassischer paternalistischer Fehlschluss.“<sup>17</sup>

Im Ergebnis stimmt *Ute Sacksofsky* allerdings zu. Sie stützt ihre Argumentation auf die Beobachtung, dass es „im Bereich der Schule ein dreipoliges Verhältnis“ gibt: „Involviert sind die Eltern, das Kind und der Staat.“<sup>18</sup> Die Religionsfreiheit der Eltern und ihre Berechtigung, ihre Kinder im Sinne ihrer religiösen Überzeugungen zu erziehen, sei in Relation zu setzen zum „Erziehungsauftrag des Staates“, der wiederum geprägt sei vom Verfassungsgrundsatz der „Gleichberechtigung der Geschlechter“. Vor diesem Hintergrund müssen auch Mädchen und junge Frauen in der Schule jene Fähigkeiten und Fertigkeiten erlernen können, die „als Teil des notwendigen Erziehungsauftrags festgelegt“ sind.<sup>19</sup> Insofern Kinder und Jugendliche in die Lage versetzt werden sollen, ihre Persönlichkeit frei zu entfalten, hat die Schule auch den Auftrag, Perspektiven über den elterlichen Horizont hinaus zu eröffnen. Derart soll es ihnen ermöglicht werden, wie *Friederike Wapler* dies formuliert hat, „ihre eigene Lebensweise in Beziehung zu anderen zu setzen und in dieser Auseinandersetzung einen eigenen Lebensplan zu entwickeln“.<sup>20</sup>

### *Das eigene Leben leben: Bend It Like Beckham*

Die Spannungslagen, die dabei entstehen können, seien am Beispiel eines Films dargelegt, der im Jahr 2002 zu einem Überraschungshit avancierte: das komödiantische, multikulturelle Sportdrama *Bend it like Beckham* von Regisseurin *Gurinder Chadha*.<sup>21</sup> Die Handlung spielt in Hounslow, einem Vorort von London. Erzählt wird die Geschichte von Jess (Jesmin-

---

15 BVerwGE 147, 362 (Rn 24).

16 BVerwGE 147, 362 (Rn 24).

17 *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 467.

18 *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 467.

19 Alle Zitate: *Sacksofsky* (Fn. 1), S. 467.

20 *Friederike Wapler*, Gleichheit angesichts von Vielfalt, VVDStRL 78 (2019), S. 53 (82–83).

21 Die folgenden Ausführungen schöpfen aus *Elisabeth Holzleithner*, Bend It Like Beckham: Frauenfußball intersektional gelesen, Juridikum 2025, S. 225–236.

der) Bhamra, einer jungen Frau aus der Community der Punjabi Sikhs, die Profifußballerin werden möchte, in ihrer Familie aber auf erhebliche Widerstände stößt. Ein Geniestreich ist der Originaltitel des Films. Der deutsche Filmtitel lautet, völlig ohne Zauber, *Kick it like Beckham*. Dabei geht die Vielfalt dessen verloren, was die englische Vokabel „bend“ zum Ausdruck bringt: zunächst die Magie der Freistöße von *David Beckham*, die in einem unnachahmlichen Bogen und nachgerade unmöglichen Winkel ins Tor traf. Im Deutschen kann man dafür die Begriffe „schlenzen“ oder „zirkeln“ verwenden. „Bend it“ weist aber noch in eine andere Richtung: das Beugen von Regeln und in deren Gefolge eine Verschiebung sozialer Normen.

Wenn Jess ihren Traum von einer Fußballerkarriere verwirklichen soll, dann ist das auch notwendig. Denn ihre Eltern haben anderes mit ihr vor: Sie soll Anwältin werden und damit jenen sozialen Aufstieg schaffen, der ihrem Vater in der diskriminierenden Aufnahmegesellschaft verwehrt geblieben ist. Als Jess ins Team der Hounslow Harriers aufgenommen wird, bleibt ihr aufgrund elterlicher Verbote nichts anderes übrig, als heimlich zu trainieren und zu spielen. Der dramaturgische Höhepunkt naht, als ein entscheidendes Spiel ausgerechnet zum Zeitpunkt der Hochzeit von Jess' Schwester angesetzt wird. Jess verrichtet missmutig ihre schwesterlichen Pflichten, während die Hochzeitsgesellschaft immer ausgelassener feiert. Inmitten dessen erlaubt der Vater Jess die Teilnahme am Spiel, weil er ihr unglückliches Gesicht nicht ertragen kann: „you look like you've come to your father's funeral.“ Was ihr daher das Tor für ihre Karriere öffnet, ist die Liebe ihres Vaters und der alles überstrahlende Wunsch, beide Töchter glücklich zu sehen. Also schickt er Jess zum alles entscheidenden Match: „Play well and make me proud!“

In den folgenden Szenen spielt der Sari, den Jess extra zur Hochzeit angepasst bekommen hat, eine entscheidende Rolle. Er signifiziert die Zugehörigkeit zu ihrer religiösen Kultur. Jess reißt ihn sich im Auto vom Leib, in dem ihre bester Freund Tony sie zum Match bringt. Als sie ankommt, nun bereits im Fußballdress bekleidet, liegen die Hounslow Harriers ein Tor im Rückstand. Nachdem Jess' Teamkameradin Jules ausgeglichen hat, ist das Spiel wieder offen. Als Jess böse gefoult wird, gibt es einen Freistoß aus verheißungsvoller Position. Jess blickt konzentriert auf die gegnerische Mauer, in der auch Jules auf ihre Chance lauert. Im Hintergrund erklingt der triumphale Tenor von *Tito Beltram* mit einer Arie aus *Puccinis Turandot*, *Nessun Dorma*. Plötzlich verwandeln sich die Fußballerinnen vor Jess' innerem Auge in Frauen aus der Hochzeitsgesellschaft: Mutter, Schwester

und Tanten, allesamt in Saris gekleidet. Sie fuchteln empört mit den Armen und werfen Jess missbilligende Blicke zu. Verstört kneift Jess die Augen zusammen. Der irritierende Anblick wird weggezwickelt, und wieder sind die Fußballerinnen zu sehen. Jess nimmt Anlauf und schießt. Zum strahlenden „Vincero“ der Arie landet der Ball, geschlenzt wie von *Beckham*, vorbei an der verzweifelt dreinblickenden Goalkeeperin, im Tor.

Das Spiel ist gewonnen, aber was bedeutet dies für Jess weiteres Leben? Im Anschluss an das Match bieten ihr Talentscouts der Santa Clara University eine Position im dortigen Fußballteam und ein Full Scholarship an. Jess fleht ihre Eltern an, sie gehen zu lassen. Dabei setzt sie auch ihre Religion auf listige Weise ein: „I didn't ask to be good at football, Guru Nanak must have blessed me.“ Wohl nicht ohne Absicht erinnert diese Aussage an die Sentenz „Born that way“, die mit Blick auf sexuelle Orientierung gern ins Spiel gebracht wird. Damit wird auch eine Spannung im Begriff der Autonomie dargetan: Jess will diese Lebensmöglichkeit ergreifen, weil sie die ist, die sie ist. Sie hat sich das nicht ausgesucht, sie ist gleichsam in das Schicksal hineingeworfen, eine begnadete Fußballerin zu sein. Wenn sie es nicht versucht, diesem wahren, schicksalhaften Ich gerecht zu werden, dann verfehlt sie sich selbst. Der Vater, der das selbst mit seiner verhinderten Cricket-Karriere erlebt hat, bringt nun die innere Stärke auf, Jess' Lebenstraum zu bejahen. Sie soll es besser machen als er, der sich den Ressentiments im rassistischen England gebeugt hat und deshalb leiden musste. Jess soll dazu nicht gezwungen sein. Mutter Bhamra fügt sich: „At least I taught her full Indian dinner. The rest is up to God.“

*Bend It Like Beckham* ist ein Film, der Normen sachte verschiebt. Er bleibt konventionell, wenn es um attraktive Weiblichkeit und Heterosexualität geht: Fußballerinnen sind attraktiv und heterosexuell – queer ist nur der Subtext des Films, so vergnüglich er sich für die willige Betrachterin darstellt. Schließlich ist der Film auch insofern konventionell, als er ein Narrativ von Autonomie zelebriert, demzufolge alles erreicht werden kann, wenn man sich nur hinreichend dafür anstrengt. Das alles wird aber in derart hinreißenden Bildern erzählt, dass jedenfalls diese Betrachterin gerne und schon öfter der Einladung gefolgt ist, dem anstrengenden Alltag eines gefühlt oft ziemlich heteronomen Lebens zu entfliehen, die Paradoxien und Beschwerlichkeiten von Autonomie und Emanzipation zumindest eine Filmlänge lang hinter sich zu lassen.

### Zum Schluss

Eines fand und finde ich allerdings nie beschwerlich: meine Begegnungen mit *Ute Sacksofsky*. Selten ist mir etwas so leicht von der Hand gegangen wie meine Laudatio zum Ehrendoktorat. Ich freue mich über jede selbstgewählte Gelegenheit, Texte von ihr zu lesen. *Ute Sacksofsky* ist streitbar, sie argumentiert sehr genau, hoch differenziert – und gar nicht selten mit einer gehörigen Portion Witz und Ironie. Legendär ist ihre trockene Bemerkung zur Staatsrechtslehrervereinigung: „Es ist auch heute noch ein ausgesprochen männlich geprägter Verein (nur 10 Prozent Staatsrechtslehrerinnen); zum Trost ist es eine der wenigen Veranstaltungen, bei denen es keine Schlange auf der Damentoilette gibt.“<sup>22</sup> Offensichtlich macht *Sacksofsky*-Lesen nicht nur schlau, sondern es macht auch Spaß. *Ute* schreibt geistreich und pointiert, mit starkem Standpunkt, genau deshalb einladend zur Widerrede – und immer mit dem Ziel, sich gemeinsam für eine Gesellschaft zu engagieren, in der gleiche Freiheit keine bloße Schimäre ist, und auch nicht das Privileg einiger weniger. Merci!

---

22 *Ute Sacksofsky*, Das Märchen vom Untergang der Familie, *Merkur* 68 (2014), S. 143 (145).



4.  
Wahlrecht als Gerechtigkeitsfrage?



# Zwischen Zugehörigkeit und Ausschluss: Warum das Wahlrecht reformbedürftig ist

Yağmur Özkan

## A. Einführung

Das Wahlrecht fungiert als Herzstück demokratischer Selbstbestimmung und verbindet die Bürger\*innen mit den politischen Institutionen, die in ihrem Namen handeln. Es ist das zentrale Instrument, durch das das Volk zum Träger staatlicher Gewalt wird, und damit Ausdruck politischer Gleichheit, Integration und gemeinsamer Verantwortung. In einer pluralen, migrationsgeprägten Gesellschaft entscheidet die Frage, wer wählen darf, zunehmend darüber, wer sichtbarer Teil des demokratischen Gemeinwesens ist – und wer unsichtbar bleibt.

In Deutschland betrifft diese Unsichtbarkeit mehrere Millionen dauerhaft ansässiger Menschen ohne deutsche Staatsangehörigkeit.<sup>1</sup> Sie arbeiten, gründen Familien, leben und altern im Bundesgebiet, sie zahlen Steuern, unterliegen der deutschen Gesetzgebung und sind in hohem Maße von staatlichen Entscheidungen betroffen – zugleich aber bleiben sie von der demokratischen Selbstregierung ausgeschlossen. Dieser Widerspruch zwischen faktischer Zugehörigkeit und formaler Exklusion führt zu einem strukturellen Demokratiedefizit, das insbesondere demokratietheoretisch kaum überzeugend gerechtfertigt werden kann.

Die Spannung zwischen dem traditionellen staatsbürgerlichen Volksbegriff und den Erfordernissen einer mobilen, pluralen Gesellschaft bildet den Ausgangspunkt dieses Beitrags. Er untersucht, ob und wie eine solche dauerhafte politische Exklusion mit den normativen Grundlagen der demokratischen Ordnung vereinbar ist. Die Frage berührt zentrale Elemente des Verfassungsrechts, insbesondere das Demokratieprinzip, das Verständnis politischer Mitgliedschaft und das Gleichheitsgebot. Ziel des Beitrags ist,

---

1 Laut Daten des Ausländerzentralregisters wurde mit Stand zum 31.12.2024 in Deutschland eine ausländische Bevölkerung mit insgesamt 14.061.640 verzeichnet (<https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Migration-Integration/Tabellen/auslaendische-bevoelkerung-bundeslaender.html>, zuletzt abgerufen am 23.11.2025).

die Bindung politischer Teilhabe an die Staatsangehörigkeit kritisch zu analysieren und zu zeigen, dass ein an der tatsächlichen Zugehörigkeit orientiertes Wahlrecht demokratiethoretisch überlegen, verfassungsrechtlichöffnungsfähig und antidiskriminierungsrechtlich geboten erscheint. Der Blick gilt insbesondere der Möglichkeit, das Wahlrecht auf ein Wohnortprinzip zu stützen, das die gelebte politische Verbundenheit in den Mittelpunkt stellt.

### *B. Demokratie und Wahlrecht als Legitimationsordnung*

Die Demokratie ist auf die Rückbindung staatlichen Handelns an das Volk angewiesen. Staatliche Hoheitsgewalt bedarf der demokratischen Legitimation, und der Wahlakt stellt die unmittelbarste Form dieser Legitimation dar.<sup>2</sup> Über Wahlen wird die staatliche Gewalt in einer Weise vermittelt, die sicherstellt, dass sie fortlaufend auf die Zustimmung der Bevölkerung angewiesen bleibt. Dieser Zusammenhang gewinnt seine rechtliche Gestalt in der Vorstellung einer Legitimationskette, die alle Ausübenden staatlicher Gewalt mit dem Volk verbindet.<sup>3</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt betont, dass demokratische Herrschaft eine „ununterbrochene Legitimationskette“ zwischen dem Volk und allen staatlichen Organen verlangt.<sup>4</sup> Diese Legitimationskette beginnt nicht erst mit der Stimmabgabe, sondern mit der vorgelagerten Frage, wer überhaupt Teil des Wahlvolks ist. Politische Gleichheit, als tragender Grundsatz der freiheitlich-demokratischen Grundordnung, entfaltet ihre Bedeutung bereits an dieser Schwelle.

- 
- 2 BVerfGE 47, 253 (275); 83, 60 (71f.); 93, 37 (66); 107, 59 (87); 130, 76 (123); *Michael Brenner*, in: Klaus Stern/ Helge Sodan/ Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund*, 2. Aufl. 2022, § 14 Rn. 74 f.; *Matthias Friehe*, in: Klaus Stern/ Helge Sodan/ Markus Möstl (Hrsg.), *Das Staatsrecht der Bundesrepublik im europäischen Staatenverbund*, 2. Aufl. 2022, § 7 Rn. 21 ff.; *Hermann Butzer*, in: Volker Epping/ Christian Hillgruber (Hrsg.), *Beck-OK*, Ed. 15.9.2025, Art. 38 Rn. 53.
  - 3 *Horst Dreier*, in: Horst Dreier/ Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 20 Rn. 83; *Martin Morlok*, in: Horst Dreier/ Frauke Brosius-Gersdorf (Hrsg.), *GG-Kommentar*, Bd. II, 3. Aufl. 2015, Art. 38 Rn. 51.
  - 4 BVerfGE 47, 253 (275); 52, 95 (130); 77, 1 (40); 93, 37 (67f.); 107, 59 (87).

## I. Der Volksbegriff zwischen Tradition und Transformation

Zentral für die Frage des Zugangs zum Wahlrecht ist die Auseinandersetzung damit, wer zum Volk gehört. Die Auslegung des Volksbegriffs entscheidet darüber, wer Träger\*in demokratischer Souveränität ist und wer nicht. Hier stehen sich zwei grundlegende Rechtsauffassungen gegenüber: Einerseits wird eine Verbundenheit zwischen dem Volk und dem Wahlrecht verlangt; hiernach wären nur Staatsangehörige erfasst.<sup>5</sup> Andererseits wird angenommen, dass das Wahlrecht der Betroffenheit durch staatliche Herrschaft korrespondiere, womit neben Deutschen auch dauerhaft ansässige Ausländer\*innen einbezogen wären.<sup>6</sup>

### 1. Verfassungsrechtliche Ausgangslage

In der bisherigen verfassungsrechtlichen Rechtsprechung wird das „Volk“ im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG traditionell als Staatsvolk verstanden.<sup>7</sup> Diese Sichtweise knüpft politische Mitgliedschaft an die formale Staatsangehörigkeit an, die als eindeutig rechtlich klar konturiertes und administrativ handhabbares Kriterium gilt. In seiner Entscheidung zum kommunalen Ausländerwahlrecht 1990<sup>8</sup> hat das Bundesverfassungsgericht

---

5 Statt vieler *Josef Isensee*, Die staatsrechtliche Stellung der Ausländer in der Bundesrepublik Deutschland, WDStRL 1974, S. 49; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), S. 329 (349ff.); *Kyrill-Alexander Schwarz*, Erweiterungen des Kreises der Wahlberechtigten für Ausländer auf Landes- und Kommunalebene?, AöR 138 (2013), S. 411 (414 ff.); *Matthias Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung. Entscheidungsteilhaber Privater an der öffentlichen Verwaltung auf dem Prüfstand des Verfassungsprinzips Demokratie, 1993, S. 207 ff.

6 So vertreten etwa *Brun-Otto Bryde*, Ausländerwahlrecht und grundgesetzliche Demokratie, JZ 1989, S. 257; *Manfred Zuleeg*, Einwanderungsland Bundesrepublik Deutschland, JZ 1980, S. 425 und *Thomas Groß*, Integration durch Rechtsgleichheit, DVBl. 2014, S. 1217 (1221), dass das kommunale Ausländer\*innenwahlrecht ohne Verfassungsänderung zulässig sei.

7 BVerfGE 83, 37 (51); 144, 20 (265); 77, 137 (150).

8 Gegenstand dieser Entscheidung war die Frage der Vereinbarkeit eines Ausländer\*innenwahlrechts, welches das schleswig-holsteinische Gesetz zur Änderung des Gemeinde- und Kreiswahlgesetzes vom 21.01.1989 – GKWG – vorsah. Gemäß § 6 Abs. 2 GKWG waren ausländische Staatsangehörige bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen gemäß § 6 Abs. 1 GKWG wahlberechtigt, wenn sie u.a. am Wahltag Angehörige der Staaten Dänemark, Irland, Niederlande, Norwegen, Schweden, Schweiz sind (Nr. 1). Mitglieder des Deutschen Bundestages – insbesondere der CDU/CSU-Fraktion – beantragten beim Bundesverfassungsgericht, das Änderungsgesetz für nichtig zu erklären.

festgestellt, dass der Begriff „Volk“ im demokratischen Sinne des Art. 20 Abs. 2 GG das deutsche Volk meine und hat damit die Staatsangehörigkeit zur konstitutiven Zugangsvoraussetzung für politische Rechte erhoben.<sup>9</sup> Zur Begründung verweist das Gericht u.a. auf eine systematische Auslegung und führt aus, dass „in nicht zu übersehender Parallelität die Präambel und Art. 146 GG das deutsche Volk zum Träger und Subjekt des Staats der Bundesrepublik Deutschland [erklären]“.<sup>10</sup> Zugleich weist das Gericht jedoch darauf hin, dass der Gesetzgeber über das Staatsangehörigkeitsrecht die Möglichkeit habe, die Zusammensetzung des Wahlvolks zu verändern.<sup>11</sup>

## 2. Der Volksbegriff als offener, normativer Begriff

Der Volksbegriff ist kein statischer, sondern ein normativer und auslegungsbedürftiger Begriff ist. Er ist eingebettet in ein Verfassungsverständnis, das auf Offenheit, Pluralität, und Dynamik angelegt ist. Trotz des systematischen Arguments des Bundesverfassungsgerichts bleibt festzuhalten, dass das Grundgesetz selbst keine Definition des „Volkes“ enthält und nicht zwingend auf ethnische oder kulturelle Kriterien verweist – die Rede ist vom „Volke“ und nicht vom „deutschen Volke“.

In einer pluralen Einwanderungsgesellschaft zeigt sich zunehmend, dass die traditionelle Gleichsetzung von Staats- und Wahlvolk politisch und sozial nicht mehr überzeugt. Das Staatsvolk ist keine homogene Einheit mehr, sondern eine heterogene Gesamtheit dauerhaft ansässiger Menschen mit unterschiedlichen kulturellen Hintergründen, Herkunftsgeschichten und Zugehörigkeitsgefühlen. Die formale Staatsangehörigkeit bildet diese Realität nur unzureichend ab. In der Folge gewinnt ein funktionales Verständnis politischer Mitgliedschaft an Bedeutung,<sup>12</sup> das politische Zugehörigkeit

---

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts gab diesem Begehren statt und erklärte das Gesetz für unvereinbar mit Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG.

9 BVerfGE 83, 37 (51).

10 Ebd.

11 BVerfGE 83, 37 (52).

12 Zur Diskussion eines funktionalen Volksbegriffs, der politische Mitgliedschaft nicht an formale Staatsangehörigkeit, sondern an tatsächliche Integration knüpft *Jürgen Habermas*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, 8. Aufl. 2023, S. 110 ff.; zur politischen Gleichheit als Voraussetzung legitimer Grundstrukturen *John Rawls*, Political Liberalism, 1993; zum „all affected principle“ *Robert A. Dahl*, Democracy and Its Critics, 1989; zur Anerkennung transnationaler Mitgliedschaft *Seyla Benhabib*, The Rights of Others. Aliens, Residents, and Citizens, 2004.

nicht über formale Statuskriterien, sondern über tatsächliche Betroffenheit, Teilhabe und Verantwortungsübernahme bestimmt.<sup>13</sup> Diese Perspektive verschiebt die Frage politischer Zugehörigkeit vom juristisch-abstrakten Status hin zur sozialen und politischen Realität des Zusammenlebens. Sie orientiert sich an der Normativität politischer Gleichheit und an der Frage, wer an der Gestaltung gemeinsamer Angelegenheiten mitwirken *soll*.

### 3. Deliberation statt Exklusion: Habermas' diskurstheoretische Alternative

Jürgen Habermas entwickelt in seiner Diskurstheorie des Rechts einen prozeduralen Ansatz, der die Legitimation des demokratischen Gesetzgebungsprozesses nicht aus ethnischer oder historischer Homogenität, sondern aus der gleichberechtigten Teilnahme aller Betroffenen an der öffentlichen Deliberation herleitet.<sup>14</sup> Legitime Rechtsnormen können nach seiner Konzeption nur dann Geltung beanspruchen, wenn sie das Ergebnis öffentlicher Diskurse sind, in denen alle potenziell Betroffenen ihre Gründe als Teilnehmer\*innen eines herrschaftsfreien Kommunikationsprozesses austauschen können.<sup>15</sup> In diesem Demokratieverständnis wird politische Mitgliedschaft nicht als exklusives personenbezogenes Statusmerkmal verstanden, das erst aufgrund einer vorgelagerten staatlichen Zugehörigkeitsdefinition besteht, sondern als Resultat der Teilnahme am Kommunikationszusammenhang einer pluralistischen Öffentlichkeit. Die Zugehörigkeit zu diesem deliberativen Gemeinwesen ergibt sich nicht notwendig aus der formalen Staatsangehörigkeit, sondern aus der faktischen Betroffenheit durch demokratische Entscheidungen und der realen Integration in die sozialen und rechtlichen Interdependenzen einer modernen Einwanderungsgesellschaft.<sup>16</sup>

Aus dieser demokratietheoretischen Perspektive folgt, dass Personen, die dauerhaft im Territorium eines Staates leben, dessen Normen unterworfen

---

13 Befürwortend Brun-Otto Bryde (Fn. 6), S. 257 (258); Anuscheh Farahat, Progressive Inklusion, 2014, S. 253 ff. In dem Diskurs rund um das Ausländer\*innenwahlrecht wird von einer sog. *Betroffenendemokratie* gesprochen. Das Betroffenheitsprinzip fordert, dass diejenigen an politischen Entscheidungen mitwirken können, die von ihren Wirkungen betroffen sind. Kritisch dazu Josef Isensee, Kommunalwahlrecht für Ausländer aus der Sicht der Landesverfassung Nordrhein-Westfalens und der Bundesverfassung, KritV 1987, S. 300.

14 Jürgen Habermas (Fn. 12), S. 110 ff.

15 Jürgen Habermas (Fn. 12), S. 134 ff.

16 Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation. Politische Essays, 1998, S. 96 ff.

sind, steuerlich, ökonomisch und sozial betroffen sind und am öffentlichen Kommunikationsprozess teilnehmen, einen Anspruch darauf besitzen, als mitsprechende Subjekte der politischen Willensbildung anerkannt zu werden. Ein dauerhafter Ausschluss von Nichtstaatsangehörigen von der Wahlteilnahme höhlt die strukturellen Bedingungen demokratischer Legitimation aus, da sie zwar Adressat\*innen staatlicher Normativität sind, ohne zugleich Autor\*innen dieser Normativität sein zu dürfen.<sup>17</sup> Daraus ergibt sich: Die Staatsangehörigkeit ist ein historisch kontingentes Kriterium, das der politischen Gleichheit nicht im Wege stehen darf. Wenn politische Legitimität nur dann gegeben ist, wenn alle normativ Betroffenen zugleich in der Lage sind, als Mitautor\*innen der sie bindenden Rechtsnormen aufzutreten, muss eine moderne Demokratie das Wahlrecht so ausgestalten, dass dauerhaft ansässige Ausländer\*innen nicht strukturell ausgeschlossen werden. Eine Erweiterung des Wahlrechts ist daher im Sinne des deliberativen Konstitutionalismus nicht lediglich vertretbar, sondern normativ geboten.

#### 4. Ute Sacksofsky zeigt: Die Verfassung ist weniger exklusiv als gedacht

Diese demokratiethoretischen Überlegungen werfen die Frage auf, ob das Grundgesetz selbst Raum für ein erweitertes Verständnis politischer Mitgliedschaft eröffnet. Denn nur wenn sich die normative Forderung nach Beteiligung aller dauerhaft Betroffenen mit der Verfassungsordnung verbinden lässt, kann aus ihr eine rechtlich tragfähige Konsequenz folgen. Die bisherige Rechtsprechung verlangt zwar eine enge Bindung des Wahlrechts an die Staatsangehörigkeit, doch schließen die Strukturprinzipien des Grundgesetzes eine Öffnung keineswegs aus.

Besonders deutlich wird dies im Sondervotum von *Ute Sacksofsky* zum Urteil des Staatsgerichtshofs Bremen vom 31. Januar 2014 – St 1/13.<sup>18</sup> Dieses

---

17 *Rainer Forst*, Das Recht auf Rechtfertigung. Elemente einer konstruktivistischen Theorie der Gerechtigkeit, 4. Aufl. 2022, S. 259 ff.

18 Gegenstand des Verfahrens ist die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit des von der Bremischen Bürgerschaft (Landtag) beschlossenen Gesetzentwurfs zur Ausweitung des Wahlrechts. Dieser sah eine Erweiterung des Wahlrechts zu den Wahlen zur Bürgerschaft (Landtag) auf Einwohner\*innen, die die Staatsangehörigkeit eines anderen Mitgliedstaates der EU besitzen sowie auf Drittstaatsangehörige vor. Das Urteil sowie das von *Ute Sacksofsky* verfasste Sondervotum ist unter [https://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/media.php/13/Urteil\\_St%201-13\\_Internet.pdf](https://www.staatsgerichtshof.bremen.de/sixcms/media.php/13/Urteil_St%201-13_Internet.pdf) abrufbar.

zeigt, dass das Demokratieprinzip und die Menschenwürde selbst Ansatzpunkte für ein inklusiveres Verständnis politischer Teilhabe bereithalten:

*„(...) Ausgangspunkt des Demokratieprinzips ist der die demokratische Ordnung tragende Gedanke der Selbstbestimmung. Diejenigen, die der Staatsgewalt unterworfen sind, sollen als Gleiche und Freie mitbestimmen dürfen, wie diese Staatsgewalt ausgeübt wird. Es entspricht daher dem Ideal des Demokratieprinzips, möglichst alle, die von der Ausübung der Staatsgewalt betroffen sind, an der Konstituierung dieser Staatsgewalt zu beteiligen. Zentrales Element dieses Mitbestimmungsrechtes ist die Teilhabe am allgemeinen, freien und gleichen Wahlrecht. Das Bundesverfassungsgericht verankert daher den Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt in der Würde des Menschen nach Art.1 Abs.1 GG (BVerfG, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2, 5/08 u.a. – BVerfGE 123, 267, 341).*

*In der Zuerkennung des Wahlrechts allein für Staatsangehörige liegt also eine Einschränkung des eigentlich aus der Menschenwürde abzuleitenden Anspruchs auf Teilhabe an Wahlen für alle der Staatsgewalt Unterworfenen. Hier ist nicht zu entscheiden, ob ein solcher Anspruch auf Teilhabe allein philosophisch begründet ist oder ob er auch rechtliche Wirkung hat. Insbesondere bedarf es keiner Bewertung, ob der Bundesgesetzgeber den vom Bundesverfassungsgericht aufgezeigten Weg, für den Bund die Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten durch Änderungen im Staatsangehörigkeitsrecht zu verbessern (BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 2, 6/89 – BVerfGE 83, 37, 52), hinreichend erfolgreich beschrritten hat. Zu prüfen ist vorliegend allein, ob der Gesetzgeber eines Landes durch das Grundgesetz gehindert ist, dem Ideal einer Übereinstimmung von Herrschenden und Beherrschten näher zu kommen, als dies bislang der Fall war. (...)“*

Das Sondervotum von *Ute Sacksofsky* legt den Grundstein für eine verfassungskonforme Öffnung des Verständnisses politischer Mitgliedschaft. Genau dieses Verständnis fügt sich in die Strukturprinzipien des Grundgesetzes ein. Der Volksbegriff des Grundgesetzes ist offen für eine Weiterentwicklung, die den Anforderungen einer pluralen, migrationsgeprägten Gesellschaft Rechnung trägt. Auch ist das von *Ute Sacksofsky* im Sondervotum hervorgebrachte Verständnis – wie dargelegt – demokratietheoretisch anschlussfähig.

## 5. Der Volksbegriff der Zukunft: Funktional, inklusiv, realistisch

Die Bindung demokratischer Teilhabe an die Staatsangehörigkeit ist daher nicht als starre Grenze, sondern als Ausgestaltung zu verstehen, die der Gesetzgeber vornehmen kann, aber nicht zwingend vornehmen muss. Daraus folgt, dass die Staatsangehörigkeit nur eine mögliche, nicht aber eine normativ zwingende Form politischer Zugehörigkeitsbestimmung darstellt. Die Staatsangehörigkeit ist ein historisch kontingentes Kriterium, das der politischen Gleichheit nicht entgegenstehen darf.

Die Zukunft des Volksbegriffs hängt davon ab, ob es gelingt, politische Zugehörigkeit funktional zu verstehen – als Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft, die durch tatsächliches Leben, Teilhabe und Betroffenheit entsteht. Denn politische Teilhabe ist kein Luxusgut, sondern konstitutiv für Legitimation und Gerechtigkeit demokratischer Systeme. Wer dauerhaft der Rechtsordnung unterliegt, muss an der demokratischen Willensbildung beteiligt sein. Demokratie ist kein Club, den man nur mit dem richtigen Pass betreten darf. Sie ist ein politisches Projekt, das auf Gleichheit, Verantwortlichkeit und Teilhabe beruht und nicht auf formaler Mitgliedschaft basieren sollte. Ein System, das Millionen dauerhaft Betroffener ausschließt, untergräbt seine normative Grundlage.

## II. Europa – Wenn Zugehörigkeit Grenzen überschreitet, aber weiterhin Millionen Stimmen fehlen

Die Europäische Union hat das Verständnis politischer Teilhabe grundlegend verändert. Mit Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht entstand 1993 ein transnationaler politischer Status, der die klassische nationale Staatsbürgerschaft zwar nicht ablöst, aber erweitert.<sup>19</sup> Mit der Richtlinie 94/80/EG<sup>20</sup> haben Unionsbürger\*innen nunmehr nicht

---

19 *Christoph Schönberger*, in: Eberhard Grabitz/ Meinhard Hilf/ Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Bd. I, 85. EL Mai 2025, Art. 20 AEUV, Rn. 31; *Sebastian Heselhaus*, in: Matthias Pechstein/ Carsten Nowak/ Ulrich Häde (Hrsg.), *Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV*, Bd. II, 2. Aufl. 2023, Art. 20 AEUV, Rn. 47.

20 Richtlinie 94/80/EG des Rates vom 19. Dezember 1994 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Kommunalwahlen für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen (abrufbar über <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=celex:31994L0080>).

nur das Recht, sich in jedem Mitgliedstaat aufzuhalten und zu arbeiten, sondern auch das Recht auf Teilnahme an kommunalen Wahlen. Politische Teilhabe wird hier an Mobilität, Integration und tatsächliche Lebensumstände geknüpft. So verpflichtet inzwischen Art. 22 AEUV die Mitgliedstaaten, das kommunale Wahlrecht für Unionsbürger\*innen zu garantieren. Das traditionelle Verständnis politischer Zugehörigkeit ist damit grundlegend transformiert. Unionsbürger\*innen dürfen an kommunalen Wahlen im Aufenthaltsmitgliedstaat teilnehmen – ein Bruch mit der historischen Idee, politische Rechte ausschließlich den eigenen Staatsangehörigen vorzubehalten.

Deutschland hat diese Vorgabe in Art. 28 Abs.1 Satz 3 GG umgesetzt. Hiernach sind auch Personen, die die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der Europäischen Union besitzen, bei Wahlen in Kreisen und Gemeinden nach Maßgabe von Recht der Europäischen Union wahlberechtigt und wählbar. Durch die Umsetzung der Richtlinie 94/80/EG und die Einführung des Art. 28 Abs.1 Satz 3 GG ist im deutschen Verfassungsrecht erstmals die historische Grenze durchbrochen, dass nur deutsche Staatsangehörige wahlberechtigt sein können. Damit zeigt die Verfassung selbst, dass der Volksbegriff dynamisch interpretiert werden kann.

Zugleich entsteht eine Inkonsistenz: Während die Unionsbürger\*innen jedenfalls auf kommunaler Ebene ins Wahlvolk einbezogen werden, bleiben Drittstaatsangehörige politisch ausgeschlossen. Die rechtliche und tatsächliche Betroffenheit ist jedoch identisch: Auch Drittstaatsangehörige unterliegen kommunalen Abgaben, Landesgesetzen und Bundespolitik. Die strukturelle Exklusion dieser Gruppe erzeugt politische Ungleichheit. Wer dauerhaft in einem Gemeinwesen lebt, von dessen Entscheidungen betroffen ist und seinen Beitrag leistet, sollte politisch repräsentiert sein.

Das Europarats-Übereinkommen über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben von 1992 fordert ein kommunales Wahlrecht nach fünfjährigem Aufenthalt.<sup>21</sup> Das Übereinkommen knüpft das kommunale Wahlrecht an Kriterien tatsächlicher Integration und dauerhaften Aufenthalts und nicht an die Staatsangehörigkeit. Deutschland gehört zu denjenigen Staaten Europas, die diese Vorgabe nicht übernommen haben. Die fortgesetzte Nicht-Ratifikation erzeugt ein Legitimationsdefizit,

---

21 Gemeint ist das Übereinkommen über die Beteiligung von Ausländern am kommunalen öffentlichen Leben, welches am 01.05.1997 in Kraft getreten ist und bislang nur von wenigen Mitgliedstaaten des Europarates ratifiziert wurde. Eine detaillierte Übersicht zum Stand der Ratifikationen kann über <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list?module=signatures-by-treaty&treatynum=144> eingesehen werden.

das sich nicht durch den Hinweis auf die fehlende Staatsangehörigkeit der Betroffenen auflösen lässt. Wie unter Kapitel B., I) ausgeführt, entsteht politische Zugehörigkeit in modernen Demokratien nicht allein durch den formalen Staatsrechtsstatus, sondern wesentlich durch die Einordnung in die kontinuierliche Herrschaftsunterworfenheit sowie durch soziale, wirtschaftliche und rechtliche Integration in das Gemeinwesen. Die in Art. 6 Abs.1 des Übereinkommens verankerte Bindung politischer Teilhabe an tatsächliche Betroffenheit entspricht damit nicht nur demokratietheoretischen Ansätzen, sondern auch einer gleichheitsrechtlich konsistenteren Bestimmung des Kreises der legitimierenden Bevölkerung.

Rechtlich besteht zwar keine Pflicht zur Ratifikation; völkerrechtliche Verträge werden nach autonomer Entscheidung des Staates ratifiziert.<sup>22</sup> Gleichwohl ergibt sich aus den demokratischen und gleichheitsrechtlichen Strukturprinzipien des Grundgesetzes eine normative Erwartung, politische Teilhabe nicht an formale Mitgliedschaftsakte, sondern an tatsächliche Integrations- und Betroffenheitslagen zu knüpfen. Diese Erwartung wird durch die unionsrechtlich garantierte kommunale Wahlberechtigung der Unionsbürger\*innen (Art. 22 AEUV) systemisch verstärkt, da der europäische Gesetzgeber damit denselben integrativen Gedanken für Unionsbürger\*innen positivrechtlich anerkennt, den das Europarats-Übereinkommen für Drittstaatsangehörige formuliert.<sup>23</sup> Die Nicht-Ratifikation ist vor diesem Hintergrund weniger Ausdruck verfassungsrechtlicher Zurückhaltung als vielmehr eine Inkonsistenz gegenüber einem integrationspolitisch und demokratietheoretisch kohärenten Modell politischer Zugehörigkeit.

### III. Antidiskriminierungsrechtliche Perspektive – Wahlrechtsausschlüsse als strukturelle Diskriminierung

Die demokratietheoretische Kritik an der Bindung politischer Teilhabe an die Staatsangehörigkeit wird durch eine antidiskriminierungsrechtliche Betrachtung in ihrer normativen Schärfe verstärkt. Während demokratische Teilhabe aus Perspektive des Demokratieprinzips die Voraussetzung legitimen staatlichen Handelns bildet, zeigt das Gleichheitsrecht, dass eine

---

22 *Paulina Starski*, in: Ingo von Münch/ Philip Kunig (Begr.), GG-Kommentar, Bd. I, 8. Aufl. 2025, Art. 59 Rn. 98.

23 *Martin Nettesheim*, in: Eberhard Grabitz/ Meinhard Hilf/ Martin Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Bd. I, 85. EL Mai 2025, Art. 22 AEUV, Rn. 9 ff.; BT-Drs. 16/2669.

strukturelle politische Exklusion dauerhaft ansässiger Menschen nicht lediglich ein Demokratiedefizit erzeugt, sondern zugleich eine rechtlich relevante Form gruppenbezogener Ungleichbehandlung darstellen kann.

Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verpflichtet den Gesetzgeber dazu, Differenzierungen nur dort vorzunehmen, „wenn sich ein vernünftiger, sich aus der Natur der Sache ergebender oder sonst wie sachlich einleuchtender Grund“ ergibt.<sup>24</sup> Für das Wahlrecht muss dieser Sachgrund jedenfalls nicht zwingend in der Staatsangehörigkeit begründet sein.<sup>25</sup> Der Zweck des Wahlrechts besteht in der Verknüpfung politischer Herrschaft mit der Beteiligung derjenigen, die der staatlichen Rechtsordnung unterworfen und von ihren Entscheidungen betroffen sind. Die Staatsangehörigkeit bildet die Realität politischer Betroffenheit jedoch nur unvollständig ab. Sie schließt dauerhaft ansässige Nichtstaatsangehörige unabhängig von ihrer tatsächlichen Integration und Rechtsunterworfenheit aus. Jedenfalls durch die Einführung des Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG und die ausdrückliche Verankerung des kommunalen Wahlrechts der Unionsbürger\*innen geht die Verfassung erkennbar nicht davon aus, dass die Staatsangehörigkeit ein unverzichtbares Kriterium zur Bestimmung des Wahlvolkes wäre, sondern lässt alternative Konzepte politischer Zugehörigkeit ausdrücklich zu.

Aus der Perspektive des Gleichheitssatzes ist erkennbar, dass die Staatsangehörigkeit nicht zwingend ein sachliches Differenzierungsmerkmal darstellen *muss*, sondern allenfalls *kann*. Ihre Legitimation als Ausschlusskriterium beim Wahlrecht beruht vielmehr auf einer historischen und politisch-normativen Setzung. Der Gesetzgeber könnte das Wahlrecht ebenso gut – und aus gleichheitsrechtlicher Sicht sogar kohärenter – an Kriterien wie dem dauerhaften Aufenthalt, der rechtlichen Integration oder der tatsächlichen politischen Betroffenheit ausrichten. Die Staatsangehörigkeit ist damit nicht normativ geboten, sondern lediglich eine von mehreren möglichen, gleichheitsrechtlich überprüfbaren Zuweisungstechniken politischer Zugehörigkeit.

Vor diesem Hintergrund gewinnt das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG besondere Bedeutung. Zwar knüpft der Wahlausschluss formal an die Staatsangehörigkeit, trifft jedoch faktisch nahezu aus-

---

24 BVerfGE 1, 14 (52); 141, 1 (39).

25 Exemplarisch auch *Klaus-Peter Dolde*, Die politischen Rechte der Ausländer in der Bundesrepublik, 1972, S. 75 ff.

schließlich Menschen mit Migrationsgeschichte.<sup>26</sup> Dieses Muster entspricht typischerweise mittelbarer Diskriminierung.<sup>27</sup>

Darüber hinaus entstehen unionsrechtlich Spannungen: Art. 21 Abs. 1 GrCh untersagt die Diskriminierung wegen der Herkunft, und die Gleichbehandlungsrichtlinien – wie etwa Antirassismusrichtlinie (2000/43/EG) und Rahmenrichtlinie Beschäftigung (2000/78/EG) – erkennen strukturelle Ungleichheiten als rechtlich relevant an. Zwar erfassen sie politische Rechte nicht unmittelbar, doch sie prägen die unionsrechtliche Wertordnung und setzen normative Grenzen.

Die intersektionale Perspektive schließlich zeigt, dass politische Exklusion nicht isoliert wirkt, sondern sich mit anderen Formen sozialer Benachteiligung überlagert.<sup>28</sup> Drittstaatsangehörige sind häufiger in sozioökonomisch prekären Verhältnissen tätig, haben erschwerten Zugang zu gesellschaftlichen Ressourcen und sind in besonderer Weise von institutionellen Barrieren betroffen.<sup>29</sup> Die politische Exklusion verstärkt diese Ungleichheiten und nimmt ihnen die Möglichkeit, auf strukturelle Probleme durch politische Willensbildung Einfluss zu nehmen. Die Betroffenen werden damit nicht nur rechtlich, sondern auch sozial und politisch marginalisiert. Der dauerhafte Wahlrechtsausschluss von Drittstaatsangehörigen perpetuiert bestehende Ungleichheiten, verfestigt politische Machtasymmetrien und erzeugt strukturelle Benachteiligung.

---

26 Die verfassungsrechtliche Einordnung ist im Lichte der migrationsbezogenen Exklusionswirkungen zu sehen, vgl. *Klaus Ferdinand Gärditz*, *Der Bürgerstatus im Lichte von Migration und europäischer Integration*, VVDStRL 72 (2013), S. 118 ff.

27 Maßgeblich für die Ungleichbehandlung ist die Gruppenzugehörigkeit, die sich (vermeintlich) aufgrund eines bestimmten Merkmals von der dominierenden Mehrheitsgesellschaft unterscheiden lässt. Näheres zu der Form der mittelbaren Diskriminierung *Ute Sacksofsky*, *Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung*, in: Anna Katharina Mangold/ Mehrdad Payandeh (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte*, 2022, S. 597.

28 Zur Intersektionalitätsforschung grundlegend *Kimberlé W. Crenshaw*, *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*, *University of Chicago Legal Forum* 1989, 139 ff.; zur Übertragung auf migrations- und integrationspolitische Kontexte etwa *Floye Anthias*, *Beyond Citizenship? The Politics of Exclusion*, *European Journal of Social Theory* 2006, 275 ff.

29 Hierzu *Franziska Loschert/ Holger Kolb/ Franziska Schork*, *Prekäre Beschäftigung – prekäre Teilhabe. Ausländische Arbeitskräfte im deutschen Niedriglohnssektor*, SVR-Studie 2023-1. Die von der Stiftung Mercator geförderten Studie ist online abrufbar unter [https://www.stiftung-mercator.de/content/uploads/2023/06/SVR-Studie\\_Preakere-Beschaeftigung\\_Preakere-Teilhabe.pdf](https://www.stiftung-mercator.de/content/uploads/2023/06/SVR-Studie_Preakere-Beschaeftigung_Preakere-Teilhabe.pdf) (zuletzt abgerufen am 24.11.2025).

#### IV. Warum wir ein neues Wahlrechtsdenken brauchen

Politische Teilhabe ist ein Schlüsselfaktor für Integration; sie fördert Zugehörigkeit, Vertrauen und demokratische Loyalität. Ein Gemeinwesen, das Millionen Menschen die politische Stimme verweigert, riskiert gesellschaftliche Abgrenzungen, Parallelstrukturen und demokratische Entfremdung.<sup>30</sup> Zugleich erhöht politische Exklusion die Gefahr struktureller Ungleichbehandlung, da Betroffene politisch keine Einflussmöglichkeit haben. Ein Rechtsvergleich zeigt, dass einige Staaten – etwa Schweden, Dänemark oder die Niederlande – (zumindest) das kommunale Wahlrecht für dauerhaft ansässige Drittstaatsangehörige längst verwirklicht haben.<sup>31</sup> Deutschland hingegen hält an einem Modell fest, das historisch erklärbar, aber demokratiethoretisch und gleichheitsrechtlich nicht überzeugend ist. Die Reform des Wahlrechts ist daher nicht nur möglich, sondern notwendig, um die Legitimation demokratischer Institutionen zu stärken und das Grundversprechen der Demokratie – die politische Gleichheit – einzulösen.

Eine Anknüpfung politischer Teilhabe an das Wohnortprinzip, das sog. *ius domicilii*, ist verfassungsrechtlich möglich.<sup>32</sup> Es folgt der normativ plausiblen Einsicht, dass dauerhafter Aufenthalt politische Zugehörigkeit begründet. Dieses Prinzip entspricht sowohl dem Betroffenenprinzip als auch modernen Demokratietheorien. Das Wohnortprinzip erkennt an, dass politisches Gemeinwesen aus gelebter Zugehörigkeit entsteht. Die europäische Integration zeigt schon seit Langem, dass politische Rechte an Lebensrealität und Mobilität geknüpft werden können.<sup>33</sup> Ein funktional

---

30 Bereits im Jahr 1974 und damit nach der ersten „Gastarbeiter\*innen“-welle sprachen *Christoph Sasse/ Otto Ernst Kempfen*, Kommunalwahlrecht für Ausländer? Staatsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen, APuZ 8/1974 davon, dass „die Entstehung politischer Paria-Situationen zu verhindern, so zu einer Frage des demokratischen Selbstverständnisses, ja der Selbstachtung werden [kann]“.

31 Eine Übersicht zur Einführung des aktiven und passiven Kommunalwahlrechts für Drittstaatsangehörige in den EU-Mitgliedstaaten kann bei *Kees Groenendijk*, Wahlrecht für Drittstaatsangehörige, in: bpb vom 22.05.2014 eingesehen werden, vgl. <https://www.bpb.de/themen/migration-integration/kurzdoessiers/184440/wahlrecht-fuer-drittstaatsangehoerige/> (zuletzt abgerufen am 24.11.2025).

32 Dahinter verbirgt sich der Anspruch zur Herstellung einer Kongruenz zwischen Staatsvolk und Bevölkerung. Nähere Ausführung zum Wohnortsprinzip und seiner Kritik *Ferdinand Weber*, Staatsangehörigkeit und Status. Statik und Dynamik politischer Gemeinschaftsbildung, 2018, § 14.

33 Kritisch zur Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf Inländergleichbehandlung etwa beim Zugang zu sozialen Leistungen *Kay Hailbronner*, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz?, NJW 2004, 2185.

verstandenes Wahlrecht würde die demokratische Legitimation stärken, Integration fördern und die deutsche Demokratie offener und gerechter gestalten.<sup>34</sup>

### C. Fazit

Die deutsche Demokratie steht im Spannungsfeld zwischen historisch gewachsenen Vorstellungen politischer Zugehörigkeit und den Erfordernissen einer modernen, pluralen Gesellschaft. Die Bindung des Wahlrechts an die Staatsangehörigkeit mag historisch verständlich sein, aber demokratietheoretisch und rechtspolitisch nicht überzeugend. Sie schafft strukturelle Ungleichheit und verstärkt gesellschaftliche Asymmetrien. Ein Wahlrecht, das an Wohnort und tatsächliche Betroffenheit anknüpft, würde die demokratische Legitimation des Staates stärken und ein Integrationssignal senden: Demokratie ist ein Projekt aller, die in ihr leben – nicht nur derjenigen, die einen bestimmten Pass besitzen. Ein Wohnortprinzip wäre keine radikale Abkehr von der Tradition, sondern die konsequente Weiterentwicklung des demokratischen Grundversprechens politischer Gleichheit. Es wäre ein Schritt hin zu einer Demokratie, die ihrer eigenen Idee gerecht wird.

---

34 So etwa *Daniel Munro*, Integration through Participation: Non-Citizen Resident Voting Rights in an Era of Globalization. *Journal of International Migration and Integration*, *Int. Migration & Integration* 9 (2008), S. 63, vgl. <https://doi.org/10.1007/s12134-008-0047-y> (zuletzt abgerufen am 23.11.2025).

# Relationale Wahlrechtsgleichheit

Dana-Sophia Valentiner

## A. Einleitung

Unter den 630 Abgeordneten, die in den 21. Deutschen Bundestag eingezogen sind, waren 204 Frauen. Das entspricht einem Anteil von 32,4 Prozent.<sup>1</sup> Diese anhaltende Disparität verweist auf eine strukturelle Ungleichheit, eine männliche Dominanz, welche die demokratische Gleichheit in ihrem Kern betrifft. *Ute Sacksofsky* spricht von einem *Gender Gap* bei der politischen Teilhabe („*gender gap in full participation in all areas of the political process*“) und nennt drei zentrale Faktoren als dessen Ursache: institutionelle Regelungen, sozioökonomische Faktoren und Geschlechterrollen bzw. die geschlechtsspezifische Sozialisation.<sup>2</sup>

Mit Paritätsgesetzen ist in den vergangenen Jahren der Versuch unternommen worden, diese strukturelle Ungleichheit mit rechtlichen Vorgaben aufzubrechen – unter anderem durch Landesgesetze in Brandenburg und Thüringen. Diese sahen eine auf das Geschlecht bezogene, alternierende Besetzung von Wahllisten vor und knüpften an Verstöße teils strenge Rechtsfolgen bis hin zur Zurückweisung von Listen. Umstritten war und ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit solcher Regelungen. Dahinter steht eine grundlegendere Frage im Umgang mit strukturell bedingter Geschlechterungleichheit im demokratischen Prozess: Wie verhalten sich das verfassungsrechtliche Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG und das Demokratieprinzip bzw. die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 Abs. 1

---

1 Der Frauenanteil ist somit noch einmal um 2,3 Prozentpunkte gesunken gegenüber der Wahl im Jahr 2021. Bei der Wahl 2025 zeigen sich erhebliche Unterschiede zwischen den Parteien. Den höchsten Frauenanteil verzeichnet Bündnis 90/Die Grünen mit 61,2 Prozent (2021: 58,5 Prozent), den niedrigsten die AfD mit 11,8 Prozent (2021: 13,3 Prozent). Bei der CDU liegt der Frauenanteil bei 22,6 Prozent (2021: 23,8 Prozent), bei der SPD beträgt er 41,7 Prozent (2021: 41,8 Prozent), bei der Linken 56,2 Prozent (2021: 53,9 Prozent) und bei der CSU 25 Prozent (2021: 22,2 Prozent).

2 *Ute Sacksofsky*, *Winning Women's Vote in Germany*, in: Blanca Rodríguez-Ruiz/Ruth Rubio-Marín (Hrsg.), *The Struggle for Female Suffrage in Europe*, 2012, S. 127 (139, 140).

GG zueinander und welche Möglichkeiten bestehen, sie im Wahlrecht in einen angemessenen Ausgleich zu bringen?

Der Beitrag nimmt das Wahlrecht als Prüfstein für die Bearbeitung dieser Fragen in den Blick und argumentiert in einem ersten Schritt, dass das Gleichberechtigungsgebot sich als Auftrag zur politischen Gleichberechtigung auch an den Wahlgesetzgeber richtet. In einem zweiten Schritt wird eine Perspektive auf Gleichberechtigung als Bedingung individueller Selbstbestimmung im Wahlrecht vorgeschlagen,<sup>3</sup> die in Bezug auf die Wahlrechtsgleichheit für einen Perspektivwechsel von einer streng formalen Wahlrechtsgleichheit auf eine relationale kontextualisierte Wahlrechtsgleichheit fruchtbar gemacht wird. In einem dritten Schritt widmet sich der Beitrag der verfassungsrechtlich zulässigen Gestaltung von Paritätsregelungen und setzt sich mit einigen Einwänden gegen Paritätsregelungen auseinander.

### *B. Das verfassungsrechtliche Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG im Anwendungsbereich des Wahlrechts*

Art. 3 Abs. 2 GG beinhaltet das verfassungsrechtliche Gebot der Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Es handelt sich um ein materielles Gleichberechtigungsgebot (1.), das auch für die Sphäre des Politischen und somit demokratische Wahlen gilt (2.) und der Gesetzgebung einen Realitätscheck des Wahlrechts in Bezug auf die Gleichberechtigung aufgibt (3.).

#### I. Materielles Gleichberechtigungsgebot

Art. 3 Abs. 2 GG verpflichtet den Staat, die *tatsächliche* Gleichberechtigung von Frauen und Männern in der gesellschaftlichen Wirklichkeit zu realisieren. Der Verfassungsauftrag verlangt nicht nur formale Gleichberechtigung, sondern die Beseitigung faktischer Benachteiligungen und struktureller Ungleichheiten, also materielle Gleichberechtigung.<sup>4</sup> Das Gebot materieller Gleichberechtigung zielt auf tatsächliche Chancengleichheit durch die

---

3 Dazu ausführlicher schon Dana-Sophia Valentiner, Paritätsgesetze. Gleichberechtigung in der repräsentativen Demokratie, JöR 71 (2023), S. 209–228.

4 Susanne Baer/Nora Markard, in: Peter Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 355; Sigrid Boysen, in: Ingo v. Münch/Philip Kunig (Hrsg.), GG, 8. Aufl. 2025, Art. 3 GG Rn. 164; Thorsten Kingreen, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), GG, 202. Aktualisierung Feb. 2020, Art. 3 GG

Überwindung benachteiligender Strukturen. Art. 3 Abs. 2 GG richtet sich damit gegen strukturelle Diskriminierungen.<sup>5</sup> Der Staat ist demnach verpflichtet, benachteiligende Strukturen aufzubrechen, Stereotypisierungen entgegenzuwirken und die Teilhabe von Frauen in allen gesellschaftlichen Bereichen zu fördern.<sup>6</sup> *Ute Sacksofsky* versteht Art. 3 Abs. 2 GG in diesem Zusammenhang als Dominierungsverbot.<sup>7</sup> Art. 3 Abs. 2 GG vermittelt demzufolge einen Auftrag zur Veränderung bestehender gesellschaftlicher Macht- und Repräsentationsverhältnisse, wenn diese Ausdruck von Dominanz und (Geschlechter-)Hierarchien sind. Bei der Erfüllung des Auftrags hat die Gesetzgebung einen weiten Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum. Das Bundesverfassungsgericht hat dies seit der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot in ständiger Rechtsprechung betont, aber ebenso deutlich gemacht, dass das Gleichberechtigungsziel der Gesetzgebung verbindlich vorgegeben ist.<sup>8</sup>

## II. Erstreckung auf die Sphäre des Politischen

Das Gleichberechtigungsgebot ist umfassend angelegt und erstreckt sich auf alle Lebensbereiche,<sup>9</sup> auch den Bereich der politischen Teilhabe.<sup>10</sup> Der Anwendungsbereich des Art. 3 Abs. 2 GG erstreckt sich auch auf das Wahlrecht und das Parteienrecht.<sup>11</sup> Teilweise wird dagegen eingewandt, dass für das Wahlrecht die Wahlrechtsgleichheit als speziellerer Gleichheitssatz das Gleichberechtigungsgebot verdrängen würde.<sup>12</sup> Dem stehen der Wortlaut sowie Sinn und Zweck des Art. 3 Abs. 2 GG entgegen. Auch das Bundesverfassungsgericht geht in seiner jüngeren Rechtsprechung zum Wahlrechtsausschluss betreuter Personen jedenfalls davon aus, dass Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, dem ein Fördergebot in Bezug auf Menschen mit Behinderungen

---

Rn. 90, 451; *Angelika Nufßberger*, in: Michael Sachs (Hrsg.), GG, 10. Aufl. 2024, Art. 3 GG Rn. 256.

5 *Baer/Markard* (Fn. 4), Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 368.

6 *Valentiner* (Fn. 3), S. 209 (213).

7 *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, S. 349 ff.

8 Siehe nur BVerfGE 92, 91 (112); 85, 191 (207).

9 *Baer/Markard* (Fn. 4), Art. 3 Abs. 2 GG Rn. 358.

10 Siehe bereits *Valentiner* (Fn. 3), S. 209 (214 f.).

11 *Boysen* (Fn. 4), Art. 3 GG Rn. 168; *Kingreen* (Fn. 4), Art. 3 GG Rn. 457.

12 *Silvia Pernice-Warnke*, Parlamente als Spiegel der Bevölkerung?, DVBl. 2020, S. 81 (86 f.).

entnommen werden kann, auf das Wahlrecht anwendbar ist.<sup>13</sup> Diese Rechtsprechungslinie lässt sich auf Art. 3 Abs. 2 GG übertragen.<sup>14</sup> Auch das Gleichberechtigungsgebot ist im Wahlrecht wirksam und richtet sich als Auftrag zur politischen Gleichberechtigung an die Gesetzgebung.

### III. Realitätscheck in Bezug auf das Gleichberechtigungsziel

Das Gleichberechtigungsgebot ist auf die gesellschaftliche Wirklichkeit gerichtet. Schon in seiner Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot hat das Bundesverfassungsgericht formuliert, dass der „Regelungsgehalt von Art. 3 Abs. 2 GG darin [besteht], daß er ein Gleichberechtigungsgebot aufstellt und dieses auch auf die gesellschaftliche Wirklichkeit erstreckt“.<sup>15</sup> Das Gleichberechtigungsgebot setzt bei den bestehenden gesellschaftlichen Verhältnissen an und zielt auf deren Veränderung. Das verlangt dem Staat ab, die reale Situation von Frauen in der Gesellschaft in den Blick zu nehmen. Die Gewährleistung tatsächlicher Gleichberechtigung verlangt eine Analyse der faktischen Bedingungen und sozialen Strukturen, in denen Ungleichheiten fortwirken, mithin einen „Realitätscheck“ in Bezug auf das Gleichberechtigungsziel.

Der Gedanke des „Realitätsbezugs“ ist auch dem Wahlrecht vertraut. In seiner jüngeren wahlrechtlichen Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt hervorgehoben, dass die Gesetzgebung sich an den tatsächlichen Gegebenheiten orientieren („Wirklichkeitsorientierung“) und wahlrechtliche Regelungen auf realistische Prognosen stützen muss.<sup>16</sup> So verlangt es etwa im Zusammenhang mit der Fünf-Prozent-Sperrklausel für die Europawahl den Nachweis einer „mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartende[n] Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Europäischen Parlaments“,<sup>17</sup> und auch in späteren Entscheidungen betont es die Notwendigkeit einer konkreten Betrachtung der „Realbedingungen“ der Wahl.<sup>18</sup>

Beide Linien – die Wirklichkeitsorientierung in Bezug auf das Gleichberechtigungsgebot und in Bezug auf das Wahlrecht – markieren einen

---

13 BVerfGE 151, 1 (22).

14 *Anna Glosner*, Paritätsgesetze und repräsentative Demokratie: Neue Ansatzpunkte zur Frauenquote im Wahlrecht, 2022, S. 171. Kritisch *Claus Dieter Classen*, Parité-Gesetze: Frauen sollen Frauen wählen können, ZRP 2021, S. 50.

15 BVerfGE 85, 191 (207).

16 Siehe etwa BVerfGE 120, 82 (108); 146, 327 (352 f. Rn. 64 f.).

17 BVerfGE 129, 300 (332 f.).

18 BVerfG, NVwZ-RR 2021, 553 (557).

Perspektivwechsel im Verfassungsverständnis hin zu einem empirisch und relational fundierten Verständnis von Gleichheit. Für das Gleichberechtigungsgebot bedeutet dies, es nicht nur formal zu denken, sondern einen fortwährenden Realitätscheck zu verlangen, ob tatsächliche Gleichberechtigung erreicht ist. Für das Wahlrecht könnte die Betonung der Realbedingungen der Wahl herangezogen werden, um auch hier (Wahl-)Gleichheit nicht ausschließlich formal, sondern in ihrem gesellschaftlichen Kontext zu verstehen (dazu unter III.3.).

### *C. Die Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 GG und ihr Verhältnis zum Gleichberechtigungsversprechen*

Im Bereich der Wahlen trifft das Gleichberechtigungsgebot auf die wahlrechtlichen Grundsätze des Art. 38 Abs. 1 GG – insbesondere die Wahlrechtsgleichheit –, die ihrerseits durch das Demokratieprinzip geprägt sind.

#### I. Gleichberechtigung in der parlamentarischen Demokratie

Wahlen sind zunächst einmal – nach *Ute Sacksofsky* – „Verfahren zur Feststellung der Präferenzen einer Gruppe durch Stimmabgabe und deren anschließende Auswertung.“<sup>19</sup> In der repräsentativen Demokratie dienen sie der Ermittlung der Repräsentant:innen und müssen in ihrer demokratischen Funktion den Anforderungen der Wahlrechtsgrundsätze einschließlich der Wahlrechtsgleichheit genügen. Geschlechterparitätische Repräsentation ist dabei kein eigenständiges Ziel des Grundgesetzes, weder des Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 Abs. 2 GG noch der Wahlrechtsgleichheit aus Art. 38 Abs. 1 GG.

Politische Gleichberechtigung ist daher auf andere Weise als über ein schematisches Repräsentationsdenken zu konzeptualisieren. Dazu gibt es verschiedene demokratietheoretisch fundierte Vorschläge aus der feministischen Rechtswissenschaft, die das Demokratieprinzip neu denken: Zu nennen sind hier insbesondere das pluralistische Repräsentationskonzept

---

<sup>19</sup> *Ute Sacksofsky*, § 6 Wahlrecht und Wahlsystem, in: Martin Morlok/Utz Schliesky/Dieter Wiefelspütz (Hrsg.), *Parlamentsrecht. Praxishandbuch*, 2016, Rn. 1.

von *Friederike Wapler*,<sup>20</sup> die demokratische Gleichheit als Ansatz gerechter Staatlichkeit von *Cara Röhner*<sup>21</sup> sowie der Blick von *Anna Katharina Mangold*<sup>22</sup> auf Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Bürger:innen als Freie und Gleiche, der auch für das Wahlrecht herangezogen werden könnte.<sup>23</sup>

Dieser Beitrag setzt, inspiriert von diesen Arbeiten, unmittelbar bei dem Wahlrecht an und schlägt einen kontextualisierenden, relationalen Blick auf das Wahlrecht als subjektivem Recht vor. Nimmt man das Wahlrecht in Art. 38 Abs. 1 GG als Garantie individueller politischer Selbstbestimmung in den Blick, lässt sich aus einer relationalen Perspektive die Frage nach den Bedingungen dieser individuellen Selbstbestimmung im Politischen stellen.<sup>24</sup> Diese Perspektive ist mit dem Prinzip der streng formalen Wahlrechtsgleichheit zusammenzubringen (dazu sogleich), bevor das Konzept relationaler Wahlrechtsgleichheit entfaltet werden kann (dazu unter 3.).

## II. Streng formale Wahlrechtsgleichheit

Die Wahlrechtsgleichheit des Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG wird gemeinhin als „streng formaler“ Gleichheitssatz verstanden.<sup>25</sup> Gemeint ist, dass alle Staatsbürger:innen das aktive und passive Wahlrecht in formal möglichst gleicher Weise ausüben können.<sup>26</sup> Daraus werden insbesondere die Erfolgswert- und die Zählwertgleichheit abgeleitet, bezüglich derer die formale Wahlrechtsgleichheit als Unterscheidungsverbot wirkt.<sup>27</sup> Der „strenge“ Prüfungsmaßstab schlägt sich in den Anforderungen der Rechtfertigungsprüfung nieder: Notwendig ist das Vorliegen eines „besonderen, sachlich legitimier-

---

20 *Friederike Wapler*, Politische Gleichheit: demokratietheoretische Überlegungen, JÖR 67 (2019), S. 427–455.

21 *Cara Röhner*, Von Repräsentation zu demokratischer Gleichheit: Politische Teilhabe und gesellschaftliche Ungleichheit, Der Staat 59 (2020), S. 421–450.

22 *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht: Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, 2021.

23 Siehe dazu bereits *Valentiner* (Fn. 3), S. 209 (217 ff.).

24 Siehe dazu bereits *Valentiner* (Fn. 3), S. 209–227.

25 Siehe nur BVerfGE 51, 222 (234); 78, 350 (357 f.); 82, 322 (337); 85, 264 (315); 129, 300 (317).

26 BVerfGE 60, 162 (167); 71, 81 (94).

27 *Paul Kirchhof*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Begr./Hrsg.), GG, 107. EL März 2025, Art. 3 Abs. 1 GG Rn. 271.

ten, ‚zwingenden‘ Grundes“.<sup>28</sup> Der Maßstab des „zwingenden“ Grundes wird in der Rechtsprechung und Literatur durchaus uneinheitlich verwendet.<sup>29</sup> Dabei zeigt sich in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein Bedeutungszuwachs der „Wirklichkeitsorientierung“ für die Bestimmung des „zwingenden“ Grundes.<sup>30</sup>

Die streng formale Wahlrechtsgleichheit ist – das betont *Ute Sacksofsky* – eine zentrale Bedingung demokratischer Wahlen. Sie stellt dabei auf die Notwendigkeit eines strengen Prüfungsmaßstabs ab, um eine strikte Gleichheitsprüfung für den Sachbereich der Wahlen zu gewährleisten.<sup>31</sup> Darin liegt der eigentliche Kern des Konzepts der „streng formalen Wahlrechtsgleichheit“: nicht in einem ausschließlich formal zu verstehenden Verständnis der Wahlrechtsgleichheit, sondern in dem strengen Prüfungsmaßstab. Im Wahlrecht gilt es – so *Ute Sacksofsky* –, „die Einhaltung der Spielregeln des demokratischen Kampfes um die Macht genau [zu kontrollieren] [...] [und] zu verhindern, dass einer der beteiligten Spieler allzu große Macht in der Gestaltung der Spielregeln erhält.“<sup>32</sup>

Der Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit darf aber nicht überformalisiert werden: Das Bundesverfassungsgericht spricht in einzelnen Entscheidungen ausdrücklich vom „Grundsatz der formalen *Chancengleichheit*“<sup>33</sup> im Wahlrecht und betont in Zusammenschau mit der *Chancengleichheit* der Parteien, dass bei „allgemeinen politischen Wahlen der Grundsatz der *Chancengleichheit* [gebietet], jeder Partei und jedem Wahlbewerber grundsätzlich die gleichen Möglichkeiten im Wahlkampf und im Wahlverfahren offenzuhalten.“<sup>34</sup> Solche Formulierungen lassen erkennen, dass formale Geltung und die Berücksichtigung der Bedingungen demokratischer Willensbildung und Wahlen sich nicht notwendigerweise ausschließen. Auch enthält das geltende Wahlrecht trotz strengen Prüfungsmaßstabs eine Reihe anerkannter Durchbrechungen der formalen Wahlrechtsgleichheit – etwa

28 BVerfGE 129, 300 (320 m.w.N.). Vgl. schon BVerfGE 1, 208 (248 f.); 51, 222 (236); 95, 408 (418); 120, 82 (106).

29 Siehe dazu *Jan-Marcel Drossel*, Wahlssystem und Wahlgleichheit: Eine verfassungsdogmatische Untersuchung von Gestaltungsspielraum und Beschränkungen des Gesetzgebers im Bundestagswahlrecht, 2021, S. 95 ff.

30 Dazu näher *Dana-Sophia Valentiner*, Wahlvorschlagsrecht in der Krise? Unterschriftenquoten im Wahlrecht auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand, AöR 147 (2022), S. 176 (186 f.).

31 *Sacksofsky* (Fn. 19), Rn. 61.

32 *Sacksofsky* (Fn. 19), Rn. 28.

33 BVerfGE 99, 1 (17). Hervorh. d. Verf.

34 BVerfGE 71, 81 (94) mit Verweis auf BVerfGE 47, 198 (226); 52, 63 (89 f.).

die Beschränkung des Wahlrechts auf Staatsangehörige<sup>35</sup> oder die Altersgrenze.<sup>36</sup>

Vor diesem Hintergrund erscheint es lohnend, die Dogmatik der streng formalen Wahlrechtsgleichheit und die historisch gewachsenen Gleichheitsvorstellungen im Wahlrecht kritisch zu hinterfragen,<sup>37</sup> auch weil die Rechtsprechung die Wirklichkeitsorientierung des Wahlrechts in jüngerer Zeit immer wieder betont hat (s.o.). Differenzierungen im Wahlrecht können insbesondere durch Gründe gerechtfertigt werden, die durch die Verfassung legitimiert und von einem Gewicht sind, das der Wahlgleichheit die Waage halten kann.<sup>38</sup> Sie machen vor allem da Sinn, wo streng formale Gleichheit sich aufgrund struktureller gesellschaftlicher Ungleichheiten als Illusion entpuppt. Diesen „Realitätscheck“ gibt die Verfassung mit dem Gleichberechtigungsgebot in Bezug auf die Geschlechterdimension auch des Wahlrechts vor.

### III. Relationale Wahlrechtsgleichheit

Das Wahlrecht ist der wichtigste vom Grundgesetz gewährleistete subjektive Anspruch der Bürger:innen auf demokratische Teilhabe und Garant für individuelle politische Selbstbestimmung.<sup>39</sup> Diese Selbstbestimmung ist jedoch nicht voraussetzungslos: Sie erfordert Selbstbestimmungsfähigkeit,<sup>40</sup> und sie hängt ab von internen und externen Bedingungen, die immer auch in einem Gesellschaftsgefüge (strukturell) zu verorten sind. Selbstbestimmt ist man nicht für sich allein, sondern in Beziehungen zu anderen in einem gesellschaftlichen Kontext.<sup>41</sup>

Aus einer relationalen Perspektive lässt sich Gleichberechtigung als Bedingung individueller Selbstbestimmung im Politischen begreifen. Sie realisiert sich strukturell – unter anderem – durch die auf Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gestützte Gleichstellungspolitik. Ob das Wahlrecht gleichberechtigt und diskriminierungsfrei ausgeübt werden kann, ist nach einem solchen Verständnis eine Frage, die bereits Inhalt und Reichweite des Wahlrechts

---

35 § 12 Abs. 1 BWahlG, Art. 116 GG.

36 Art. 38 Abs. 2 GG, § 12 Abs. 1 Nr. 1 BWahlG.

37 Siehe *Sina Fontana*, Parität als verfassungsrechtlicher Diskurs, DVBl. 2019, S. 1153 (1154).

38 Vgl. BVerfGE 95, 408 (418); 121, 266 (297); 135, 259 (286).

39 Vgl. BVerfGE 123, 267 (340); 129, 124 (169); 134, 366 (380 Rn. 18).

40 BVerfGE 99, 341 (351).

41 Dazu näher *Valentiner* (Fn. 3), S. 209 (222).

selbst betrifft. Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG gewinnt damit unmittelbare Bedeutung für das Verständnis des Art. 38 Abs. 1 GG: Es ergänzt die formale Wahlrechtsgleichheit um eine strukturelle Dimension, die auf reale Teilhabechancen zielt. Relationale Wahlrechtsgleichheit bedeutet in diesem Sinne, die Gleichheit im Wahlrecht kontextualisiert, in ihren sozialen Bedingungen, zu denken.

#### *D. Paritätsgesetze als Prüfstein relationaler Wahlrechtsgleichheit*

Die Frage nach der Zulässigkeit von Paritätsgesetzen ist damit noch nicht beantwortet. Quotenregelungen im Wahlrecht lassen sich als dogmatische Figur eines materialen Gleichheitsverständnisses reformulieren, müssen aber zur Rechtfertigung den strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen genügen, die sich bei Paritätsgesetzen (mit alternierender Listenbesetzung) aus den Beeinträchtigungen der Parteienfreiheit (Art. 21 GG) und der Wahlrechtsgrundsätze (insbesondere: der Freiheit und Gleichheit der Wahl) ergeben.

Die Landesverfassungsgerichte Thüringen und Brandenburg haben in ihren Entscheidungen eine Abwägung mit dem Gleichberechtigungsgebot gar nicht erst vorgenommen und in diesem Zusammenhang schlicht auf das Prinzip streng formaler Wahlrechtsgleichheit verwiesen.<sup>42</sup> Das Bundesverfassungsgericht hat, ohne sich zur Zulässigkeit von Paritätsgesetzen zu äußern, jedenfalls herausgestellt, dass das Gleichberechtigungsgebot der Parteienfreiheit und den Wahlrechtsgrundsätzen grundsätzlich „gleichrangig“ sei.<sup>43</sup>

Steigt man in die Prüfung der Abwägung ein, kommen zwei Einwände von *Ute Sacksofsky* gegen die bisherigen landesrechtlichen Versuche zum Tragen. Der erste Einwand lautet: Die bisherigen Paritätsregelungen beinhalten eine integrierte Männerquote, für die es „an jeglicher verfassungsrechtliche[r] Rechtfertigung [fehlt].“<sup>44</sup> Dem ist zuzustimmen. Strukturell benachteiligt in unserem Partei- und Wahlsystem sind Frauen. Wenn Paritätsregelungen getroffen werden, müssen sie daher die Frauen in den Blick

---

42 BbgVerfG, NJW 2020, 3579 (3583); ThürVerfGH, NVwZ 2020, 1266 (1272).

43 BVerfG, NVwZ 2021, S. 469 (476).

44 *Ute Sacksofsky*, § 19 Gleichheitsrechte, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus-Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, Rn. 128.

nehmen, etwa durch eine Frauenquote in Höhe von 50 % für alle Plätze oder die Besetzung jedes zweiten Platzes mit einer Frau.

Der zweite Einwand von *Ute Sacksofsky* liest sich im Handbuch des Verfassungsrechts wie folgt: „Der Zwang zur Parität entspricht einem Kästchendenken, das überwunden werden sollte.“<sup>45</sup> Das zielt auf die schematischen Ansätze im Landesrecht, aber auch auf den bisherigen geschlechtsbinären Umgang der Landesgesetzgeber mit nicht-binären Personen ab, die sich entscheiden sollten, auf einem Männer- oder einem Frauenplatz zu kandidieren. Eine klare Ausrichtung am Ziel der Überwindung von Benachteiligung zulasten von Frauen durch Frauenquoten könnte hier Abhilfe schaffen; beantwortet aber nicht die weitergehende aufgeworfene Frage, inwiefern zur Überwindung von Diskriminierung z.B. von nicht-binären Personen Maßnahmen im Wahlrecht gerechtfertigt sein könnten.

Einen dritten Einwand oder vielmehr einen alternativen Weg diskutiert *Ute Sacksofsky* schon 2012 im MERKUR unter dem schönen Titel „Denkmalschutz im Wahlrecht“: Müssen es paritätische Regelungen für die Gestaltung der Listen sein? Dazu *Ute Sacksofsky*: „Eines der größten Defizite des deutschen Systems ist die völlige Abhängigkeit der Wählerinnen und Wähler von der Kandidatenaufstellung durch die Parteien. [...] Bei Mehrmandatswahlkreisen wie in Schweden ist es dagegen möglich, das von Kommunalwahlen bekannte System des Kumulierens und Panaschierens auch für die Bundestagswahlen in sinnvoller und praktikabler Weise aufzunehmen.“ Das ist nicht frei von Risiken, so *Sacksofsky* weiter: „Freilich: Erweiterte Mitbestimmungsmöglichkeiten für Bürgerinnen und Bürger mögen zu unerwünschten, ja »falschen« Entscheidungen führen. Doch dies ist das demokratische und freiheitliche Prinzip: Nicht der Staat (oder die Partei) weiß, was »richtig« ist, sondern jeder und jede Einzelne.“<sup>46</sup>

Damit ist auch der Diskussionsraum über neue Wege in der Paritätsdiskussion markiert: Die rechtliche Zulässigkeit von Paritätsregelungen hängt von der konkreten Ausgestaltung von Normbefehl und Rechtsfolge sowie dem Wahlrechtssystem, in das sie eingefügt werden sollen, ab. In Wahlrechtssystemen wie in Hamburg, die Kumulieren und Panaschieren erlauben, haben Paritätsregelungen von vornherein eine andere Eingriffsintensität, sowohl für die Wählenden, die einer Geschlechterpräferenz in

---

45 *Sacksofsky* (Fn. 44), Rn. 129. Zum Kästchendenken heißt es dort: „Dies zeigt sich etwa im Umgang mit intersexuellen Personen. Diese dürfen sich ‚aussuchen‘, ob sie auf der Männer- oder der Frauenliste kandidieren, müssen sich damit aber genau mit einem Geschlecht identifizieren, ob sie es wollen oder nicht.“

46 *Ute Sacksofsky*, Denkmalschutz im Wahlrecht, MERKUR 2012, S. 1144 (1149 f.).

ihrer Wahlentscheidung Ausdruck verleihen können, als auch für die Parteien, deren Macht über die Liste eingeschränkt ist. In solchen Systemen ist beispielsweise denkbar, nach Auszählung der Wahlkreislisten bei der Vergabe der Landeslistenplätze eine Geschlechterquote zur Anwendung zu bringen.

### E. Fazit

Der fortbestehende *Gender Gap* bei der politischen Teilhabe zeigt, dass formale Gleichheit allein keine gleichberechtigte Demokratie garantiert. Wahlrechtliche Paritätsregelungen werfen komplexe Fragen nach dem Verhältnis von Gleichberechtigung und Wahlrecht auf. Für die Beantwortung dieser Fragen wurden zwei verfassungsrechtliche Ansatzpunkte markiert: Erstens erstreckt sich das verfassungsrechtliche Gleichberechtigungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 GG auf das Wahlrecht und gibt einen „Realitätscheck“ in Bezug auf die Gleichberechtigung für Wahlen vor. Zweitens kann die Wahlrechtsgleichheit als spezieller Gleichheitssatz relational verstanden werden. Ein solches Verständnis ermöglicht es, die tatsächlichen Bedingungen individueller politischer Selbstbestimmung in den Blick zu nehmen. Paritätsregelungen im Wahlrecht sind vor diesem Hintergrund kein Widerspruch zu Demokratieprinzip und Wahlrecht, sondern deren konsequente Fortschreibung unter Bedingungen fortbestehender Ungleichheiten.



# Wahlrecht als Gerechtigkeitsfrage?

*Astrid Wallrabenstein*

Die Fragestellung des Panels legt die Messlatte hoch: Recht steht immer unter Druck, wenn es mit Gerechtigkeit konfrontiert wird. Wer fragt: „Ist das gerecht?“, meint meistens, dass eine Regelung gerade kein „gerechtes“ Ergebnis produziert. Besonders deutlich war dies etwa bei dem Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit der Fall, das die Wiederaufnahme von Strafverfahren zulasten von Freigesprochenen erweiterte. Aber das ist nicht das Thema dieses Panels.

Es geht hier um das Wahlrecht. Ist Gerechtigkeit die richtige Messlatte? Soll Wahlrecht „gerecht“ sein? Soll es zu „gerechten Ergebnissen“ führen? Und: *Kann* es das?

*Ute Sacksofsky* hat nicht nur als Wissenschaftlerin, sondern gerade auch als Verfassungsrichterin am Bremer Staatsgerichtshof aufgezeigt, dass ein allzu enges, mit konkreten staatstheoretischen Vorstellungen aufgeladenes Verfassungsverständnis für ein „gerechtes“ Wahlrecht nicht unbedingt hilfreich ist.<sup>1</sup> Ich habe darin die These meiner Dissertation bestätigt gesehen, dass das Grundgesetz offen sei für unterschiedliche Vorverständnisse auch zur Demokratie.<sup>2</sup>

Bleibt man dabei, fällt die verfassungsrechtliche Antwort auf die Frage nach einem „gerechten“ Wahlrecht nüchtern aus. Dies will ich an drei Punkten skizzieren.

## *A. Gerechtigkeit und Gleichheit*

Im Zusammenhang mit der Bundestagswahl vor wenigen Wochen wurde immer wieder Kritik am Wahlrecht geäußert, dass es „nicht gerecht“ sei:

---

1 Siehe insbesondere BremStGH, Urt. v. 31.1.2014 – St 1/13 (Abweichende Meinung *Sacksofsky*).  
2 *Astrid Wallrabenstein*, Konzeptionen von Staatsangehörigkeit unter dem Grundgesetz, 1999.

Als besonders ungerecht wurde bezeichnet, dass 23 Wahlkreissieger:innen kein Bundestagsmandat erhalten haben – darunter auch zwei aus Frankfurt.

„Ungerecht“ sei auch, dass das Bündnis Sahra Wagenknecht (BSW) mit einem derart knappen Wahlergebnis an der 5 %-Hürde scheiterte. Es könne durchaus sein, dass die weniger als 0,1 %, die für den Einzug in den Bundestag fehlten, auf – immer vorkommenden, unvermeidbaren – Zählfehlern beruhten. Einen Anspruch auf bundesweite Nachzählung in einem solchen Fall sieht aber das deutsche Wahlrecht nicht vor: ungerecht?

Schon im Vorfeld der Wahl wurde der Neuzuschnitt von Wahlkreisen – wegen Veränderung der Bevölkerungszahlen erhielt Bayern einen Wahlkreis mehr – kritisiert. Bei praktisch jeder Wahlkreisänderung lässt sich aufgrund vorangehender Ergebnisse und sozioökonomischer Faktoren prognostizieren, welche Parteien dadurch bessere oder schlechtere Chancen auf einen Wahlkreissieg haben. Wie sich dieses Wissen gerade zur Beeinflussung von Wahlergebnissen nutzen lässt, wird beim Gerrymandering in den USA deutlich. Sind Wahlkreisänderungen daher nie gerecht?

Über das Zweitstimmendeckungsverfahren, durch das Wahlkreissieger:innen unter Umständen bei der Mandatzuteilung leer ausgehen, hat das Bundesverfassungsgericht im Sommer 2024 entschieden.<sup>3</sup> Maßstab für die Beurteilung des Wahlsystems war nicht seine Gerechtigkeit, sondern die Gleichheit der Wahl. Der Senat hat im Zweitstimmendeckungsverfahren keinen Gleichheitsverstoß gesehen, da alle Parteien und alle Wahlkreisbewerber:innen nach den gleichen Regeln behandelt werden.<sup>4</sup> Die Kritik der Antragsteller von der CDU und CSU – sie haben genau das kritisiert, was nun beklagt wird – hatte nach den Ausführungen des Senats keine verfassungsrechtliche Relevanz, weil der Gesetzgeber einen weiten Spielraum bei der Gestaltung des Wahlrechts hat und „lediglich“ die Wahlgleichheit sicherstellen muss.<sup>5</sup>

Über die Frage, ob es einen Anspruch auf Nachzählung geben muss, wenn eine Partei sehr knapp an der Sperrklausel scheitert, hat das Bundesverfassungsgericht noch nicht entschieden. Das BSW hat mehrere Verfahren hierzu angestrengt und ebenso Wahleinsprüche angekündigt. Wir haben bisher lediglich den Eilantrag abgelehnt, mit dem das BSW die Fest-

---

3 BVerfG, Urt. v. 30.7.2024, 2 BvF 1/23.

4 BVerfG, Urt. v. 30.7.2024, 2 BvF 1/23, Rn. 199 ff.

5 BVerfG, Urt. v. 30.7.2024, 2 BvF 1/23, Rn. 143, 160.

stellung des endgültigen amtlichen Ergebnisses der Wahl ohne eine solche Nachzählung verhindern wollte.<sup>6</sup>

Auch die angesprochene Wahlkreiseinteilung war noch nicht Gegenstand eines Verfahrens. Allerdings wurden in der Vergangenheit wiederholt Wahlkreiseinteilungen oder auch die Regelungen zur Wahlkreiseinteilung vor dem Bundesverfassungsgericht angegriffen.<sup>7</sup> Nach unserer Rechtsprechung sind allzu große Unterschiede bei der Wahlkreisgröße problematisch, weil sie die Wahlgleichheit beeinträchtigen.<sup>8</sup> Das erfordert aber gerade Änderungen der Wahlkreiszuschnitte, die – wie gezeigt – als ungerecht wahrgenommen werden.

Gleichheit der Wahl heißt also nicht, dass die Regelungen davor gefeit sind, als ungerecht wahrgenommen zu werden.

## B. Gerechtigkeit und Chancengleichheit

Dies gilt auch für Fragestellungen, die mit der Chancengleichheit der Wahlbewerber:innen – ich beschränke mich hier auf die Chancengleichheit der Parteien – in Zusammenhang stehen:

Eine immer wieder kritisierte Regelung ist die Verpflichtung sogenannter „kleiner“ Parteien, Unterstützungsunterschriften vorzulegen.<sup>9</sup> Neben der Frage, warum Unterstützungsunterschriften überhaupt nötig sind, wird vor allem als „ungerecht“ wahrgenommen, dass diese Pflicht nicht alle trifft. Denn Parteien, die in den Bundestag oder einen Landtag mit mindestens fünf Abgeordneten gewählt wurden, sind hiervon befreit.

Ein anderer Kritikpunkt ist die Gestaltung der Stimmzettel. Konkret wendet sich aktuell das BSW dagegen, dass die Landeslisten der Parteien nach ihrem Ergebnis bei der letzten Bundestagswahl gereiht werden, sodass neue Parteien – damit auch das BSW – erst am Ende des Stimmzettels stehen.<sup>10</sup> Sie meinen, es müsste dabei auch die Vertretung im Bundestag sowie der Erfolg bei den letzten Landtagswahlen berücksichtigt werden. Andere

---

6 BVerfG, Beschl. v. 13.3.2025, 2 BvE 6/25.

7 Mit einem Überblick etwa *Silvia Pernice-Warnke*, Zur Bedeutung der Wahlkreiseinteilung, NVwZ 2024, S. 31 (32 f.).

8 Siehe etwa BVerfGE 130, 212 (225 ff.) [2012].

9 Ohne Erfolg etwa in den Verfahren zur Bundestagswahl 2025: BVerfG, Beschl. v. 10.12.2024, 2 BvQ 73/24, und BVerfG, Beschl. v. 10.12.2024, 2 BvE 15/23.

10 Zum entsprechenden Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung siehe BVerfG, Beschl. v. 12.5.2025, 2 BvE 9/25.

fordern, dass die Reihenfolge auf den Stimmzetteln durch Los entschieden wird.

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts folgt aus der Chancengleichheit politischer Parteien in der sogenannten Wettbewerbsdemokratie nicht, dass alle Bewerber:innen streng formal gleich behandelt werden müssen – obwohl die Wahlgleichheit gerade streng formal zu verstehen ist.<sup>11</sup> Vielmehr dürfen – oder müssen, hier ist die Rechtsprechung im Einzelnen nicht ganz klar – unterschiedliche Stärkeverhältnisse, die staatliche Instanzen vorfinden, berücksichtigt werden. Denn das Neutralitätsgebot verbiete die Verzerrung, also sowohl eine Nivellierung als auch eine Vergrößerung der bestehenden Unterschiede.<sup>12</sup> Im Schrifttum wird daher das Anknüpfen an vorangegangene Wahlerfolge trotz ihrer Stabilisierungswirkung zumeist als legitim angesehen. Dieses Kriterium sei immerhin klar und vor allem manipulationsfrei.<sup>13</sup>

Also lässt sich auch das Gebot der Chancengleichheit nicht mit Gerechtigkeit gleichsetzen.

### C. Gerechtigkeit und Parität

Mein dritter Punkt ist schließlich – natürlich – die Parität. Seit vielen Jahren fordern Frauen, insbesondere Feministinnen, Paritätsvorgaben im Wahlrecht.

Manche Länder haben Paritätsregelungen in ihre Wahlgesetze eingeführt und Landesverfassungsgerichte hatten – weil diese Regelungen angegriffen wurden – über ihre Vereinbarkeit mit dem Landesverfassungsrecht zu entscheiden. Dies ging für die Paritätsvorgaben nicht gut aus.<sup>14</sup>

Weil das Bundeswahlrecht keine Paritätsregelung kennt, kam die Fragestellung bisher nur umgekehrt vor das Bundesverfassungsgericht. Es wird gerügt, das Wahlrecht sei ohne Paritätsvorgaben verfassungswidrig. 2020 hat der Zweite Senat eine solche Wahlprüfungsbeschwerde als unzulässig verworfen.<sup>15</sup> Denn für die Darlegung, dass der Gesetzgeber durch das

---

11 M.w.N. *Martin Morlok*, in: Horst Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2015, Art. 21 Rn. 80 ff.

12 *Morlok* (Fn. 11), Art. 21 Rn. 80.

13 *Morlok* (Fn. 11), Art. 21 Rn. 89.

14 Siehe BbgVerfG, Urt. v. 23.10.2020 – VfGBbg 9/19; sowie ThürVerfGH, Urt. v. 15.7.2020 – VerfGH 2/20; vgl. auch den anschließenden Nichtannahmebeschluss des BVerfG, Beschl. v. 6.12.2021, 2 BvR 1470/20.

15 BVerfGE 156, 224 – *Parität* [2020].

Unterlassen einer gesetzlichen Regelung einen Verfassungsverstoß begeht, gelten allgemein und insbesondere im Wahlrecht hohe Anforderungen. Die Wahlprüfungsbeschwerde genügte ihnen nicht. Denn sie hatte nicht ausreichend dargelegt, warum aus dem Demokratieprinzip ein Paritätsgebot folgen soll. Sie habe sich – so der Senat – mit dem Grundsatz der Gesamtrepräsentation aus Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG – wonach jeder Abgeordnete Vertreter des ganzen Volkes sei – nicht hinreichend auseinandergesetzt.<sup>16</sup> Gleiches gelte für die Herleitung aus Art. 3 Abs. 2 GG. Es fehle zum einen eine hinreichende Auseinandersetzung mit dem weiten Spielraum, der für die Erreichung von Gleichstellung bestehe, und zum anderen damit, dass verpflichtende Paritätsregelungen mit Art. 21 Abs. 1 und Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG vereinbar sein müssten.<sup>17</sup>

Ein Verfassungsverständnis, das offen für unterschiedliche Repräsentationsmodelle ist, wird eher nicht ein bestimmtes Modell vorgeben, auch wenn für eine möglichst paritätische Vertretung von Frauen gute politische Argumente sprechen.

Auch ohne gesetzliche Vorgaben stellen einige Parteien ihre Landeslisten paritätisch auf. Zur Vollständigkeit des Bildes gehört freilich auch, dass die Aufstellung von Trans- oder nichtbinären Personen dabei zu Konflikten führt. Die Grünen orientieren sich daran, wie die Bewerbenden sich selbst definieren.<sup>18</sup> Transfrauen auf Frauenlistenplätzen werden dann wiederum – auch rechtlich – angegriffen, und zwar sowohl von der AfD als auch von Feministinnen.

Gerechtigkeit ist auch hier nicht einfach. Aber das ist für Feministinnen wirklich keine neue Erkenntnis.

---

16 BVerfGE 156, 224 (248 f.) – *Parität* [2020].

17 BVerfGE 156, 224 (259 f.) – *Parität* [2020].

18 Siehe etwa das Frauenstatut von Bündnis 90/Die Grünen: <https://www.gruene-hesse.n.de/partei/dokumente/frauenstatut-buendnis-90die-gruenen-hessen/>.



5.  
Gerechtigkeit durch Methode?  
Diskussion anhand von konkreten Beispielen



# Gerechtigkeit durch Methode

Sarah Elsumi

## A. Einleitung

Gerechtigkeit durch Methode – diese Worte verbinden zwei zentrale Leitbegriffe der Rechtswissenschaft. Mit dem ersten, der Idee der Gerechtigkeit, befassen sich Rechts- wie Sozialwissenschaften seit Jahrhunderten. Dabei wurden vielfältige Überlegungen und Konzeptionen einer gerechten Ordnung, ihrer Voraussetzungen und ihrer Maßstäbe entwickelt. Im Mittelpunkt stehen Fragen nach der Entstehung und Legitimation von Normen, nach den Verfahren der Rechtsfindung und nach den Kriterien, anhand derer rechtliche Entscheidungen als gerecht gelten können.

Der folgende Beitrag befasst sich weniger mit der Frage nach dem inhaltlich richtigen und gerechten Recht,<sup>1</sup> sondern verbindet diese Auseinandersetzung mit Überlegungen zum zweiten Leitbegriff – der Methode (A.). Mit der Vorstellung von Ansätzen, die Gerechtigkeit methodisch zu erreichen versuchen (B.) bzw. die sich mit (methodischen) Voraussetzungen zur Erlangung gerechter Erkenntnisse befassen (C.), werden rechtswissenschaftliche und feministische Ansätze – ganz im Sinne der Arbeitsweise *Ute Sacksofskys* – zusammengeführt.

## I. Methode

Im wissenschaftlichen Verständnis bezeichnet „Methode“ ein systematisch begründetes Vorgehen zur Gewinnung, Überprüfung und Ordnung von Wissen. Der Begriff geht auf das griechische *méthodos* zurück – „der Weg zu etwas hin, Nachgehen“ – und verweist damit auf eine strukturierte Annäherung an Erkenntnis. Methode schafft Verfahren, mit denen Analysen und Ergebnisse intersubjektiv nachvollziehbar, überprüfbar und damit anschlussfähig werden. Methode schützt vor Beliebigkeit, indem sie Be-

---

1 So plädiert z.B. *Josef Franz Lindner*, *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft*, *Rechtswissenschaft (RW)* 1/2011, S. 1 ff., dafür, dieser Frage verstärkt nachzugehen.

gründungen transparent macht und argumentative Konsistenz sowie Dokumentation einfordert. Besondere Relevanz gewinnt methodisches Arbeiten in einer Zeit, in der nicht nur normative Bewertungen, sondern bereits Tatsachenbehauptungen selbst zur Disposition stehen. Phänomene wie „Postfaktizität“ oder „alternative Fakten“<sup>2</sup> verschieben den Streit: Es geht nicht mehr allein um die Auslegung normativer Vorgaben, sondern bereits um die Anerkennung und Deutung der zugrunde liegenden Tatsachen. In einem solchen Klima kann Methode als epistemisches Sicherheitsinstrument fungieren. Sie begrenzt Willkür, eröffnet zugleich argumentative Angriffsflächen und sichert damit die Möglichkeit rationaler Verständigung. Methode ist so nicht nur Technik der Analyse und Erkenntnisgewinnung, sondern auch Instrument zur Stabilisierung des Diskursraums.

## II. Methode in der Rechtswissenschaft

Rechtswissenschaftliche Methode ist eine auf den Gegenstand „Recht“ zugeschnittene Form wissenschaftlichen Arbeitens, ihr Kern liegt in der Analyse, Interpretation und Anwendung von Rechtsnormen. Als primär hermeneutisches Vorgehen ist sie darauf gerichtet, Rechtstexte zu verstehen, ihren Sinn zu ermitteln und ihre Anwendung im konkreten Fall zu strukturieren. Das Verstehen steht am Anfang und gibt den Rahmen vor. Ihm folgt die argumentative Konkretisierung: Welche Bedeutung kommt der Norm in dieser oder jener Konstellation zu, welche Wertungsmaßstäbe sind als tragfähig zu Grunde zu legen?

Die seit *Savigny* kanonisierten und fortentwickelten Auslegungsregeln bilden dabei klassische methodische Ansätze: Sie sichern Nachvollziehbarkeit und konturieren und begrenzen zugleich die Interpretationsfreiheit, etwa die richterliche Entscheidungsfreiheit. Richter\*innen müssen nicht nur entscheiden, sondern auch so begründen, dass ihre Entscheidungen innerhalb des geltenden methodischen Rahmens plausibel erscheinen. In einem demokratischen Verfassungsstaat begrenzt und rechtfertigt die Methode

---

2 Vgl. hierzu *Lee McIntyre*, Post-Truth, 2018. Kritisch zur Annahme einer postfaktischen Ära z.B. *Frieder Vogelmann*, The Problem of Post-Truth. Rethinking the Relationship between Truth and Politics, *Behemoth* 11/2018, S. 18 – 37.

richterliche Entscheidungsmacht sowohl gegenüber der Gesetzgebung als auch gegenüber den Normadressat\*innen.<sup>3</sup>

### III. Methodenwahl und Ergebnis

Gleichzeitig darf nicht übersehen werden, dass Methode nie gänzlich neutral sein kann. Die Entscheidung, welche Methode angewandt wird, welche Argumente zugelassen werden und welche Materialien für maßgeblich erachtet werden, können das gesuchte Ergebnis zum Teil erheblich beeinflussen. So kann im Rahmen der Auslegungsregeln dieselbe Norm je nach Gewichtung teleologischer, historischer oder systematischer Argumente zu unterschiedlichen rechtlichen Lösungen führen; es gibt hier also einen methodischen Spielraum. Auch die Auswahl des zugrunde liegenden Tatsachenmaterials ist von Bedeutung: Welcher Sachverhalt gilt als relevant? Welche wissenschaftlichen Studien, welche empirischen Daten werden herangezogen? Welche gesellschaftlichen Wertungen fließen – explizit oder implizit – ein? Diese Entscheidungen sind nicht nur technisch, sondern auch normativ aufgeladen und damit für die Frage der Findung von Gerechtigkeit entscheidend.

#### *B. Gerechtigkeit durch Methode: eine heuristische Kartierung*

Die im Folgenden vorgestellten Ansätze, deren kleine Auswahl in keiner Weise Anspruch auf Vollständigkeit hat, lassen sich unter dem Aspekt der Suche nach Gerechtigkeit lesen. In ihrer Ausrichtung und Operationalisierung fungieren sie in ganz unterschiedlicher Weise, betreffen etwa die judikative Anwendung oder beziehen sich auf legislative Bereiche. In ihrer gemeinsamen Ausrichtung, durch methodische Aspekte Gerechtigkeit in rechtliche Umsetzung zu bringen, sollen sie hier unter dem Titel „Gerechtigkeit durch Methode“ eingeordnet werden.

---

3 Juristische Methodenlehre wird daher zugleich als Legitimations- und Argumentationslehre verstanden, vgl. *Thomas M.J. Möllers*, *Juristische Methodenlehre*, 6. Aufl. 2025, § 1.

## I. Radbruch'sche Formel

Das von *Gustav Radbruch* im Jahr 1946 entwickelte rechtsphilosophische Konzept, das das Spannungsverhältnis zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit beschreibt und als Radbruch'sche Formel bekannt wurde, markiert einen klassischen Bezugspunkt für Überlegungen zu „Gerechtigkeit durch Methode“<sup>4</sup>. Für das deutsche Verfassungsrecht hat die Formel insbesondere im Umgang mit NS-Unrecht eine prägende Rolle gespielt und wirkt bis heute in Diskussionen um das Verhältnis von Recht und materieller Gerechtigkeit nach.

Die Radbruch'sche Formel formuliert das Prinzip, dass ein unerträglich ungerechtes Gesetz kein Recht sei. Sie wendet sich im Widerstreit zwischen Recht und Gerechtigkeit an die Judikative und auferlegt Richter\*innen, bei einem Konflikt zwischen dem positiven Recht und der Gerechtigkeit immer dann – und nur dann – gegen das Gesetz und stattdessen für die materielle Gerechtigkeit zu entscheiden, wenn das fragliche Gesetz entweder als unerträglich ungerecht anzusehen ist oder die im Begriff des Rechts grundsätzlich angelegte Gleichheit aller Menschen aus Sicht der Interpretierenden bewusst verleugnet.

Methodisch bedeutet dies, dass juristische Argumentation im Ausnahmefall auf ein außerpositives Gerechtigkeitskriterium zurückgreifen darf und muss. Die Stärke dieses Ansatzes liegt darin, dem positiven Recht eine letzte materielle Schranke einzubauen und damit den Missbrauch von Normativität durch totalitäre Regime abzuwehren. Zugleich wird die Schwäche deutlich: Die Bestimmung dessen, was „unerträglich ungerecht“ ist, bleibt unklar und eröffnet die Gefahr subjektiver Überdehnung. Die dem Ansatz zugrundeliegende Annahme einer erkenntnistheoretischen Möglichkeit, objektiv zwischen gerechten und ungerechten Gesetzen unterscheiden zu können, ist zumindest als herausfordernd einzustufen.

## II. Deliberative Theorie

Deliberative Ansätze beantworten die Frage, ob Gerechtigkeit durch Methode herzustellen ist, nicht mit einer Handlungsanweisung an die Rechtsinterpret\*innen, sondern durch die Fokussierung auf Verfahren. Ursprüng-

---

4 *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, S. 105–108.

lich aus der politischen Theorie kommend, entwickelt die Idee der deliberativen Demokratie ein Verständnis von Entscheidungsfindung, das auf öffentlichen Verfahren des argumentativen Austauschs basiert. Legitimität entsteht hier nicht allein durch formale Mehrheiten oder Autorität, sondern durch die Qualität des Diskurses.<sup>5</sup>

Entscheidungsfindung wird als kommunikatives Verfahren verstanden, das auf Offenheit, Inklusivität und rationale Abwägung unterschiedlicher Argumente setzt. Recht kann so als Ergebnis deliberativer Aushandlung entstehen und erhält über diesen Prozess seine Legitimität. Die Verbindung zur Gerechtigkeit lässt sich mittelbar herstellen: Wenn Recht in Verfahren entsteht, die allen Betroffenen gleichberechtigte Teilhabe und rationale Begründung ermöglichen, trägt dies dazu bei, dass die daraus resultierenden Entscheidungen als fair und nachvollziehbar gelten können. Methodisch bedeutet dies Orientierung an Prinzipien der Diskursethik: herrschaftsfreie Kommunikation, gleiche Partizipationschancen und die Verbindlichkeit rationaler Argumentation.

Gedanken deliberativer Ansätze lassen sich in der Dogmatik des deutschen Verfassungsrechts finden, etwa in der Entwicklung der Verhältnismäßigkeitsprüfung und der ihr zugrunde liegenden Abwägung. Diese methodische Praxis reflektiert deliberative Grundideen, indem sie systematisch Interessen und Normen gegeneinander abwägt, rationale Begründung verlangt und so die Legitimität juristischer Entscheidungen stärkt.

Deliberative Ansätze basieren auf der Idee freier und gleicher Individuen,<sup>6</sup> die in argumentativen Austausch treten;<sup>7</sup> wenn Macht- und Ungleichheitsstrukturen ausgeblendet werden, die den gleichen Zugang zum kom-

5 Für einen Überblick siehe *Timo Tohidipur*, *Deliberative Rechtstheorie*, in: *Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano* (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl. 2009, S. 423–443.

6 Ausgehend von dieser Idee analysiert *Anna Katharina Mangold* das (privatrechtliche) Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung deliberativer Demokratie und leitet hieraus seine Legitimation ab, vgl. *Anna Katharina Mangold*, *Demokratische Inklusion durch Recht. Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der Begegnung von Freien und Gleichen*, 2021.

7 Vgl. *Berit Völzmann*, *Funktionswandel des Verwaltungsprozesses. Der Zugang zur gerichtlichen Verwaltungskontrolle als Ermöglichung von Deliberation aus demokratietheoretischer und rechtsvergleichender Perspektive*, 2025, die anregt, (Verwaltungs)Gerichtsprozesse als besondere, rechtlich institutionalisierte Foren demokratischer Deliberation zu begreifen, in denen – bei Zugrundelegung von Idealbedingungen sowie befördert durch die Vermittlung von Anwält\*innen und die Leitung von unabhängigen, mediierenden Richter\*innen – die Chance auf egalitäre Diskursbedingungen im Gerichtssaal gesehen werden kann.

munikativen Austausch erschweren oder gar verhindern, lässt sich dies als eine methodische Schwäche erkennen. Darüber hinaus kollidieren deliberative Verfahren in der Praxis mit Zeitdruck, begrenzten Ressourcen und institutionelle Asymmetrien, sodass die normativen Ideale der Theorie oft nur unvollständig realisiert werden.

### III. Gemeinwohlfindung als Prozedere

Auch die (nicht nur in der Rechtswissenschaft geführte) Debatte zum Gemeinwohlbegriff lässt sich unter dem Aspekt der „Gerechtigkeit durch Methode“ verstehen. Der juristische Gemeinwohlbegriff steht dabei in einem engen, jedoch nicht deckungsgleichen Verhältnis zur Gerechtigkeit. Gemeinwohl im rechtlichen Sinne ist kein materielles Prinzip, sondern das Resultat von Verfahren, die faire Teilhabe und transparente Entscheidungsfindung gewährleisten sollen.

Dieses im demokratischen, pluralistischen Verfassungsstaat vorherrschende prozedurale Verständnis von Gemeinwohl knüpft dabei an deliberative Ideen an. Denn Gemeinwohl kann kein feststehender, inhaltlich bestimmbarer Maßstab sein, sondern vielmehr ein durch ein rechtsstaatlich und demokratisch gerechtes Verfahren gefundenes Ergebnis des Austauschs und der Berücksichtigung und Abwägung unterschiedlicher Interessen und Perspektiven auf Freiheit, Verantwortung und Gerechtigkeit.<sup>8</sup>

Die Stärke des prozeduralen Gemeinwohlbegriffs liegt in seiner methodischen und inhaltlichen Flexibilität: Im Rahmen demokratischer Prozesse kann dem von der „Allgemeinheit“ gewünschten, gemeinwohlorientierten Inhalt Geltung verschafft werden. Geht es also nicht um die positive Festlegung eines Gemeinwohls, hat die Methode – im Sinne der Suche nach dem Gemeinwohl – große Relevanz für das Finden gerechter (rechtlicher) Ergebnisse. Diskutiert werden dabei unterschiedliche Ansätze: Etwa ein negativer Ansatz, der Gemeinwohl über die Abwesenheit bestimmter Werte bestimmt und zugleich die strukturellen Rahmenbedingungen der Aushandlung in den Blick nimmt.<sup>9</sup> Kritik setzt am Risiko des „Gemein-

---

8 Sarah Elsuni, Gemeinwohl-Topoi im Öffentlichen Recht, in: Christian Hiebaum (Hrsg.), Handbuch Gemeinwohl, 2021.

9 Hans Herbert von Arnim, Gemeinwohl im modernen Verfassungsstaat am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, in: Hans Herbert von Arnim/Karl-Peter Sommermann (Hrsg.), Gemeinwohlgefährdung und Gemeinwohlsicherung, 2004, S. 63–88.

wohl-Dilemmas“ an: Wird Gemeinwohl nicht inhaltlich definiert, drohe Maßstabslosigkeit, wird es inhaltlich fixiert, gehe Offenheit verloren. Als Reaktion hierauf wird ein Mittelweg vorgeschlagen, der Gemeinwohlbelange als materiale Inhalte in einem offenen, prozeduralen Definitionsprozess anerkennt.<sup>10</sup>

Methodisch geht es in jedem Fall darum, das Spannungsverhältnis zwischen individuellen und kollektiven Interessen auszutarieren. Gerechtigkeit bildet dann einen übergeordneten normativen Maßstab, an dem die Gemeinwohlbestimmungen kritisch gemessen werden, ohne ein Ergebnis zu implizieren. Doch auch wenn die Berücksichtigung von Minderheiteninteressen einem prozeduralen Gemeinwohlverständnis inhärent ist, bleibt die Gefahr, dass selbst gerechte Verfahren im Ergebnis zu inhaltlich ungerechten Entscheidungen führen.

### *C. Feministische Kritik an der Idee von Objektivität und Neutralität von Wissen und Erkenntnis*

Während die zuvor diskutierten Ansätze Gerechtigkeit primär durch methodische Rationalität und argumentative Verfahren zu sichern suchen, setzt feministische Wissenschaftskritik an einem anderen Punkt an: Sie hinterfragt die Möglichkeit neutraler Erkenntnis selbst. Anstelle einer vermeintlich voraussetzungslosen Objektivität rückt sie die Situiertheit von Wissen ins Zentrum und eröffnet so eine epistemologische Perspektive, die methodische Reflexivität mit der Frage nach Gerechtigkeit untrennbar verbindet.

### I. Standpunkt und Situiertheit

Durch feministische Wissenschaftskritik wurden tradierte Annahmen von Neutralität und Objektivität grundlegend in Frage gestellt. Während klassische Wissenschaftsideale Objektivität mit einer vorgeblichen Abstraktion von individuellen Erfahrungen gleichsetzen und dabei verschweigen, welche Erfahrungen die vermeintliche Objektivität normieren und prägen,

---

10 Gunnar Folke Schuppert, Gemeinwohl, das. Oder: Über die Schwierigkeiten, dem Gemeinwohlbegriff Konturen zu verleihen, in: Gunnar Folke Schuppert/Friedhelm Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 19–64.

betonen feministische Ansätze, dass Wissen stets situiert ist. *Donna Haraway* hat dies prägnant als „situated knowledges“ beschrieben: Erkenntnis und Wissen entsteht nicht „von nirgendwo“, sondern aus konkreten sozialen, historischen und politischen Positionen.<sup>11</sup> Die Behauptung wertfreier Neutralität verschleiert oft die Dominanz bestimmter Perspektiven – meist geopolitisch westlich, männlich, weiß und akademisch kodiert. *Haraway* setzt dem eine „feministische Objektivität“ im Sinne „situierten Wissens“ entgegen, bei dem es um das Wissen der (eigenen) begrenzten Lage und die Übernahme der Verantwortung für das Gehe, was „wir zu sehen lernen“.<sup>12</sup>

Theoretisch wird dies in der feministischen Standpunkttheorie ausgearbeitet. Vertreterinnen wie *Sandra Harding* und *Patricia Hill Collins* zeigen, dass marginalisierte Perspektiven besondere epistemische Einsichten besitzen können. Dabei sind Standpunkte jedoch nicht essenzialistisch zu verstehen, sondern als kollektive, reflexive und politisch erarbeitete Positionen. Standpunkttheorie verbindet so soziale Machtanalysen mit epistemologischen Ansätzen: Die Frage, wer spricht und aus welcher Erfahrung heraus, prägt die Reichweite und Qualität jedes Wissens.

Methodisch führt dies zu einem veränderten Verständnis von Objektivität. *Sandra Harding* entwickelte hierfür den Begriff der „strong objectivity“: Echte Objektivität wird hier nicht durch Distanz, sondern durch bewusste Reflexion der eigenen Situietheit erreicht. Erst die Einbeziehung eigener sozialer Positionierungen (von Forschenden, aber auch von allen Personen in Deutungs- oder Entscheidungspositionen) und die Berücksichtigung anderer, in machtanalytischer Analyse insbesondere marginalisierte Perspektiven, könne die Verzerrung einer vermeintlichen neutralen Objektivität, die Positionierungen und Erfahrungen naturalisiert und verschleiert, reduzieren.<sup>13</sup>

---

11 *Donna Haraway*, Situated Knowledges. The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective, *Feminist Studies* 14 (1988), S. 575–599.

12 *Haraway* (Fn. 11), S. 581 ff.

13 *Sandra Harding*, Rethinking Standpoint Epistemology: What Is “Strong Objectivity”?, in: Linda Alcoff/Elizabeth Potter (Hrsg.), *Feminist Epistemologies*, New York 1993, S. 49–80. Anknüpfend an diese Überlegungen schlägt *Anna Katharina Mangold* für die rechtswissenschaftliche Debatte vor, Positionalität als Leitprinzip im Sinne eines demütigen Ideals guter wissenschaftlicher Praxis zu verstehen, vgl. *Anna Katharina Mangold*, Positionalität. Nicht nur feministische Erwägungen zur Epistemologie der Rechtswissenschaft, Rechtsphilosophie. *Zeitschrift für die Grundlagen des Rechts* 2025, S. 162–176.

## II. Erfahrung, Macht und Recht

Als eine Übersetzung dieser Erkenntnisse in den rechtswissenschaftlichen Diskurs können die zwei folgenden Ansätze gedeutet werden.

Der von der feministischen Rechtswissenschaftlerin *Catharine A. MacKinnon* entwickelte sog. Dominance Approach schlägt ein materielles Gleichheitsverständnis vor, das sich deutlich von einem formalen Verständnis von Gleichheit unterscheidet.<sup>14</sup> *MacKinnons* Kritik an Letzterem setzt an dessen Voraussetzung einer symmetrischen Ausgangslage an: Das Postulat, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln, benötige eine symmetrische Ausgangslage, die gesellschaftlich nicht bestehe. Können Gleichheitsrechte nur geltend gemacht werden, wenn Gruppen als vergleichbar gelten, so entstehe ein Mechanismus, der verschleierte, dass die als ungleich markierten Unterschiede Ausdruck von Machtasymmetrien sind, und so bestehende Ungleichheiten stabilisiere. Der Gegenbegriff zu Gleichheit ist für *MacKinnon* daher nicht Differenz, sondern Dominanz. Am Beispiel der Kategorie Geschlechts zeigt *MacKinnon*, dass formale Gleichheit zu kurz greift: Geschlecht ist keine neutrale Differenz, sondern Ausdruck sozialer Hierarchie. Männer sind in zentralen gesellschaftlichen Bereichen strukturell dominierend, Frauen untergeordnet.

Erfahrung spielt im Dominance Approach eine zentrale Rolle: Sie ist die epistemische Grundlage ihrer juristisch-feministischen Analyse. Nur aus der Perspektive der Betroffenen werden die Mechanismen struktureller Unterordnung sichtbar. Damit lässt sich *MacKinnons* Ansatz im Kontext des Konzepts des situierten Wissens, das Erkenntnis als standortgebunden und machtvorflochten begreift, verstehen. Der Dominance Approach fordert eine inhaltlich-materielle Gleichheit, die auf strukturellen Wandel zielt und sieht methodisch eine machtkritische, erfahrungsbasierte Rechtsanalyse vor, die gesellschaftliche Strukturen, institutionelle Praktiken und ihre hegemoniale Wirkung empirisch in den Blick nimmt.

Aus einer anderen Perspektive stellte *Kimberlé Crenshaw* Ende der 80er Jahre die Objektivität und Neutralität des Rechtssystems und Rechtswissens in Frage. Mit dem von ihr prominent gesetzten Konzept der Intersektionalität kritisiert sie die rechtliche wie theoretische Behandlung von Diskriminierung entlang isolierter, eindimensionaler Kategorien, wie sie das Anti-

---

14 *Catharine A. MacKinnon*, Auf dem Weg zu einer neuen Theorie der Gleichheit, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 77 (1994), S. 363–376.

diskriminierungsrecht kennt und vorsieht.<sup>15</sup> Diese kategoriale Struktur des Rechts sowie ihre methodische Anwendung führt dazu, dass sich die Erfahrungen von Personen an den Schnittstellen mehrerer Diskriminierungsachsen (z. B. „Geschlecht“ und „Rasse“) nicht angemessen abbilden lassen.

Den Ausgangspunkt ihres Ansatzes bot die Analyse des Rechtsfalls *DeGraffenreid v. General Motors* aus den 1980er Jahren in den USA, der paradigmatisch die Problematik mehrdimensionaler Diskriminierung verdeutlicht. Fünf Schwarze Frauen klagten gegen General Motors, da sie durch ein auf Dienstalter gestütztes Entlassungssystem benachteiligt wurden: Weil Schwarze Frauen – anders als Schwarze Männer und weiße Frauen – als letzte Personengruppe im Betrieb eingestellt worden waren, traf die durchgeführte Kündigungswelle, die die Entlassungen an die Dauer der Betriebszugehörigkeit knüpfte, die Klägerinnen besonders stark. Das Gericht weigerte sich, die Klage unter dem Gesichtspunkt einer spezifischen Diskriminierung als Schwarze Frauen zu prüfen. Vielmehr verneinte es eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, da bereits Frauen beschäftigt worden seien, übersah dabei jedoch, dass dies lediglich die Erfahrungen weißer Frauen berücksichtigte. Der Aspekt „Rassendiskriminierung“ wurde nicht verhandelt, das Gericht verwies diesen vielmehr auf ein anderes Verfahren zur rassistischen Dimension der Kündigungen. Folgt man der Argumentationslogik des Gerichts, wäre auch in einem Verfahren wegen Diskriminierung „aufgrund der Rasse“ damit zu rechnen gewesen, dass die spezifischen Erfahrungen Schwarzer Frauen (dann im Vergleich zu Schwarzen Männern) ausgeblendet und somit erneut ein vergleichbares exkludierendes Ergebnis erzielt worden wäre. Somit blieb die spezifische Benachteiligung Schwarzer Frauen, mithin auch die Erfahrungen, die diese eben aufgrund des Zusammenwirkens der beiden Diskriminierungsdimensionen Hautfarbe und Geschlecht gemacht hatten, rechtlich strukturell unsichtbar.

*Kimberlé Crenshaw* arbeitete in ihrem Ansatz der Intersektionalität ein Verständnis heraus, das Diskriminierung als ein Phänomen versteht, das gerade in der Überlagerung und Wechselwirkung von (auch rechtlich normierten, jedoch eindimensional verstandenen) Kategorien entsteht.

Die methodische Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Lebensrealitäten, Erfahrungen und Kontextualisierungen ist in beiden rechtswissen-

---

15 *Kimberlé Crenshaw*, Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum: Vol. 1989, Article 8.

schaftlich-feministischen Ansätzen zentral für die Frage nach normativer Gerechtigkeit.

### III. Überlegungen zu einem feministisch-rechtswissenschaftlichen Ansatz von „Gerechtigkeit durch Methode“

Auf der Ebene des wissenschaftlichen Paradigmas lassen sich feministische Ansätze als Infragestellung positivistischer Gewissheiten und als Hinwendung zu einer relationalen, kontextbezogenen Epistemologie verstehen. Erkenntnis gilt nicht als universell gegeben, sondern als Ergebnis sozialer Relationen.

Erfahrung, Positionierung und Situirtheit der eigenen Perspektive ebenso wie die Berücksichtigung anderer, auch marginalisierter, Positionen bilden das machtkritische Bindeglied zwischen Theorie, Methode und Empirie. Sie liefern nicht nur Daten, sondern eröffnen – durch ihre reflexive Einbettung – einen Zugang zum Verständnis struktureller Dimensionen von Macht und Ausschluss. Die Einbeziehung unterschiedlicher, vor allem auch marginalisierter Erfahrungen ist damit nicht nur ein normatives, sondern ebenso ein methodisches und epistemisches Erfordernis. Individuelle und gesellschaftliche Erfahrung bildet den Ausgangspunkt für weitergehende methodologische Einsichten; (Erkenntnis)Theorie wiederum ermöglicht, solche Erfahrungen methodisch zu strukturieren und kritisch zu reflektieren.<sup>16</sup> Gerechtigkeit verlangt, Wissen und Wissenschaft nicht als neutral oder universell zu behandeln, sondern offenzulegen, wie auch methodische Verfahren soziale Machtverhältnisse reproduzieren oder transformieren können.

#### D. *Gerechtigkeit durch Methode: (Feministische) Grundrechtslehre nach Ute Sacksofsky*

Im deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs inspiriert *Ute Sacksofsky* als feministische Wissenschaftlerin – und vor allem in den Anfängen ihres Wirkens als eine der sehr wenigen –, die sich der Frage nach Recht stets auch aus einer machttheoretischen Geschlechterperspektive widmet.

---

16 Zur Unterscheidung und Zusammenspiel von (Erkenntnis)Theorien, Paradigmen und Methodologien siehe *Patricia Hill Collins*, *Black Feminist Thought. Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*, 2. Aufl. 2000, insb. S. 252.

## I. Materielle Gleichheit: Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungsverbot

In Anknüpfung an *Catherine MacKinnon* hat *Ute Sacksofsky* einen machttheoretischen Zugang zum deutschen Verfassungsrecht entwickelt, der dem bis dahin dominanten formalen Gleichheitskonzept in der Auslegung von Gleichheitsrechten ein materielles Verständnis entgegensetzt.<sup>17</sup>

*Ute Sacksofsky* legt mit dieser Arbeit eine der einflussreichsten Neubestimmungen des Gleichheitsrechts vor. Sie zeigt, dass sich die gängige Dogmatik des Art. 3 Abs. 2 GG lange Zeit auf ein formales Gleichheitsverständnis beschränkt hatte; die im Telos der Regelung angelegte Adressierung struktureller Machtasymmetrien im Geschlechterverhältnis blieb in der Rechtsprechung weitgehend unberücksichtigt. *Ute Sacksofsky* schlägt daher vor, Gleichheit nicht nur als Differenzkontrolle, sondern primär als Dominierungsverbot zu begreifen. Daraus erwächst die Funktion des Gleichheitsrechts, gesellschaftliche Machtverhältnisse zu begrenzen und Strukturen der Unterordnung aufzubrechen.<sup>18</sup>

Dieser machttheoretische Ansatz eröffnet zugleich eine methodische Neuorientierung: Rechtsprechung darf sich nicht auf den Abgleich abstrakter Kategorien beschränken, sondern muss die empirischen Wirkungen staatlicher Normsetzung in den Blick nehmen. Eine Gleichheitsprüfung fragt daher nicht nur, ob eine Gruppe formal benachteiligt wird, sondern ob gesetzliche Regelungen gesellschaftliche Machtverhältnisse stabilisieren oder sogar verstärken. Damit ist nicht formale Gleichheit erfordert, sondern vielmehr die strukturelle Vermeidung von Unterordnung und Marginalisierung im Sinne eines aktiven Schutzes vor gesellschaftlichen Machtasymmetrien.

Die theoretische Einsicht *Ute Sacksofskys* basiert zugleich auf einer empirischen Dimension: Sie bezieht sich auf konkrete Erkenntnisse zu Geschlechterverhältnissen in Gesellschaft und Recht und stellt die Annahme einer symmetrischen und damit vergleichbaren Ausgangslage für die Herstellung normativer Gleichheit radikal in Frage. Gerade diese empirische Fundierung hebt den Ansatz von rein formal-dogmatischen Konzeptionen ab. Erfahrungen von Diskriminierung, Unterordnung und struktureller Benachteiligung werden nicht als Einzelfälle oder zufällige Effekte verstanden,

---

17 *Ute Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl. 1996.

18 Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Susanne Baer*, *Würde oder Gleichheit? Zur rechtlichen Konstruktion von Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung*, 1996, die das Gleichheitsgrundrecht nicht als formales Gebot gleicher Behandlung, sondern als materiellen Anspruch auf Anerkennung und Teilhabe versteht.

sondern als Indikatoren tieferliegender gesellschaftlicher Machtasymmetrien, die das Recht aufnehmen und bearbeiten muss.

Dies hat erhebliche Auswirkungen auf die rechtswissenschaftliche Methode der Auslegung von Art. 3 Abs. 2 GG. Wenn Gleichheitsdogmatik nicht allein auf abstrakten Differenzkategorien basiert, sondern die empirische Dimension sozialer Wirkungen berücksichtigt, verändert sich das methodische Selbstverständnis: Verfassungsrechtliche Argumentation wird durch die Einsicht geleitet, dass Normen soziale Machtverhältnisse nicht neutral abbilden, sondern entweder reproduzieren oder transformieren können. Das Dominierungsverbot fungiert hier als Korrektiv, das die Rechtspraxis zwingt, soziale Realitäten in den Auslegungsvorgang einzubeziehen. Dies führt zu einer Hermeneutik, die stärker auf materielle Gerechtigkeit zielt, da sie danach fragt, ob die Anwendung des Rechts bestehende Machtasymmetrien perpetuiert oder ob sie zu deren Abbau beiträgt. In diesem Sinne eröffnet *Ute Sacksofskys* Ansatz nicht nur eine neue dogmatische Perspektive auf das Gleichheitsrecht, sondern auch eine methodische Orientierung, die das Ziel verfolgt, gerechte Ergebnisse zu erreichen.

## II. Relationale Freiheit

Mit ihren späteren Überlegungen zur relationalen Freiheit hat *Ute Sacksofsky* einen Ansatz entwickelt, der die Freiheitsgarantien des Grundgesetzes nicht als isolierte Abwehrrechte, sondern im Kontext sozialer Abhängigkeiten und zwischenmenschlicher Beziehungen versteht.<sup>19</sup> In ihrem neueren Aufsatz „Relationale Freiheit“ bietet sie eine Entwicklung des grundrechtlichen Freiheitsverständnisses: Freiheit ist kein individueller, isolierter Anspruch, sondern existiert immer in Bezug zu den Freiheiten anderer und innerhalb der sozialen Bedingungen, die sie erst ermöglichen. Damit wendet sie sich gegen ein liberalistisches Verständnis, das Grundrechte auf staatliche Abwehrrechte reduziert und bettet Freiheit im Sinne des Grundgesetzes kontextuell ein – sie entfaltet sich innerhalb sozialer Beziehungen und ist von deren Struktur abhängig.<sup>20</sup>

Ein individualistisches Autonomieverständnis betont Unabhängigkeit und Abwehr äußerer Einflüsse, idealisiert Autarkie und blendet soziale

19 *Ute Sacksofsky*, Relationale Freiheit – Philosophische Wurzeln und grundrechtstheoretische Implikationen, in: Klaus Günther/Uwe Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben? Das Abwägungsproblem der Zukunft, 2022, S. 180–198.

20 *Sacksofsky* (Fn. 19), S. 183 ff.

Verflechtungen aus, die historisch mit Sorge, Fürsorge und Abhängigkeit – also weiblich konnotierten Tätigkeiten – verbunden sind. *Sacksofsky* greift hier feministische Kritik auf, die die Verwobenheit des Subjekts in soziale Kontexte betont. Autonomie bedeutet in ihrem Verständnis nicht Selbstgenügsamkeit, sondern die Fähigkeit zur Selbstreflexion und zur Rechenschaft über eigene Lebensentwürfe – vorausgesetzt, dass die sozialen Bedingungen dies ermöglichen. Sie setzt authentische Entscheidungsfähigkeit voraus und ist damit ein graduelles, kontextabhängiges Konzept.

Relationale Freiheit gründet auf der Einsicht, dass menschliches Leben durch soziale Beziehungen strukturiert ist und auch das autonome ein zudem relationales Subjekt ist, das sich immer auch in Beziehungen zu und mit anderen entfaltet.<sup>21</sup> Solch relationale Freiheit bedeutet jedoch keinen Vorrang der Gemeinschaft gegenüber dem Individuum, sondern verlangt Offenheit für unterschiedliche Auffassungen vom guten Leben. Damit ist relationale Freiheit pluralistisch zu rekonstruieren.<sup>22</sup>

*Ute Sacksofskys* Ansatz verschiebt damit die Perspektive auf die Grundrechte. Auch wenn diese traditionell als Abwehrrechte verstanden werden, adressieren sie Menschen nie nur als isolierte Individuen, sondern immer auch in ihrer sozialen Eingebundenheit. Grundrechte schützen jedoch nicht nur Individuen vor staatlichen Eingriffen, sie (mit)strukturieren auch soziale Beziehungen. Am Beispiel der Allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) verdeutlicht *Sacksofsky*, dass schon die Bestimmung des Schutzbereichs relational beeinflusst ist. Anders jedoch als Ansätze in der Literatur, die die Begrenzung des Schutzbereich über einen „Friedlichkeitsvorbehalt“ herleiten – *Ute Sachksofsky* verdeutlicht mit einem Verweis auf die Kontroverse um den Gewaltbegriff bei friedlichen Demonstrationen die Gefahr unterschiedlicher Schutzstandards –, schlägt sie im Gegensatz eine relationale Perspektive vor: Verhalten, das die wechselseitige Anerkennung als Freie und Gleiche negiert – etwa Mord oder ein vermeintliches „Recht auf Umweltverschmutzung“ – falle nicht unter den Schutzbereich. Gleichzeitig gewinne jedoch auch Verhalten, das scheinbar banal, für manche jedoch zentral für die individuelle Entfaltung ist, an Bedeutung; jede Freiheitsbeschränkung bedürfe insofern einer Rechtfertigungsprüfung.<sup>23</sup> Gera-

---

21 So auch *Anna Katharina Mangold*, *Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie*, VVDStRL 80 (2021), S. 13 f.

22 *Sacksofsky* (Fn. 19), S. 198.

23 *Sacksofsky* (Fn. 19), S. 189 f.

de mit Letzterem stellt *Ute Sacksofsky* einen direkten Verbindungspunkt zu Ansätzen her, die die Situiertheit von Wissen und Erfahrung fokussieren.

Auch für die Rechtfertigung von Eingriffen gewinnt die relationale Perspektive Bedeutung. Sie rechtfertigt weder paternalistische Eingriffe noch einen generellen Vorrang „gemeinschaftlicher Ordnung“. Vielmehr verlangt sie eine sorgfältige Prüfung, die Traditionen oder diffuse Ordnungsvorstellungen – wie im EGMR-Urteil zur Vollverschleierung – nicht ausreichen lässt. Relationale Autonomie verpflichtet dazu, die Perspektive der Anderen ernst zu nehmen und wechselseitige Anerkennung praktisch zu verwirklichen.<sup>24</sup>

Auch für den Bereich der Leistungsrechte eröffnet *Sacksofsky* Anwendungsmöglichkeiten einer relationalen Perspektive. Relational verstandene Autonomie könne nicht nur anerkannte Ansprüche wie das Recht auf Sicherung des Existenzminimums begründen, sondern auch Ansprüche auf gesellschaftliche Infrastruktur wie Kinderbetreuung. Denn die Autonomie von Eltern werde erheblich eingeschränkt, wenn sie dauerhaft allein für die Betreuung verantwortlich seien; vor allem ein kompletter Ausfall öffentlicher Angebote – etwa während der Pandemie – potenziere diese Belastung über ein zumutbares Maß hinaus. Relationale Autonomie verlange daher, Kinderbetreuung als gesamtgesellschaftliche Aufgabe zu verstehen und nicht als private Sorgspflicht oder Sonderleistung.<sup>25</sup>

Für den Schutz relationaler Autonomie ist schließlich die Schutzpflichtfunktion der Grundrechte zentral. Sie gewährleistet, dass auch Gefahren für Freiheit, die von Dritten ausgehen, rechtlich erfasst werden. Dies verdeutlicht *Sacksofsky* am Beispiel häuslicher Gewalt: Angst und Bedrohung in intimen Beziehungen blockieren autonome Lebensführung, jedoch sei dies viel zu lange rechtlich nicht adäquat aufgegriffen und umgesetzt worden. *Sacksofsky* bezieht sich hier explizit auf das juristische Ignorieren von marginalisierten Erfahrungen: „Die Leidensgeschichten von Frauen, die von häuslicher Gewalt bedroht sind, sind erschreckend; lange wurden ihre Geschichten nicht gehört.“<sup>26</sup> In dem zweiten von ihr angeführten Beispiel verweist sie auf den Verlust von Autonomie in institutionellen Abhängigkeiten, etwa in Pflegeheimen. Angst, Isolation und fehlende Selbstbestimmung blockieren autonome Lebensführung. Relationale Autonomie fordert daher

24 *Sacksofsky* (Fn. 19), S. 191 f.

25 *Sacksofsky* (Fn. 19), S. 193 f.

26 *Sacksofsky* (Fn. 19), S. 195.

rechtliche und institutionelle Konzepte, die Selbstbestimmung und soziale Nähe auch in Krisenzeiten ermöglichen.

### *E. Fazit*

Methode im Recht fungiert als Brücke zwischen abstrakten Normen und konkreten Entscheidungssituationen. Die Anwendung methodischer Standards dient der Reduzierung von Willkür, indem sie eine einheitliche und nachvollziehbare Herangehensweise an die Entscheidungsfindung gewährleistet. Zugleich erzwingt sie eine rational nachvollziehbare Begründung und trägt damit zur Stärkung der rechtlichen Legitimationskraft bei. Methodische Genauigkeit garantiert dabei nicht automatisch gerechte Ergebnisse, schafft aber den Rahmen für transparente Argumentation: Sie zwingt dazu, Wertungen offenzulegen, konkurrierende Interessen zu gewichten und normative Prämissen nachvollziehbar zu machen. Dies verdeutlicht, dass Gerechtigkeit nicht allein am Ergebnis gemessen werden kann, sondern auch an der Qualität des methodischen Prozesses, durch den dieses Ergebnis hervorgebracht wird.

Die Idee einer „Gerechtigkeit durch Methode“ verweist auf die Einsicht, dass juristische Methoden nicht bloß neutrale Instrumente oder Regeln, sondern selbst Strukturprinzipien rechtlicher Wirklichkeitsproduktion sind. Sie entscheiden darüber, welche Erfahrungen und Perspektiven Eingang in den Rechtsdiskurs finden, welche Formen sozialer Ungleichheit sichtbar werden und welche unbemerkt fortbestehen. In dieser Einsicht liegt der zentrale Gedanke: Methode ist nicht Mittel zum Zweck, sondern gleichzeitig auch Weg der Gerechtigkeitsfindung.

Darüber lässt sich eine materielle Dimension von Methode erkennen – nämlich dann, wenn methodische Rationalität mit sozialer Realität verbunden wird. Ein solcher Ansatz macht die Schritte juristischer Argumentation nachvollziehbar und überprüfbar, während er zugleich Formen der Positionierung und Betroffenheit sowie strukturelle Machtasymmetrien sichtbar werden lässt. „Gerechtigkeit durch Methode“ bedeutet dann, rechtliche Prinzipien nicht nur formal, sondern in ihrer sozialen Realität zu begreifen. Gerechtigkeit zeigt sich nicht erst im Ergebnis, sondern bereits im Prozess der rechtlichen Erkenntnis. So entsteht ein Recht, das sowohl an die dogmatische Tradition anschlussfähig bleibt als auch ihre Horizonte erweitert.

Diese Doppelperspektive findet sich in den Arbeiten *Ute Sacksofskys* wieder. In ihren Arbeiten verknüpft sie die beiden Säulen Staatsrecht und Ge-

schlechterstudien und verbindet normative Rationalität mit methodischer Reflektiertheit und Pluralisierung. Ihre Ansätze zu den grundrechtlichen Konzepten Freiheit und Gleichheit lassen sich so auch als Gerechtigkeit durch Methode verstehen, indem sie die Auslegung und Abwägung von Grundrechten immer auch auf empirische Machtverhältnisse und soziale Verflechtungen bezieht.



# Klassismus als Rechtsthema

*Nazli Aghazadeh-Wegener*

## A. Einleitung

Gegenstand dieses Beitrags ist die Frage, wann und wie Klassismus zum Rechtsthema wird. Ausgangspunkt hierfür sind die grundlegenden Einsichten, die *Ute Sacksofsky* für die Debatte um Geschlechtergerechtigkeit geprägt hat: Diskriminierungsschutz bedeutet nicht nur formal gleiches Recht, sondern vielmehr die Berücksichtigung faktischer Macht- und Ungleichheitsverhältnisse im Recht. Übertragen auf das gesellschaftliche Problem Klassismus zeigt sich, dass die soziale Herkunft, die ökonomische Lage und Bildungszugänge rechtliche Teilhabe maßgeblich prägen, auch wenn das Recht selbst neutral formuliert ist. Das „neutrale“ Recht produziert oder reproduziert dabei Ungleichheit, indem es Machtasymmetrien nicht konsequent adressiert.

Im Mittelpunkt des Beitrags stehen zwei Leitfragen: Werden die Gleichheitsgarantien des Grundgesetzes der Realität klassistischer Diskriminierungserfahrungen gerecht? Und welche Rolle kann das materiale Gleichheitsverständnis dabei spielen, diese Diskriminierungserfahrungen zu sehen und zu adressieren?

Entlang dieser Fragen lässt sich nicht nur der breite „tote Winkel“ einer formalen Gleichheitsdogmatik veranschaulichen, sondern auch skizzieren, wie ein weitergedachter materialer Ansatz unter Einbeziehung des Sozialstaats rechtliche Antworten auf das gesellschaftliche Problem Klassismus bereithält.

## B. Erfasst das Gleichheitsrecht Klassismus?

Hauptanknüpfungspunkt ist das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 S.1 GG. Die Rechtsprechung und überwiegende Kommentarliteratur bleiben an einer formalen Interpretation der Kategorie soziale „Herkunft“ orientiert. Dies hat zur Folge, dass Erfahrungen klassistischer Benachteiligung nur in Teilen in das Blickfeld des Gleichheitsrechts fallen. Demgegenüber

definiert sich klassistische Ungleichbehandlung typischerweise nicht als eine Frage rechtlicher Differenzierung, sondern als eine Frage asymmetrischer Ausgangsbedingungen und faktisch unterschiedlicher Entfaltungsmöglichkeiten, je nach Herkunft, Einkommen, Bildung und weiteren sozioökonomischen Indikatoren.

Ein formal gelesenes Diskriminierungsverbot begreift diese Dynamik nicht. Wo Normen sich nicht unterscheiden, aber unterschiedlich für sozioökonomisch Privilegierte und Benachteiligte wirken, läuft die Prüfung an sozioökonomischen Kategorien des Gleichheitsrechts leer. Die Ungleichheitsforschung kontrastiert diese Lücke im Spiegel der Realität, in der neutrale Rechtsnormen die sozioökonomische Benachteiligung und klassistische Zuschreibung verstärken.

### I. Was macht klassistische Diskriminierungserfahrungen aus?

Unter klassistischen Diskriminierungserfahrungen lassen sich Praktiken und Einstellungen fassen, die Menschen aufgrund ihrer tatsächlichen oder zugeschriebenen sozioökonomischen Lage abwerten, ausschließen oder in ihrer Chancenwahrnehmung beschneiden und damit die faktische Nutzbarkeit von Rechten einschränken. In der Ungleichheitsforschung wird Klassismus beschrieben als „strukturelle, institutionelle, kulturelle oder auch individuelle Praktiken und Einstellungen, die Menschen aus unteren sozioökonomischen Klassen bzw. Klassenmilieus stigmatisieren und/oder diskriminieren und soziale, kulturelle oder ökonomische Hegemonien produzieren oder reproduzieren“.<sup>1</sup>

Klassistische Benachteiligung meint vor allem, aber nicht nur, einen diskursiven Prozess. Dieser hängt allerdings eng mit materiellen Fragen – also Fragen der ungleichen Verteilung von sozioökonomischen Ressourcen – sowie institutionellen Prozessen zusammen.<sup>2</sup> Die Benachteiligung knüpft an die ungleiche Verteilung von ökonomischem, sozialem, kulturellem und

---

1 Siehe Markus Gamper/Annett Kupfer, *Klassismus*, 2023, S. 129; ähnlich: Andreas Kemper/Heike Weinbach, *Klassismus*, 3. Aufl. 2020, S. 17 ff.; vgl. ferner Chuck Barone, *Political Economy of Classism: Towards a More Integrated Multilevel View*, *Review of Radical Political Economics* 30 (1998), S. 1 (2 ff.).

2 Mit weiteren Beispielen und Fallkonstellationen, siehe Nazli Aghazadeh-Wegener, in: Alexander Klose/Doris Liebscher/Maria Wersig/Michael Wrase (Hrsg.), *HK-LADG Berlin*, 1. Aufl. 2025, § 2 (Sozialer Status), Rn. 236.

symbolischem Kapital im Sinne *Pierre Bourdieus* an.<sup>3</sup> Das tatsächliche oder vermutete Verfügen oder Nicht-Verfügen über solches Kapital beschreibt die – vermutete bzw. tatsächliche – sozioökonomischen Lage einer Person in der Gesellschaft. Damit gehen unterschiedliche Anerkennungsformen und Wertschätzung einher.<sup>4</sup> Klassistische Benachteiligungen reichen von offenen Stigmatisierungen („faul“, „bildungsfern“, „asozial“) über subtile Formen der Nicht-Anerkennung bis zu institutionellen Praktiken, die Zugänge systematisch erschweren. So kann sich eine klassistische Benachteiligung etwa auch in bürokratischen Routinen und Hürden zeigen.<sup>5</sup> Eine klassistische Benachteiligung ist beispielsweise das Scheitern einer Bewerbung, wenn sie im Zusammenhang damit steht, dass eine Adresse aus einem „sozialen Brennpunkt“ angegeben ist, ein abgewerteter Akzent gesprochen wird oder ein Bildungshabitus fehlt. Klassistische Benachteiligung drückt sich auch darin aus, dass Eltern mit geringem Einkommen seltener Kita-plätze bekommen oder sie bei der Schulwahl für ihre Kinder auf „passendere“ Bildungsgänge verwiesen werden.<sup>6</sup>

Die gesellschaftliche Relevanz und Verbreitung klassistischer Benachteiligung ist inzwischen empirisch vielfältig belegt.<sup>7</sup> Auf der Studienlage zur

- 
- 3 Gemeint sind Zugang zu Vermögen, Besitz und Eigentum (ökonomisches Kapital), Bildungsabschlüsse sowie Sprach- und Habitusprägung und Besitzen bestimmter Objekte (kulturelles Kapital), Zugang zu Netzwerken und einflussreichen Personen (soziales Kapital) sowie Ansehen, Titel oder Nachname (symbolisches Kapital), siehe grundlegend *Pierre Bourdieu*, Ökonomisches Kapital, kulturelles Kapital, soziales Kapital, in: Reinhard Kreckel (Hrsg.) *Soziale Ungleichheiten*, 1983, S. 183.
  - 4 Vgl. *Kemper/Weinbach* (Fn. 1), S. 17 ff.; vgl. aus rechtswissenschaftlicher Perspektive *Cara Röhner*, § 11 Sozioökonomische Diskriminierung, in: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, S. 475, 476 ff.
  - 5 Siehe *Aghazadeh-Wegener* (Fn. 2), § 2 (sozialer Status), Rn. 236.
  - 6 Zur Ungleichheit bei der KiTa-Platzvergabe siehe die Studie der BiB: Pressemitteilung BiB v. 10.3.2023, <https://www.bib.bund.de/DE/Presse/Mitteilungen/2023/2023-03-10-Kinder-aus-benachteiligten-Familien-bekommen-seltener-KiTa-Platz.html>.
  - 7 Siehe etwa *Steffen Beigang/Karolina Fetz/Dorina Kalkum/Magdalena Otto*, Diskriminierungserfahrungen in Deutschland. Ergebnisse einer Repräsentativ- und Betroffenenbefragung, ADS (Hrsg.), Stand 2017, S. 295, abrufbar unter [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise\\_diskriminierungserfahrungen\\_in\\_deutschland.html](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/expertise_diskriminierungserfahrungen_in_deutschland.html) (letzter Abruf 7.1.2026); siehe ferner *Andreas Zick/Beate Küpper/Nico Mokros* (Hrsg.), *Die distanzierte Mitte. Rechtsextreme und demokratiegefährdende Einstellungen in Deutschland 2022/23*, 2023, S. 165 f.; sowie die Studien bei *Gamper/Kupfer* (Fn. 1), S. 163 ff.; zu Stigmata gegenüber sozioökonomisch benachteiligten Menschen siehe auch Europäische Kommission, *Special Eurobarometer 355: Poverty and Social Exclusion*, Stand 2010, S. 64.

Wirkmacht von Klassismus für die individuelle Persönlichkeitsentwicklung und in der Gesellschaft allgemein gründet etwa die Anerkennung der Kategorie „sozialer Status“ im Berliner Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG).<sup>8</sup> Ein wesentliches Kennzeichen klassistischer Benachteiligung ist ihr intersektionaler Charakter. Regelmäßig tritt Klassismus verschränkt mit anderen Diskriminierungsdimensionen auf, vor allem mit sexistischer und rassistischer Zuschreibung.<sup>9</sup> Klassistische Zuschreibungen werden etwa durch die Verschränkung mit äußerlich erkennbaren Merkmalen – etwa Hautfarbe oder sekundäre Geschlechtsmerkmale – ausgelöst oder verstärkt.<sup>10</sup>

## II. Welche Bedeutung hat das Gleichheitsverständnis für die Sichtbarkeit klassistischer Benachteiligung im Recht?

Schaut man auf klassistische Diskriminierungserfahrungen mit der Brille formaler Gleichheit, tritt vor allem eines hervor: Der Rechtstext behandelt im Allgemeinen alle gleich, also wird Abweichendes als Ergebnis individueller (Fehl-)Entscheidung, mangelnder Anstrengung und damit der Eigenverantwortung gelesen. Aus dieser Perspektive erscheinen Armut, Bildungsabbrüche, Erwerbs- oder Wohnungslosigkeit als private Risiken, die rechtlich nur am Rande relevant sind. Die festgeschriebenen Strukturen, in denen solche Risiken entstehen und sich verfestigen, geraten aus dem Blick und dem Verantwortungsbereich des sozialen Rechtsstaats – genau

---

8 Alexander Klose, Diskriminierungsschutz stärken – ein Landesantidiskriminierungsgesetz für Berlin, in: Senatsverwaltung für Integration, Arbeit und Soziales (Hrsg.), Gleichbehandlung ist Ihr gutes Recht! Ein Landesantidiskriminierungsgesetz für Berlin, 2011, S. 33 (69 f., 71, 73 f.); sowie Aghazadeh-Wegener (Fn. 2), § 2 (sozialer Status), Rn. 215; ferner gibt es vergleichbare Gesetzesentwürfe in Baden-Württemberg, abrufbar unter: [https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/Dokumente/240202\\_Entwurf\\_Gleichbehandlungsgesetz.pdf](https://beteiligungsportal.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/beteiligungsportal/Dokumente/240202_Entwurf_Gleichbehandlungsgesetz.pdf); sowie ähnliche Bestrebungen in Rheinland-Pfalz, abrufbar unter: [https://www.rlp.de/fileadmin/02/Regierung/Regierungsbilanz/rlp\\_Koalitionsvertrag2021-2026.pdf](https://www.rlp.de/fileadmin/02/Regierung/Regierungsbilanz/rlp_Koalitionsvertrag2021-2026.pdf), S. 142; Bremen, Brandenburg und Thüringen bieten bereits verfassungsrechtlichen Schutz vor Diskriminierung aufgrund der „sozialen Stellung“, siehe Art. 2 Abs. 2 BremVerf.; Art. 12 Abs. 2 BbgVerf.; Art. 2 Abs. 3 ThürVerf.

9 Siehe m.w.N. Nazli Aghazadeh-Wegener, Frauen, die von Klassismus betroffen sind – Wie das Sozialrecht intersektionale Benachteiligung verfestigt, *djbZ* 28 (2025), S. 8.

10 Vgl. Olaf Groh-Samberg/Corinna Kleinert/Dirk Konietzka, Was ist soziale Ungleichheit? Konzeptionelle Perspektiven, in: bpb (Hrsg.) Informationen zur politischen Bildung, Heft 1/2023: Soziale Ungleichheit, S. 8.

jene sedimentierten Macht- und Verteilungsverhältnisse, die das Phänomen Klassismus ausmachen. Mit *Anatole France* lässt sich die Logik von formaler Rechtsgleichheit zuspitzen: »[U]nter der majestätischen Gleichheit des Gesetzes, [ist es] Reichen wie Armen [verboten], unter Brücken zu schlafen, auf den Straßen zu betteln und Brot zu stehlen.«<sup>11</sup> Gleiche Lebenschancen folgen aus formaler Gleichheit jedenfalls nicht. Es bedarf einer gleichen Verteilung von Lebenschancen, d.h. der statusbasierten und materiellen Voraussetzungen von Chancengleichheit.

Hieran setzt das materiale Gleichheitsverständnis an.<sup>12</sup> Es fragt nicht nur, ob Normen neutral formuliert sind, sondern welche Wirkungen sie unter realen Bedingungen entfalten.<sup>13</sup> Damit werden scheinbar neutrale Zugangsvoraussetzungen sichtbar, die faktisch nur von privilegierten Gruppen erfüllbar sind: Kosten-, Zeit- und Wissensanforderungen, die wie verdeckte Zugangsbeschränkungen wirken sowie standardisierte Bewertungsmaßstäbe, die Habitus, Sprache oder Erwerbsbiographien als Ausschlusskriterien kodieren. Die materiale Gleichheitsperspektive erkennt, dass gesellschaftliche Machtasymmetrien die Möglichkeit zur „Eigenverantwortung“ begrenzen.<sup>14</sup> Effektiver Diskriminierungsschutz muss aus materialer Sicht Strukturen entgegenwirken können, die die Möglichkeit der Selbstbestimmung beeinträchtigen.<sup>15</sup> Wer etwa zwischen prekärer Erwerbsarbeit, Fürsorgepflichten und bürokratischen Hürden abwägt, und/oder gesellschaftlicher Stigmatisierung ausgesetzt ist, verfügt nicht über dieselben Lebenschancen, wie jemand mit stabilem Einkommen, verlässlicher Kinderbetreuung und institutioneller Anschlussfähigkeit.

Diese Perspektive ist doppelt folgenreich. Erstens macht sie klassistisch-intersektionale Benachteiligungen überhaupt erkennbar: Sie fokussiert das

11 *Anatole France*, *Die rote Lilie*, 1919, S. 112 (frz. Original „Le lys rouge“ von 1894).

12 Gemeint ist das maßgeblich von *Catharine MacKinnon* entwickelte Konzept materialer Gleichheit: *Catharine MacKinnon*, *Feminism Unmodified – Discourse on Life and Law*, 1987, S. 32 ff.; *dies.*, *Toward a feminist theory of the state*, 1989, S. 215 ff.; für den deutschen Kontext grundlegend: *Ute Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl. 1996, 312 ff. und 349 ff.; sowie *Susanne Baer*, *Würde oder Gleichheit? – Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA*, 1995, S. 221 ff.

13 *Ute Sacksofsky*, § 14 Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, in: Anna Katharina Mangold/Mehrdad Payandeh (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht*, 2022, S. 597 (Rn. 27).

14 Vgl. *Ute Sacksofsky*, *Autonomie und Fürsorge*, KJ 54 (2021), S. 47 (48 ff.); sowie *Sacksofsky* (Fn. 12), insbes. S. 312 ff. und 349 ff.

15 Vgl. *Sacksofsky*, *Autonomie und Fürsorge* (Fn. 14), S. 48 ff.

strukturelle Zusammenwirken von Stigma, institutionellen Hürden und materiellen Nachteilen statt sie als individuelle Defizite zu verbuchen. Zweitens liefert sie Maßstäbe für die rechtliche Adressierung: Eröffnen oder verschließen Normen und Verfahren faktisch den Zugang für sozioökonomisch benachteiligte Personen? Damit ist die „Brille“ materialer Gleichheit Grundbedingung, um klassistische Benachteiligungen im Recht zu sehen – und Schutz vor ihnen wirksam zu gewährleisten.

### III. Welche Antworten vermag das Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes auf klassistische Benachteiligung zu geben?

Aus der materialen Gleichheitsperspektive stellt sich die Frage, ob Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG klassistische Diskriminierungserfahrungen in der Gesellschaft überhaupt erfasst und ob es geeignet ist, Klassismus wirksam zu adressieren. Es dürfte kaum zu bestreiten sein, dass das Diskriminierungsverbot in Bezug auf die Kategorie soziale „Herkunft“ mehr als nur formale Differenzierung erfasst. Maßgeblich durch *Ute Sacksofsky* in Bezug auf die Kategorie „Geschlecht“ geprägt, ist das Diskriminierungsverbot als Dominierungsverbot zu lesen, welches – fest in die Gesellschaft eingeschriebene – diskriminierende Strukturen in den Blick nimmt.<sup>16</sup> Bezüglich der Auslegung der einschlägigen Kategorie soziale „Herkunft“ bleiben die Rechtsprechung und die überwiegende Kommentarliteratur aber bei einem punktuell materialen Ansatz. So bleibt die dominierende Grundformel der Eigenverantwortlichkeit unhinterfragt<sup>17</sup> und damit die Fiktion individueller Autonomie grundlegend, die annimmt, jede\*r sei des eigenen Glückes bzw. seiner sozioökonomischen Lage Schmied, solange Herkunftsbedingungen im „Jetzt“ nicht zwingend sind.<sup>18</sup> Ferner wird der Schutz unter der Kate-

---

16 *Sacksofsky* (Fn. 12), S. 312 f.; sowie *dies.*, § 19 Gleichheitsrechte, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus Gärditz (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2021, S. 1229 (Rn. 79 ff.).

17 Mit Ausnahme einiger, insbesondere *Susanne Baer/Nora Markard*, in: Peter M. Huber/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *GG*, 8. Aufl. 2024, Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 501 ff.; anders konzipiert ist die Kategorie „sozialer Status“ im Berliner LADG, mit der Grundannahme, dass Zuordnungen eines sozialen Status „durch die gesellschaftlichen Strukturen von außen an [diese] herangetragen und [...] nicht in erster Linie nur durch eigene Aktivitäten selbst bestimmt und jederzeit geändert werden [können]“; siehe *Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG)*, Abgh-Drs. 18/1996, 12.06.2019, S. 22 f.

18 Vgl. *Sacksofsky*, *Autonomie und Fürsorge* (Fn. 14), S. 48 ff.

gorie soziale „Herkunft“ nach wie vor symmetrisch verstanden, d.h. auch Benachteiligungen für strukturell privilegierte Personen und Gruppen erfassend.<sup>19</sup> Die mangelnde Konsequenz eines – die strukturellen Dynamiken durchdringenden – materialen Gleichheitsverständnisses in der Anwendung der Kategorie hat erhebliche Folgen für die Wirksamkeit des Diskriminierungsverbots.

Der maßgebliche Ausgangspunkt für die Betrachtung unter dem Diskriminierungsverbot bleibt der sogenannte „Armenrechts-Beschluss“ von 1959: Das Bundesverfassungsgericht hat „Herkunft“ darin als „von den Vorfahren hergeleitete soziale Verwurzelung“ definiert, also als etwas Überkommenes, das zwar fortwirkt, aber „von der gegenwärtigen Lage [...] unabhängig“ ist.<sup>20</sup> Explizit *nicht* erfasst sein soll die „in den eigenen Lebensumständen begründete[n] Zugehörigkeit zu einer bestimmten sozialen Schicht“.<sup>21</sup> Diese Lesart verengt den Schutzbereich faktisch auf Fälle eines unmittelbaren, quasi determinierenden Herkunftsbezugs (z.B. schulische Weichenstellungen, die explizit an elterliches Bildungskapital anknüpfen), während viele typische klassistische Diskriminierungserfahrungen regelmäßig als „eigene“ Umstände aussortiert werden. Diese Wertung des Bundesverfassungsgerichts entstammt dem historischen Kontext der 1950er Jahren, in denen historische Erfahrungen einer starren Klassen- bzw. Ständegesellschaft sicherlich noch präsenter waren,<sup>22</sup> und ein generelles Unbehagen bestand, sozioökonomische Ungleichheitserfahrungen mit Diskriminierung in Verbindung zu bringen.<sup>23</sup> Anknüpfend an die grundlegende Interpretation des Bundesverfassungsgerichts wird in der Literatur weithin angenommen, dass die Kategorie auf die Absicherung sozialer Mobilität ausgerichtet ist<sup>24</sup> und nicht per se auf sozioökonomische Ungleichheitser-

---

19 Siehe m.w.N. Doris Liebscher, Mit Recht gegen Klassismus? Grundlegende und praktische Einblicke in ein kompliziertes Verhältnis, in: Sebastian Seng/Dyana Rezene/Ansgar Drücker (Hrsg.), *Klassismus und Rassismus*, 2022, S. 101, 105; anders als die Kategorie „sozialer Status“ im Berliner LADG, siehe zur material-asy-mmetrischen Lesart Aghazadeh-Wegener (Fn. 2), § 2 (sozialer Status), Rn. 226.

20 BVerfGE 9, 124 (128 f.) – *Armenrecht* [1959].

21 Ebd. (129).

22 Vgl. Christine Langenfeld, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Ruppert Scholz (Hrsg.), GG, Bd. I, Stand: Mai 2015, Art. 3 Abs. 3 Rn. 60.

23 Stephan Rixen, in: Jens Kersten/Stephan Rixen/Berthold Vogel (Hrsg.), *Ambivalenzen der Gleichheit*, 2021, S. 12 ff. m.w.N.

24 Vgl. m.w.N. Baer/Markard (Fn. 17), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 503.

fahrungen.<sup>25</sup> Die historische Kontextualisierung ist nicht nur ein Hinweis auf Problemursachen – denn es gibt keine neuere Rechtsprechung zur Kategorie –, sondern auch auf die Notwendigkeit, die Grundformel kritisch zu hinterfragen.

Aktuelle sozialwissenschaftliche Befunde zu „vererbten“ Benachteiligungen lassen diese Trennlinie zwischen eigenen Lebensumständen und herkunftsbedingten Umständen allerdings als künstlich erscheinen: Tatsächlich wirkt die soziale Herkunft über die unterschiedlichen Kapitalformen fort und prägt Lebenschancen, ohne dass formale bzw. ständische Schranken bestehen müssten.<sup>26</sup> Ob es eine lediglich „in den eigenen Lebensumständen begründete“ Schichtzugehörigkeit und eine soziale Herkunft, die von der „gegenwärtigen Lage [...] unabhängig ist“, überhaupt gibt, darf also aus Sicht heutiger Erkenntnisse angezweifelt werden. Jedenfalls ist eine scharfe Trennung (nahezu) unmöglich.<sup>27</sup>

Fakt ist aber, dass die verfassungsrechtliche Erfassung klassistischer Diskriminierungserfahrungen an der juristischen Bestimmung des Bedingungs Zusammenhangs zwischen sozialer Ausgangslage und aktueller Lage hängt. Diesen Bedingungs Zusammenhang haben weder das Bundesverfassungsgericht noch die Kommentarliteratur bisher konkret aufgeklärt<sup>28</sup> – womöglich aus den genannten Gründen. Liest man den Maßstab von 1959 streng, bestünde lediglich ein Teilschutz im Hinblick auf die sozioökonomischen Umstände einer Person.<sup>29</sup> Ein Großteil klassistischer Benachteiligungen wäre nicht erfasst. So wären etwa Nachteile wegen nicht anerkannter Abschlüsse oder eines Soziolekts ausgenommen, die zwar herkunftsgestützt,

---

25 Als einer der Wenigen für eine breitere Ausrichtung argumentierend: *Robert Uerpmann-Wittzack*, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.) *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Band V/2, 2013, Strikte Diskriminierungs- und Privilegierungsverbote, S. 1081.

26 Vgl. mit entsprechenden Verweisen *Isabell Opperbeck*, *Klassismus in den Rechtswissenschaften*, 2024, S. 84: „Der sozioökonomische Status wird in der Regel vererbt, wobei insbesondere das Bildungssystem die soziale Reproduktion flankiert“; vgl. ferner auch *Thorsten Kingreen*, in: Wolfgang Kahl/Christian Waldhoff/Christian Walter (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Stand Februar 2020, Art. 3 Rn. 544 f.: „Zwar sind die Stände abgeschafft, doch gibt es neofeudalistische Strukturen, die in einem sozial geschichteten Schulsystem maßgeblich etwa über Bildungsbiografien von Menschen entscheiden und soziale Ungleichheit durch die erbschaftssteuerrechtlich weitgehend unregulierte Weitergabe von Vermögen auch über Generationen hinaus perpetuieren“.

27 In diese Richtung auch schon *Cara Röhner*, *Ungleichheit und Verfassung*, 2019, S. 128.

28 Siehe auch *Cara Röhner* (Fn. 4), S. 490.

29 Siehe auch *Baer/Markard* (Fn. 17), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 502.

aber nicht ausschließlich daraus erklärbar sind. Erfasst wären nur Fälle mit unmittelbarem Herkunftsbezug, z.B. wenn in der Schule ein Kind keine Gymnasialempfehlung bekommt, weil die Eltern selbst kein Gymnasium besucht haben bzw. der Familie geringes Bildungskapital zugeschrieben wird.

Denkt man jedoch Interpretationsansätze eines materialen Gleichheitsverständnisses konsequent weiter, wird der Schutz vor Klassismus erweitert. Dass das Potenzial einer konsequenteren materialen Lesart nicht nur in den Kategorien „Geschlecht“ und „Behinderung“ angelegt ist, sondern auch in den anderen Kategorien, erscheint vor dem Hintergrund einer sonst drohenden Hierarchisierung der Kategorien naheliegend.<sup>30</sup> Ein konsequenter materialer Interpretationsansatz wäre auch ein Impuls, die Kategorie soziale „Herkunft“ aus ihrem „Schattendasein“<sup>31</sup> zu befreien und Wirksamkeit in der komplexen gesellschaftlichen Realität zu verleihen. Grundsätzlich lässt sich für eine Öffnung der Interpretation der Kategorie soziale „Herkunft“ durchaus Rückhalt in jüngeren Rechtsprechungslinien des Bundesverfassungsgerichts finden – wenn diese auch nicht direkt auf das Diskriminierungsverbot bezogen waren.<sup>32</sup> So haben etwa die Entscheidungen zu Studiengebühren und zum Bundesausbildungsförderungsgesetz (BAföG) eine weniger formale Sicht auf den Zusammenhang von sozialer Herkunft und gegenwärtiger sozioökonomischer Lage sowie damit verbundenen Lebenschancen gespiegelt und das Verständnis struktureller sozioökonomischer Benachteiligung weiterentwickelt.<sup>33</sup> Eine erweiterte Interpretation der Kategorie soziale „Herkunft“ würde alle – vermuteten oder tatsächlichen – sozioökonomischen Ausgangslagen in der Vergangenheit erfassen, die das aktuelle Handeln und den Status einer Person als sozialer

30 Siehe *Susanne Baer*, Ungleichheit der Gleichheiten? Zur Hierarchisierung von Diskriminierungsverboten, in: Eckart Klein/Christoph Menke (Hrsg.), *Universalität – Schutzmechanismen – Diskriminierungsverbote*, 2008, S. 421 ff.; vgl. zur materialen Lesart des Diskriminierungsverbots auch *Sacksofsky* (Fn. 16), Rn. 12; sowie *dies.* (Fn. 13), Rn. 9.

31 Vgl. BVerfGE 63, 266 (303) – *Zulassung zur Rechtsanwaltschaft* [1983] (abweichende Meinung des Richters *Simon*); siehe auch *Baer/Markard* (Fn. 17), Art. 3 Abs. 2 und 3 Rn. 410.

32 Warum das Bundesverfassungsgericht etwa in der BAföG-Entscheidung nicht das Diskriminierungsverbot heranzieht, ist durchaus bemerkenswert und zu hinterfragen.

33 Siehe BVerfGE 134, 1 (15, Rn. 42) – *Studiengebühren* [2013]; BVerfG, Beschl. v. 23.9.2024, 1 BvL 9/21 – *BAföG*, Rn. 47 f.; vgl. ferner auch das Sondervotum zur Erbschaftssteuer: BVerfGE 138, 136 (255, Rn. 4) – *Erbschaftssteuer* [2014].

Akteur erheblich beeinflussen. Ob zusätzlich eigene Lebensentscheidungen oder zufällige Ereignisse in der Kausalkette zwischen Vorfahren und aktueller Lage mitwirken, wäre dann für die rechtliche Bewertung nicht entscheidend. Ob eine Diskriminierungserfahrung in den Schutzbereich der Kategorie soziale „Herkunft“ fällt, würde nicht mehr auf einer – im Gesamtbild – fiktiven Heraustrennung „selbstverschuldeter“ Lebensumstände beruhen. Der rechtliche Blick wäre also gerade nicht mehr auf die individuellen Entscheidungen und Umstände einer Person gerichtet, sondern auf die strukturellen Bedingungen, denen die Person ausgesetzt ist und in denen sie agieren muss.

Trotz einer erweiterten Auslegung der Kategorie soziale „Herkunft“ werden nicht alle klassistische Diskriminierungserfahrungen erfasst; Benachteiligungen, die nicht im Bedingungs-zusammenhang mit einer sozialen Abstammung stehen, sind nicht vom Schutz der Kategorie umfasst. Bei Kategorien wie etwa dem „sozialen Status“ im Berliner LADG werden auch solche Fälle erfasst, weil dort die soziale Herkunft nur ein Klassifikationsindiz ist.<sup>34</sup>

Aus konsequent materialer Gleichheitsperspektive fällt die Antwort auf die Frage zur Erfassung von klassistischen Diskriminierungserfahrungen damit differenziert aus: Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG bietet mit der Kategorie soziale „Herkunft“ tragfähige Anknüpfungspunkte für klassistische Benachteiligungskonstellationen, in denen herkunftsgeprägte Startlagen die heutigen Chancen maßgeblich strukturieren (insbesondere im Bildungszugang und in Übergängen in Erwerbsarbeit). Zugleich bleibt dort eine Lücke, wo Benachteiligungen ausschließlich an die aktuelle sozioökonomische Lage anknüpfen, ohne einen belastbaren Herkunftsbezug aufzuweisen.

### *C. Kann das Recht Klassismus auch wirksam adressieren?*

Auch wenn Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG mithilfe einer konsequenten materialen Auslegung Klassismus im Verfassungsrecht zumindest größtenteils sichtbar machen kann, stellt sich die Frage nach der Effektivität: Wie wirksam ist das Diskriminierungsverbot bei der Adressierung des Problems?

Das Diskriminierungsverbot richtet sich gegen statusbezogene Ungleichbehandlung, die der Staat zu verantworten hat. Material gelesen setzt

---

<sup>34</sup> Landesantidiskriminierungsgesetz (LADG), Abg-Dr. 18/1996, 12.6.2019, S. 23.

das Diskriminierungsverbot mit der Kategorie soziale „Herkunft“ dort an, wo Personen aus bestimmten, durch die soziale Herkunft geprägten sozioökonomischen Lagen bei Bildung, Arbeit, Wohnen oder Zugängen zum sozialen Sicherungssystem stärker belastet sind als andere. In dieser Lesart verpflichtet das Diskriminierungsverbot den Staat klassistische Diskriminierungen zu unterlassen und klassistische Strukturen auf dem Privatmarkt zu berücksichtigen. Das Diskriminierungsverbot wirkt umso stärker, je konsequenter es an den prozeduralen Nahtstellen ansetzt, an denen klassistische Muster typischerweise entstehen: Bei der Ausgestaltung von Zugangsvoraussetzungen, der Begründung und Dokumentation von Auswahlentscheidungen, der Vermeidung überzogener Mitwirkungslasten und einseitiger Digitalzugänge, bei realistischen Fristen und nachvollziehbaren Bewertungsmaßstäben.<sup>35</sup> Das Diskriminierungsverbot beseitigt damit verbundene Hürden reaktiv<sup>36</sup> und kann Auswahlmaßstäbe, Verfahren und gesellschaftliche Praktiken korrigieren, die Personen wegen ihrer sozialen Herkunft unmittelbar oder mittelbar benachteiligen. Es verschärft Rechtfertigungsanforderungen, macht verdeckte Wirkungen sichtbar und zwingt dazu, Verfahren so auszugestalten, dass sie reale Zugänge eröffnen statt sie zu verstellen.

Allerdings ist mit der Ausrichtung auf statusbezogene Ungleichheit zugleich auch eine dogmatische Grenze markiert. Gleichheitsgarantien sind auf die Verhinderung und Beseitigung diskriminierender Praktiken als Frage der Anerkennung<sup>37</sup> gerichtet; sie (um-)verteilen nicht unmittelbar materielle Ressourcen.<sup>38</sup> Zwar kann das Diskriminierungsverbot neben Anerkennungsfragen mittelbar auch auf die Umverteilungsdimension sozialer Ungleichheit Einfluss nehmen<sup>39</sup> – etwa, wenn die Beseitigung zuschreibungsbedingter Hindernisse zu Bildung und Erwerbstätigkeit langfristig die materielle Lage betroffener Personen verbessert. Allerdings bleiben diese Effekte nur begrenzt steuerbar und abhängig von volatilen Prozessen wie

---

35 Vgl. die Fallkonstellationen in *Aghazadeh-Wegener* (Fn. 2), § 2 (sozialer Status), Rn. 236.

36 *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion und Recht – Antidiskriminierungsrecht als Ermöglichungsbedingung der demokratischen Begegnung von Freien und Gleichen, 2021, S. 230 ff.

37 Diese Differenzierung prägend: *Nancy Fraser/Axel Honneth*, Redistribution Or Recognition? – A Political-Philosophical Exchange, 2003, S. 13.

38 Vgl. *Sandra Fredman*, Redistribution and Recognition: Reconciling Inequalities, *South African Journal on Human Rights* 23 (2007), S. 214 ff.

39 Siehe *Röhner* (Fn. 27), S. 208 f., 227 und 254.

Konjunkturzyklen, Verfügbarkeiten und Wettbewerb. Außerdem können die tief eingeschriebenen Strukturen mit Folgen über die gesamte Biografie eines Menschen, die Klassismus ausmachen, nur bedingt über die Klärung von Anerkennungsfragen gelöst werden. Wo klassistische Benachteiligung über Jahre in Form niedriger und instabiler Einkommen, unterbrochener Erwerbsbiografien, nicht anerkannter Qualifikationen oder fehlender Netzwerke fortwirkt, kann das Diskriminierungsverbot die Benachteiligung nicht allein ausgleichen. Es kann nur an den „Eingängen“ zu Chancenstrukturen ansetzen – bei Zugang, Auswahl und Bewertung –, während die „Spätfolgen“ kumulierter Nachteile vorrangig Instrumente des Sozialstaats erfordern. Das bedeutet keine Trennung der Sphären von Gleichheitsrecht und Sozialstaat, sondern eine Arbeitsteilung: Gleichheitsrecht definiert die Anforderungen an faire Verfahren, der Sozialstaat stellt die Mittel bereit, um reale Angleichung zu ermöglichen. Dieses Zusammenwirken bildet den Kern des von *Sandra Fredman* entwickelten „tieferen Verständnisses von materialer Gleichheit“<sup>40</sup>, das Anerkennung und Umverteilung nicht als Gegensätze, sondern als ineinandergreifende Anliegen begreift.

Während das Diskriminierungsverbot dort unmittelbare Barrieren beseitigen kann, wo z.B. Kriterien und Verfahren ohne tragfähige Rechtfertigung bestimmte Bildungs- oder Erwerbsbiografien benachteiligen, bleiben die langfristigen Folgen – etwa geringere Rentenanwartschaften infolge jahrelanger Beschäftigung unterhalb der Qualifikation – davon aber unberührt. Sie verlangen nach verteilungsbezogenen Korrekturen wie der Ressourcenbereitstellung im Rahmen von Anerkennungs- und Anrechnungsmechanismen oder gezielten Qualifizierungswegen. Erst das Zusammenspiel von Gleichheitsrecht und Sozialstaatsprinzip verhindert, dass die gleichheitsrechtlich punktuell adressierte Barriere faktisch die Lebenschancen betroffener Personen weiter beeinträchtigt.

Die Frage nach der Wirksamkeit stellt sich also als Frage nach der richtigen Verbindung von Gleichheitsgarantien und Sozialstaatsprinzip. Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, material gelesen, zielt auf die reaktive Beseitigung benachteiligender Routinen: Das Diskriminierungsverbot zwingt zu plausiblen Rechtfertigungen für scheinbar neutrale Kriterien, die in der Lebenswirklichkeit Menschen aber ungleich treffen; es eröffnet den Blick auf mittelbare Diskriminierung und verhindert, dass ungleiche Wirkungen hinter „neutralen“ Formeln verschwinden; und es verlangt Verfahren, die die tatsächliche Inanspruchnahme von Rechten ermöglichen. Wo jedoch Ressourcenunter-

---

40 *Fredman* (Fn. 38), S. 234 (Orig.: „deeper understanding of substantive equality“).

schiede die Lebenschancen prägen, braucht es zusätzlich die verteilungsbezogene Korrektur. Das Sozialstaatsprinzip ergänzt die Schutzrichtung, indem es die durch soziale Herkunft vorstrukturierten Ressourcenlücken nicht als individuelle Defizite behandelt, sondern als gesellschaftliche Aufgabe. Erst das konsequente Zusammendenken beider Verfassungsgarantien trägt dem Zusammenhang von Anerkennung und Verteilung Rechnung.

Im Sinne *Ute Sacksofskys* führt der Weg von bloßer Normneutralität zu wirksamer Gleichheit also über eine konsequent materiale Lesart der Kategorie soziale „Herkunft“ in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, die die realen Macht- und Ungleichheitsverhältnisse in den Blick nimmt. Allerdings wird erst im Zusammendenken materialer Gleichheitsgarantien mit dem Sozialstaatsprinzip Klassismus als Rechtsproblem nicht nur sichtbar, sondern auch rechtlich effektiv adressierbar. Beide Verfassungsgarantien sichern im Verbund die tatsächliche Chancengleichheit und verhindern, dass Anerkennungs- oder Ressourcendefizite zum faktischen Ausschluss von Personen mit benachteiligtem sozioökonomischen Status führen.



# Relationale Grundrechtstheorie als Methode feministischer Rechtswissenschaft?

## – Überlegungen am Beispiel bildbasierter sexualisierter Gewalt

Berit Völzmann

### A. Einleitung: Gerechtigkeit durch Methode?

Lässt sich (Geschlechter-)Gerechtigkeit auch durch Methode verwirklichen? Diese Frage lässt sich freilich bereits mit Blick auf den feministisch-rechtswissenschaftlichen Zugriff der Arbeiten *Ute Sacksofsky*<sup>1</sup> bejahen.<sup>2</sup> Dieser Beitrag widmet sich jedoch einem konkreten grundrechtstheoretischen Ansatz: In jüngeren Arbeiten hat sich die Jubilarin gezielt der Grundrechtstheorie und -dogmatik gewidmet und diese um ein relationales Verständnis von Grundrechten bereichert. Diesem Ansatz der relationalen Grundrechtstheorie, wie sie *Ute Sacksofsky* etwa im Band „Freiheit oder Leben“ von *Uwe Volkmann* und *Klaus Günther*<sup>3</sup> entfaltet hat, möchte ich im Folgenden nachgehen. Am Beispiel bildbasierter sexualisierter Gewalt soll gezeigt werden, wie eine relationale Perspektive bestehende Herausforderungen überwinden und eine treffendere rechtliche Erfassung der Problematik ermöglichen kann.<sup>4</sup> Folgende These stelle ich auf: Die derzeit herrschende Grundrechtsdogmatik und -theorie ist inadäquat, um das

---

1 Maßstabsetzend: *Ute Sacksofsky*, Was ist feministische Rechtswissenschaft?, ZRP 2001, S. 412 ff.; *dies.*, Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, in: Hadumod Bußmann (Hrsg.), Genus: Geschlechterforschung, Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften ein Handbuch, 2005, S. 402–443.

2 Dazu *Susanne Baer*, in diesem Band, S. 227 ff.

3 *Ute Sacksofsky*, Relationale Freiheit — Philosophische Wurzeln und grundrechtstheoretische Implikationen, in: Klaus Günther/Uwe Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben?, 2022, S. 180–198; zuvor bereits *dies.*, Autonomie und Fürsorge, KJ 2021, S. 47 ff.

4 Der Beitrag beruht auf Vorarbeiten in *Berit Völzmann*, Freiheit und Grenzen digitaler Kommunikation, MMR 2021, S. 619 ff.; *dies.*, Dein Körper, meine Bilder? Der Schutz vor bildbasierter sexualisierter Gewalt (auch) in der Gewaltschutzrichtlinie der EU, ZUM 2025, S. 1 ff.; *dies.*, Deep-Fake-Pornographie: Schutz durch das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung und seine einfachgesetzlichen Ausprägungen, ZUM 2025, S. 493 ff.; *dies.*, Relationale Dimension der Grundrechte im öffentlichen Recht, in: Hartmut Bauer/Johannes Eichenhofer/Andreas Wimmer (Hrsg.), Das Rechtsverhältnis. Ein Perspektivenwechsel im Öffentlichen Recht?, i.E. 2026.

Problem bildbasierter sexualisierter Gewalt zu greifen. Das liegt zum einen an Digitalisierungsaspekten und zum anderen an dem individualistisch isolierten, auf die Intimsphäre bezogenen Zugriff auf Sexualität und dem Übersehen der Gleichheitsdimension.

### B. Sexualisierte Deepfakes als bildbasierte sexualisierte Gewalt

Bildbasierte sexualisierte Gewalt ist die nicht einvernehmliche Herstellung und/oder Verbreitung privater, sexueller Bilder.<sup>5</sup> Dazu gehört die digitale Verbreitung aus Rache aufgrund der Trennung durch frühere Partner\*innen, teils wenig treffend als „Revenge Porn“ bezeichnet,<sup>6</sup> aber auch das Erstellen von Bildern, etwa das Fotografieren unter den Rock (sog. Upskirting) oder in den Ausschnitt (sog. Downblousing), und von Aufnahmen sexualisierter Gewalt sowie deren Verbreitung. Eine Ausprägung bildbasierter sexualisierter Gewalt sind sexualisierte Deepfakes, ein Phänomen, das in den letzten Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen hat.<sup>7</sup> Hier werden Deep-Learning-Algorithmen verwendet zur Erstellung von authentisch erscheinenden Medieninhalten wie Bildern oder Videos, die den Anschein erwecken, dass echte Menschen Dinge sagen oder tun, die sie tatsächlich nie gesagt oder getan haben.<sup>8</sup> Zahlreiche Apps bieten an, Nacktbilder aus

---

5 Clare McGlynn/Erika Rackley, Image-Based Sexual Abuse, *Oxford Journal of Legal Studies* 37 (2017), S. 534 (536); Anja Schmidt, Bildbasierte sexuelle Gewalt. Zum Reformbedarf im deutschen Strafrecht, in: Boris Burghardt/Anja Schmidt/Leonie Steinl (Hrsg.), *Sexuelle Selbstbestimmung jenseits des Körperlichen*, 2024, S. 181–200; Clare McGlynn/Erika Rackley/Ruth Houghton, Beyond ‘Revenge Porn’: The Continuum of Image-Based Sexual Abuse, *Feminist Legal Studies* 25 (2017), S. 25 ff.

6 Zur Kritik daran siehe Clare McGlynn/Erika Rackley, Not »revenge porn«, but abuse: let’s call it image-based sexual abuse, *Inherently Human*, 15.2.2016, <https://inherentlyhuman.wordpress.com/2016/02/15/not-revenge-porn-but-abuse-lets-call-it-image-based-sexual-abuse/> (27.8.2025).

7 Zum Phänomen McGlynn/Rackley (Fn. 5). S. 537 ff.; Markus Thiel, „Deepfakes“ – Sehen heißt glauben? Gefahren, gesetzgeberischer Handlungsbedarf, Konsequenzen für die biometrische Gesichtserkennung, *ZRP* 2021, S. 202 ff.; ausführlich auch zur rechtlichen Erfassung Lea Katharina Kumkar/Julian Philipp Rapp, *Deepfakes. Eine Herausforderung für die Rechtsordnung*, *ZfDR* 2022, S. 199 ff.

8 Mariëtte van Huijstee et al., Tackling deepfakes in European policy, *STUDY*, European Parliamentary Research Service, 2021, S.1: „In this report, deepfakes are defined as manipulated or synthetic audio or visual media that seem authentic, and which feature people that appear to say or do something they have never said or done, produced using artificial intelligence techniques, including machine learning and deep learning.“

realen Fotos per KI zu erstellen<sup>9</sup> oder per Face-Swap Gesichter in Videos zu tauschen und so die hereinmontierte Person scheinbar Küsse oder sexuelle Handlungen vornehmen zu lassen.<sup>10</sup> Nach einer aktuellen Studie sind 98 % aller online auffindbaren Deepfake Videos explizit pornografisch;<sup>11</sup> 99 % der dargestellten erkennbaren Individuen sind Frauen.<sup>12</sup> Insgesamt sind Frauen und Angehörige sexueller Minderheiten<sup>13</sup> überproportional häufig und in besonders hoher Intensität von dem Phänomen bildbasierter sexualisierter Gewalt betroffen.<sup>14</sup>

Studien zufolge haben 38 % der Frauen bereits selbst bildbasierte sexualisierte Gewalt erlebt, wobei Angehörige jüngerer Generationen signifikant häufiger betroffen sind; 85 % hatten diese gegenüber anderen beobachtet.<sup>15</sup>

Dies kann erheblich psychische und physische Folgen haben.<sup>16</sup> Und es führt nachweislich dazu, dass Frauen ihre Online-Aktivitäten einschränken

---

9 Sog. Deep Nudes.

10 Sog. Deepfake Porn.

11 Zu verschiedenen Begriffsbestimmungen *Anja Schmidt*, Pornographie: Verbot – Regulierung – Freigabe?, in: Ulrike Lembke (Hrsg.), *Regulierungen des Intimen*, 2017, S. 333 (342–347).

12 Darstellung abrufbar unter <https://www.securityhero.io/state-of-deepfakes/#key-findings> (27.8.2025).

13 *Danielle Keats Citron*, *Cyber Civil Rights*, *Boston University Law Review* 89 (2008), S. 61 (64 ff.) (“other marginalised communities”).

14 *Matthew Hall/Jeff Hearn*, *Revenge pornography and manhood acts: a discourse analysis of perpetrators’ accounts*, *Journal of Gender Studies* 28 (2019), S. 158; *Nicola Henry/Asher Flynn*, *Image-Based Sexual Abuse: Online Distribution Channels and Illicit Communities of Support*, *Violence Against Women* 25 (2019), S. 1932; *Yanet Ruvalcaba/Asia A. Eaton*, *Nonconsensual pornography among U.S. adults: A sexual scripts framework on victimization, perpetration, and health correlates for women and men*, *Psychology of violence* 10 (2020), S. 68 (74 f.).

15 *The Economist Intelligence Unit (EIU)*, *Measuring the prevalence of online violence against women*, 2021, aufbereitete Darstellung der Ergebnisse und Abrufbarkeit der Studie unter: <https://onlineviolencewomen.eiu.com/> (27.8.2025); ähnlich *Anastasia Powell/Adrian J. Scott/Asher Flynn/Sarah McCook*, *A multi-country study of image-based sexual abuse: extent, relational nature and correlates of victimisation experiences*, *Journal of Sexual Aggression* 30 (2022), S. 25. In einer EU-weiten repräsentativen Umfrage gaben 30 % der Frauen an, Angst davor zu haben, dass Nackt- oder Intimbilder von ihnen ohne ihre Zustimmung online veröffentlicht werden: *HateAid/The Landecker Digital Justice Movement*, *Boundless Hate on the Internet – Dramatic Situation across Europe*, 2021, [https://hateaid.org/wp-content/uploads/2022/04/HateAid-Report-2021\\_EN.pdf](https://hateaid.org/wp-content/uploads/2022/04/HateAid-Report-2021_EN.pdf) (27.8.2025).

16 *Danielle Keats Citron/Mary Anne Franks*, *Criminalizing Revenge Porn*, *Wake Forest Law Review* 49 (2014), S. 345 (350–354); *Ruvalcaba/Eaton* (Fn. 14), S. 72 ff.; *Clare McGlynn/Kelly Johnson/Erika Rackley/Nicola Henry/Nicola Gavey/Asher Flynn*

und sich inhaltlich zurückhalten.<sup>17</sup> Dies ist bereits auf der individuellen Ebene bedenklich, insbesondere aber auch mit Blick auf gesellschaftliche Diskursräume.

### C. Intimsphäre-Schutz als Schutz individualistisch isolierter Freiheitssphäre

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive ist hier angesichts der beschriebenen Inhalte und der Tatsache, dass ganz überwiegend Frauen betroffen sind, über das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und über Gleichheitsrechte nachzudenken.

Bisher wird für derartige Fälle die Sphärentheorie des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in Anschlag gebracht: Zentral ist der Schutz der Intimsphäre, die von der weniger stark geschützten Privat- und der Sozialsphäre abgegrenzt<sup>18</sup> und als räumlicher Bereich gedacht wird.<sup>19</sup> Entscheidend ist dabei die Gegenüberstellung des Höchstpersönlichen und Intimsten des Individuums einerseits und seiner Entfaltung mit anderen und in den öffentlichen Raum hinein andererseits.<sup>20</sup>

Tatsächlich passt der Intimsphäre-Ansatz für Sexualität nicht gut: Die allermeisten Handlungen finden nicht durch eine Einzelperson in einer abgeschotteten Kammer statt, sondern bedürfen des miteinander in Verbindung Tretens mehrerer Menschen. Deshalb sah das Bundesverfassungsgericht in seinem Homosexuellenurteil in der Strafbarkeit männlicher Homosexualität auch keinen Eingriff in die Intimsphäre, weil die „Berührung mit der Persönlichkeitssphäre eines andern Menschen“ und damit der „Sozialbezug der Handlung intensiv genug“ seien.<sup>21</sup> Dies verkennt essentiell die grundsätzliche soziale Eingebundenheit des Menschen.

---

*nn/Anastasia Powell*, ‘It’s Torture for the Soul’: The Harms of Image-Based Sexual Abuse, *Social & legal studies* 30 (2021), S. 541 ff.

17 Zu all diesen Punkten: *The Economist Intelligence Unit (EIU)*, Measuring the prevalence of online violence against women, 2021, aufbereitete Darstellung der Ergebnisse und Abrufbarkeit der Studie unter: [https://onlineviolencewomen.eiu.com/\(27.8.2025\)](https://onlineviolencewomen.eiu.com/(27.8.2025)); zu physischen und psychischen Folgen siehe auch *Citron/Franks* (Fn. 16), S. 350–354; *Ruvalcaba/Eaton* (Fn. 14), S. 72 ff.; *McGlynn/Johnson/Rackley/Henry/Gavey/Flynn/Powell* (Fn. 16), S. 541.

18 BVerfGE 109, 279 (313 f.); BVerfG ZUM 2024, S. 138 (140).

19 BVerfGE 6, 389 (433) – Homosexuelle.

20 BVerfGE 6, 389 (433) – Homosexuelle; BVerfGE 27, 1 (8).

21 BVerfGE 6, 389 (433) – Homosexuelle.

Hinzu kommt, dass es durch die grundlegende Veränderung des Kommunikationsverhaltens im Zuge von Digitalisierung und Social Media zu einem Verwischen der privaten und der öffentlichen Sphäre kommt, die ein Festhalten an dieser grundsätzlichen Trennung hinterfragen lassen. Der räumlich private Bereich erodiert durch digitale Kommunikation. Hier entstehen sowohl neue Möglichkeiten der Persönlichkeitsentfaltung als auch neue Persönlichkeitsgefährdungen.<sup>22</sup>

#### *D. Relationale Grundrechtstheorie: Schutz relationaler Freiheit*

Hier lässt sich mit der relationalen Grundrechtstheorie ansetzen. Der skizzierte individualistische Fokus wird schon länger – insbesondere<sup>23</sup> aus kommunitaristischen und feministischen Perspektiven – in Philosophie und Rechtswissenschaften kritisiert. Hauptargument ist, dass liberale Perspektiven der sozialen Natur und Eingebundenheit von Individuen nicht gerecht werden.<sup>24</sup> Freiheit als normative Idee und individuelle Praxis kann nicht ohne Voraussetzungen und Bedingungen gedacht werden – ist also untrennbar mit Autonomie verbunden.<sup>25</sup> Die Fähigkeit, sich frei zu entfalten und eigene Entscheidungen zu treffen, besteht nicht isoliert von Beziehungen; Autonomie ist eine Fähigkeit, deren Entwicklung von konstruktiven Beziehungen abhängt.<sup>26</sup> Das wird im Konzept der assistierten

---

22 Zum daraus resultierenden „erheblichen Schutzbedürfnis“ BGH, ZUM 2019, S. 951 (954 Rn.16) (Presseberichterstattung über die in erpresserischer Absicht erfolgte Veröffentlichung von intimen Aufnahmen im Internet), mit Verweis auf BVerfGE 120, 274 (305 f.).

23 Aber keinesfalls ausschließlich, siehe etwa *Roland Broemel*, Interaktionszentrierte Grundrechtstheorie, 2021, S. 16 ff.

24 *Jennifer Nedelsky*, Reconceiving Autonomy, *Yale Journal of Law and Feminism* 1 (1989), S. 7 (8); *Catriona Mackenzie/Natalie Stoljar*, Introduction: Autonomy Refigured, in: *Catriona Mackenzie/Natalie Stoljar* (Hrsg.) *Relational autonomy*, 2000, New York, S. 3–31 (6, 8 f. mwN); *Marilyn Friedman*, Autonomy, Social Disruption, and Women, in: *Catriona Mackenzie/Natalie Stoljar* (Hrsg.) *Relational autonomy*, 2000, New York, S. 35 (39).

25 Zur Differenz zwischen Freiheit und Autonomie sowie einem Verständnis von Autonomie als genereller personaler Selbstbestimmung über das eigene Leben: *Beate Rössler*, Bedingungen und Grenzen von Autonomie, in: *Herlinde Pauer-Studer/Herta Nagl-Docekal* (Hrsg.), *Freiheit, Gleichheit, Autonomie*, 2003, S. 327–357.

26 *Jennifer Nedelsky*, *Law's Relations*, 2011, New York, S. 166 ff.; ebenfalls zum Konzept der relationalen Autonomie: *Mackenzie/Stoljar* (Fn. 24), S. 4; *Beate Rössler*, *Autonomie. Ein Versuch über das gelungene Leben*, 2017, S. 296 ff.; *Robin West*, *Relational*

Autonomie für behinderte Menschen besonders deutlich; es gilt aber ganz grundlegend für alle Menschen.

Die Anerkennung sozialer Bezüge und der Einbindung in Kollektive greift noch zu kurz. Stattdessen geht es um die elementaren Verbindungen und Abhängigkeiten, die zu anderen Menschen bestehen und damit um die Vernetzung von Menschen untereinander, so ausdrücklich auch *Ute Sacksofsky* in ihren Überlegungen zu einer relationalen Grundrechtstheorie.<sup>27</sup> Aus einer solchen relationalen Perspektive läuft Recht, das Freiheit als Unabhängigkeit versteht und Autonomie als bestehend voraussetzt, Gefahr, zentrale Aspekte der Freiheitsverwirklichung zu übersehen.<sup>28</sup> *Jennifer Nedelsky* plädiert daher dafür, in den Blick zu nehmen, wie Recht menschliche Relationen formt und beeinflusst und es dahingehend anzupassen, dass es Freiheitsentfaltung innerhalb menschlicher Beziehungen fördert.<sup>29</sup>

Grundrechte sind aus dieser Perspektive nicht mehr nur Abwehrrechte der isolierten Einzelnen gegenüber dem Staat; vielmehr geraten auch die Voraussetzungen und Bedingungen persönlicher Entfaltungsfreiheit, die wesentlich von der Interaktion mit anderen abhängen, in den Blick.<sup>30</sup> Statt auf Fiktionen (von Freiheit) zu gründen, werden die Grundrechte stärker an die Wirklichkeit angebunden und erkannt, dass Freiheit erst durch und in Relationen zu anderen entsteht und Gemeinschaftsbindung(en) nicht erst durch den Staat auferlegt werden.<sup>31</sup>

---

feminism and law, in: Robin West/Cynthia G. Bowman (Hrsg.), *Research handbook on feminist jurisprudence*, 2019, Cheltenham (u.a.), S. 65–72; mit Bezug zur Corona-Pandemie: *Sabine Hark*, *Mit dem Virus leben. Über Gemeinschaft, das Subjekt und das Recht der Enteigneten*, KJ 53 (2020), S. 475 ff.; *Ute Sacksofsky*, *Autonomie und Fürsorge*, KJ 54 (2021), 47 ff.

27 *Sacksofsky* (Fn. 3), S. 184 f.

28 *Jennifer Nedelsky*, *A Relational Approach to Law and Its Core Concepts*, in: Deborah Brake/Martha Chamallas/Verna L. Williams (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*, 2021, New York, S. 57–74 (61).

29 *Nedelsky* (Fn. 28), S. 61 ff.; *Jennifer Nedelsky*, *A relational Approach to Property*, in: Nicole Graham/Margaret Davies/Lee Godden (Hrsg.), *The Routledge Handbook of Property, Law and Society*, 2022, London, S. 325–335 (327).

30 *Anna Katharina Mangold*, *Relationale Freiheit. Grundrechte in der Pandemie*, VVDStRL 80 (2021), S. 7 ff.

31 *Völmann* (Fn. 4, *Relationale Dimension der Grundrechte*).

### E. Relationale Perspektive auf digitale sexualisierte Gewalt

Dies hat – mit Blick auf digitale sexualisierte Gewalt – Auswirkungen auf die Konzeption des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Meinungsfreiheit.

#### I. Von der Sphärentheorie zur Verfügungsbefugnis

Statt über den Schutz bestimmter, als geschützt und grundsätzlich verborgen gedachter Sphären vor Eingriffen<sup>32</sup> konstruiert ein neuerer Ansatz das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts über den Schutz sexueller Entfaltungsfreiheit und den Schutz der Verfügungsbefugnis.<sup>33</sup> *Dana Valentiner* hat dies sehr klar herausgearbeitet und versteht sexuelle Selbstbestimmung als „Versprechen der Entfaltung personaler Autonomie in einem Gesellschaftsgefüge“.<sup>34</sup> Zentraler Maßstab der Autonomie ist die Verfügungsbefugnis.<sup>35</sup> Ein solches umfassenderes Verständnis erfasst sexuelle Autonomie im weiteren Sinne: neben der (körperlichen) Selbstentfaltung auch die Selbstdarstellung sowie Würde und Gleichheit als strukturelle Grundlagen.<sup>36</sup>

Die Trennung von öffentlicher und privater Sphäre<sup>37</sup> verliert damit ebenso an Bedeutung wie die Privatheit für die Konzeptualisierung sexueller Autonomie.<sup>38</sup> Eine auf die Privatheit bezogene Perspektive läuft Gefahr, den Wert persönlicher Beziehungen in einer ökonomischen Konzeption über ihre Exklusivität zu definieren, nicht über ihre Qualität oder Intensität; sie läuft also Gefahr eine gewisse „Verbrauchslogik“ von Privatheit<sup>39</sup> zu unter-

---

32 Kritik dazu bei *Dana Valentiner*, Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung, 2021, S. 295 ff., 310 ff., 368.

33 BVerfGE 138, 377 (387) (»sexuelle Entfaltung«); *Lorenz/Krönke*, Bonner Kommentar GG, 213. Aktualisierung Sept. 2021, GG Art. 2 I Rn. 310; *Valentiner* (Fn. 32), S. 362 ff.; *Kischel/Kube/Germann*, Handbuch des Staatsrechts, 1. Aufl. 2023, Rn. 64.

34 *Valentiner* (Fn. 32), S. 367, 146 ff.

35 *Valentiner* (Fn. 32), S. 374, mit Verweis auf BVerfG NJW 2020, S. 905 Rn. 207; ähnlich *Julie Inness*, Privacy, Intimacy, and Isolation, 1992, New York, S. 41 ff.

36 *Danielle Keats Citron*, A New Compact for Sexual Privacy, William & Mary Law Review 62 (2021), S. 1763 (1793).

37 Kritisch zum Konzept der Intimität *Inness* (Fn. 35), S. 74 ff.

38 Kritisch zu einer solchen Konzeptualisierung *Valentiner* (Fn. 32), S. 147.

39 *Jeffrey H. Reiman*, Privacy, Intimacy, and Personhood, Philosophie and Public Affairs 6 (1976), S. 26 (32).

stellen. Zudem ist sie in hohem Maße anfällig für Stereotypisierungen und überkommene Vorstellungen von Geschlecht und Sexualität.<sup>40</sup> Der Schutz der Privat-, Intim- oder Sexualsphäre läuft damit Gefahr, Entfaltungsfreiheiten einzuschränken, indem grundrechtlich geschützte Verhaltensweise tabuisiert oder zum Vorwurf gemacht werden. Insbesondere mit Blick auf den Schutz der sexuellen Selbstbestimmung (und körperlichen Unversehrtheit) von Frauen ist dies ein nur zu bekanntes Phänomen (Stichwort Victim Blaming).<sup>41</sup>

Wird stattdessen mit einer relationalen Perspektive das Verhältnis zwischen verschiedenen Menschen in den Fokus gerückt, kommt es im Wesentlichen auf die individuelle Kontrollmöglichkeit an und lässt sich das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung als Recht auf Zugangskontrolle verstehen.<sup>42</sup> So wird anerkannt, dass sich sexuelle Selbstbestimmung prozesshaft vollzieht, nämlich zu einem ganz wesentlichen Teil in Interaktion und Kommunikation mit anderen.<sup>43</sup>

Auf bildbasierte sexualisierte Gewalt passt dieser Zugang in besonderem Maße: Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung lässt sich hier konkretisieren als Verfügungsbefugnis über persönliche sexualbezogene Inhalte.<sup>44</sup>

---

40 *Valentiner* (Fn. 32), S. 142 f., zur Bedeutung von sexuellen Skripten S. 41 mwN.

41 *Melanie Randall*, *Sexual Assault Law, Credibility, and 'Ideal Victims': Consent, Resistance, and Victim Blaming*, *Canadian journal of woman and the law* 22 (2011), S. 397 ff.; *Chiara Rollero/Stefano Tartaglia*, *The Effect of Sexism and Rape Myths on Victim Blame*, *Sexuality & Culture* 23 (2019), S. 209 ff.

42 So *Valentiner* (Fn. 32), S. 375.

43 *Valentiner* (Fn. 32), S. 376. Daher wird zu Recht ein Vergleich mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung gezogen; dies herausarbeitend *Valentiner* (Fn. 32), S. 376; zum Abstellen auf die individuelle Kontrollmöglichkeit beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung *Martin Eifert*, *Autonomie und Sozialität: Schwierigkeiten rechtlicher Konzeptionalisierung ihres Wechselspiels am Beispiel der informationellen Selbstbestimmung*, in Christian Bumke/Anne Röthel (Hrsg.), *Autonomie im Recht*, 2017, S. 365 (371 f.); auch das Bundesverfassungsgericht hat mittlerweile die Verfügungsbefugnis als entscheidenden Teil der vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht geschützten Wahrung der eigenen Persönlichkeit betont. In seiner Suizid-Hilfe-Entscheidung betont es, dass der Mensch „über sich nach eigenen Maßstäben verfügen“ können müsse, BVerfGE 153, 182 (Rn. 207).

44 *Schmidt* (Fn. 5), S. 186; ähnlich *Udo Di Fabio*, in: Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz, GG, Bd. 1 Stand: Oktober 2024, Art. 2 Abs. 1 Rn. 200: „Das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung umfasst das Recht, selbst zu entscheiden, in welcher Form das Sexualleben ausgerichtet wird und damit auch, inwieweit die eigene Sexualität in der Öffentlichkeit dargestellt werden soll.“

Zentral wird die Frage, ob die tatsächlich oder vorgeblich<sup>45</sup> wiedergegebene Person einwilligt in die Herstellung, die Zugänglichmachung und den sonstigen jeweiligen Gebrauch sexualisierter Bilder.<sup>46</sup> Ein Zugriff über die Sphärentheorie verstellt den Blick darauf, dass das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung auch umfasst, selbst sexualisierte Bilder aufzunehmen bzw. aufnehmen zu lassen. Entscheidend ist, ob und mit wem eine Person derartige Bilder teilen möchte.

## II. Von der isolierten Äußerungsbefugnis zum Schutz kommunikativer Interaktion

Eine relationale Perspektive ändert insbesondere auch den Blick auf die im Rahmen von digitaler Gewalt ebenfalls relevante Meinungsfreiheit. Diese ist in besonderer Weise eine Freiheit, die sich mit und durch andere vollzieht: *Dieter Suhr* sprach etwa von einem „Vorgang der geistigen Interpenetration“<sup>47</sup>; *Wolfgang Hoffmann-Riem* von einer „Freiheit, die im *Zusammenwirken* mit anderen genutzt wird“ und daher auch als individuelle Freiheit „nur aus der *sozialen Beziehung* heraus beschreibbar“ ist.<sup>48</sup> Aus einer solchen Perspektive schützt die Meinungsfreiheit weniger die isolierte Äußerungsbefugnis, als vielmehr die kommunikative Interaktion zwischen Menschen. Um diese zu gewährleisten, werden die hinter der Meinungsfreiheit stehenden Schutzgüter relevant.<sup>49</sup> Diese sind zum einen die Persönlichkeitsentfaltung der Einzelnen und zum anderen der demokratische Prozess, für den die Meinungsfreiheit konstitutive Bedeutung hat.<sup>50</sup> Aus

---

45 Wenn Bilder eine Person täuschend echt nackt oder bei sexuellen Handlungen wiedergeben (Deepfakes), vermitteln sie aufgrund ihrer scheinbaren Authentizität vorgeblich eine Information über die dargestellte Person.

46 *Schmidt* (Fn. 5), S. 186.

47 *Dieter Suhr*, Freiheit durch Geselligkeit, EuGRZ 1984, S. 529 (542).

48 *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Der grundrechtliche Schutz der Vertraulichkeit und Integrität eigengenutzter informationstechnischer Systeme, JZ 2008, S. 1009 (1010 f.): „Kommunikationsfreiheit ist eine Freiheit, die im Zusammenwirken mit anderen genutzt wird. Insofern ist die individuelle Position nur aus der sozialen Beziehung heraus beschreibbar. Ein auf das ‚einsame‘ Individuum fokussiertes Denken der Grundrechtsdogmatik könnte die sozialen Dimensionen der Kommunikationsfreiheit und damit die darauf bezogenen Schutzanforderungen nicht angemessen erfassen.“

49 So auch *Broemel* (Fn. 23), S. 36; ähnlich *Nedelsky*, (Fn. 26), S. 74 f., passim („core values“).

50 BVerfGE 7, 198 (208) – Lüth; 93, 266 (293) – Anhalten einer an Strafgefangenen adressierten Broschüre; stRSpr.

einer relationalen Perspektive, die nicht von einer isolierten Verhaltensfreiheit, sondern dem Schutz kommunikativer Interaktion ausgeht, ist also zu untersuchen, ob und wie Kommunikationsprozesse so strukturiert werden – etwa durch das Meinungsstrafrecht –, dass die Persönlichkeitsentfaltung der Einzelnen und der demokratische Prozess gestärkt werden. Eine stärkere Regulierung von abwertenden und einschüchternden Äußerungen kann aus dieser Perspektive nicht nur als freiheitsbeschränkend eingeordnet werden, sondern auch als freiheitsermöglichend.<sup>51</sup> Dies gilt insbesondere auch für ein Vorgehen gegen bildbasierte sexualisierte Gewalt als eine Form der nicht-körperlichen Gewalt.<sup>52</sup>

### III. Ergänzung durch gleichheitsrechtliche Perspektive

Eine relationale Perspektive, die gerade auch die Entfaltungsfreiheit innerhalb zwischenmenschlicher Beziehungen und gesellschaftlicher Strukturen einbezieht, kann zudem die Notwendigkeit gleichheitsrechtlicher Perspektiven sichtbar machen. Von bildbasierter sexualisierter Gewalt sind Frauen deutlich häufiger, von sexualisierten Deepfakes fast ausschließlich betroffen.<sup>53</sup> Hier setzen sich strukturelle Diskriminierungen aus dem analogen Bereich fort. Dies führt einerseits zu einem besonderen (weil geschlechts- und damit Diskriminierungsmerkmal-bezogenen) individuellen Verletzungspotential. Zum anderen sind hier auch die gesellschaftlichen Auswirkungen besonders stark: Die Einschüchterungswirkung trifft, das zeigen die Studien, auch andere Frauen. Zudem wirken diskriminierungsmerkmalsbezogene Äußerungen und Bilder auf alle, die diese wahrnehmen: Nachahmer\*innen werden ermutigt, die Grenze des Sag- und Zeigbaren verschoben und strukturelle Diskriminierung verfestigt. Sogenannter Herabwürdigungsschutz darf daher nicht rein individuell verstanden werden.<sup>54</sup>

Sowohl die individuelle als auch die gesellschaftliche Komponente sind über Art. 3 Abs. 2 und 3 GG persönlichkeitsrechtsverstärkend auf Seiten der Betroffenen in mögliche Grundrechtsabwägungen einzubeziehen.<sup>55</sup> Zudem

---

51 Siehe dazu *Berit Völmann*, Freiheit durch Einschränkung, AöR 143 (2018), S. 251 ff.

52 *Schmidt* (Fn. 5), S. 186.

53 Siehe oben unter B.

54 So auch *Stefan Magen*, Kontexte der Demokratie: Parteien – Medien – Sozialstrukturen, VVDStRL 77 (2018), S. 67 (92 ff.).

55 *Völmann* (Fn. 4, Freiheit und Grenzen), S. 621 f.

können die besonderen Eigenheiten und Dynamiken des Diskursraums sozialer Medien für eine stärkere Einschränkung der Kommunikationsfreiheiten sprechen.<sup>56</sup> Je nach Kontext und Medium kann eine Pflicht zum Schutz vor bildbasierter sexualisierter Gewalt bestehen.<sup>57</sup>

*F. Fazit: Relationale Grundrechtstheorie als Analysewerkzeug*

Digitale sexualisierte Gewalt ist eine Fortsetzung der Geschlechtsdiskriminierung im analogen Raum. Hier wie dort bedarf es eines Blickes über individuelle, isoliert gedachte Freiheitssphären hinaus auf zwischenmenschliche Relationen und gesellschaftliche Strukturen. Die relationale Grundrechtstheorie kann dies als Analysewerkzeug sichtbar machen und Folgerungen für die Grundrechtsdogmatik aufzeigen.

---

56 Völzmann (Fn. 4, Freiheit und Grenzen), S. 620 f.

57 Völzmann (Fn. 4, Freiheit und Grenzen), S. 621; für die Merkmale Religion und Ethnie ebenso Magen (Fn. 54), S. 91.



# Methode und Gerechtigkeit<sup>1</sup>

Susanne Baer

Die Frage nach der Methode ist die Gretchenfrage an jede Rechtswissenschaftlerin: Wie hältst Du es mit der Wissenschaft, wie hältst Du es mit dem Recht? Sie ist alles andere als leicht zu beantworten. Zunächst müssen zwei Methoden voneinander unterschieden werden, aber dann lässt sich anhand der Arbeiten von *Ute Sacksofsky* zeigen, wie eine Perspektive feministischer Rechtswissenschaft funktionieren kann.

In der juristischen Arbeit ist „Methode“ im engeren Sinne die Art und Weise der Auslegung und Anwendung von (juridischem, in aller Regel staatlich gesetztem) Recht. Damit beschäftigt sich in der Rechtswissenschaft die Methodenlehre, davon handeln die Canones der Auslegung, nach wie vor im Geiste *Savigny* 's. Er schlug sie vor zur „Reconstruction des dem Gesetze innewohnenden Gedankens“, als dem „Geschäft der Auslegung“. Sie sind weithin akzeptiert, für viele sogar unhinterfragt selbstverständlich: grammatisch, systematisch, teleologisch und historisch sind danach die Regeln zu interpretieren. Schon an sie lassen sich aus feministischer Sicht allerdings Rückfragen stellen.

- Die grammatische Auslegung, die auf den Wortlaut setzt. Sie stößt sich bislang selten am nach wie vor dominanten generischen Maskulinum, das mittlerweile sogar von Landesregierungen durch das Verbot der Varianten geschlechtergerechter Sprache mit Sonderzeichen verstärkt wird. Wieso überschreitet es eigentlich nicht die Wortlautgrenze, wenn eine ausdrücklich männlich gefasste Regelung so ausgelegt wird, dass „Frauen mitgemeint“ seien, und andere Personen erst recht? Ist das „Recht auf den gesetzlichen Richter“ auch das Recht auf die zuständige Richterin, das zuständige Gericht? Warum musste ein Gesetzentwurf zum Insolvenzrecht 2023 zurückgezogen werden, der im generischen Femininum verfasst war? Rechtfertigen patriarchale Traditionen so ohne weiteres die gängige, aber ungenaue Rechtssprache?

---

1 Der Text entstand zum Symposium für *Ute Sacksofsky* 2025; die Form des Essays wurde beibehalten. Ich danke *Helene Lüschen* für die Unterstützung der Druckfassung.

- Die systematische Auslegung, die Regeln im Zusammenhang betrachtet. Wieso zwingt sie nicht schon lange dazu, grundrechtlich Freiheit und Gleichheit miteinander zu verschränken, und diese auch mit der Menschenwürde? Müsste nicht die grundlegende Weichenstellung in Art. 3 Abs. 1 GG und auch in Abs. 2 und 3 des immerhin dritten Artikels der Verfassung das Verständnis aller Freiheitsrechte qualifizieren?
- Die teleologische Auslegung, die nach dem Sinn und Zweck der Regeln fragt. Wird die Gerechtigkeit da auch als Geschlechtergerechtigkeit verarbeitet?
- Schließlich eine historische Auslegung, der Blick in die Geschichte der Norm. Die ist ohnehin immer nur teilweise dokumentiert, also kennt niemand die Genese wirklich. Aber wie verbindlich kann die Genealogie des Patriarchats überhaupt sein?

Auslegungsmethoden sind das eine, die wissenschaftliche Methode das andere Feld. In der Rechtswissenschaft muss Methode daher weiter gefasst werden, je nach „Fach“. Anwendungsbezogene Dogmatik arbeitet anders als Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, die Rechtsvergleichung ähnlich, aber doch anders als die Rechtsgeschichte, und die Rechtssoziologie heute bestenfalls als rechtsrealistische und damit zwingend interdisziplinäre Rechtsforschung. Klar, dass Forschende da verschiedene Schwerpunkte setzen. Wie macht das, was macht da *Ute Sacksofsky*, was ist die „Methode US“?

Zur feministischen Rechtskritik sagt sie, es gibt „keine einheitliche feministische juristische Methode“;<sup>2</sup> „über das bisher Gesagte hinaus“, und das ist eine Menge. Denn sie sagt, es gebe etwas Typisches, und das liege darin, reale Lebensverhältnisse einzubeziehen und ganzheitlich zu verstehen.<sup>3</sup> Zudem sagt sie: „Geschlechterforschung im Recht verlangt eine Analyse der strukturellen Prägungen des jeweiligen Kontextes“.<sup>4</sup> Und die Methode US ist noch mehr. Englisch – oder hier wohl amerikanisch – intoniert ist das Label ein „us“, also ein Ass, das aus dem Ärmel gezogen werden kann, und auch ein „us“ des wir, also etwas Gemeinsames. Beides passt, denn *Ute Sacksofsky* hat mit ihren scharfsinnigen Argumenten immer wieder überrascht und überzeugt, und sie ist vielfach im Gespräch und hat so viele inspiriert. Das lässt sich hier vertiefen.

---

2 *Ute Sacksofsky*, Was ist feministische Rechtswissenschaft?, ZRP 2001, S. 412 (417).

3 *Sacksofsky* (Fn. 2), S. 417.

4 *Ute Sacksofsky*, Geschlechterforschung im Öffentlichen Recht, in: JöR n.F. 67 (2019), S. 377 (397).

Genauer betrachtet hat die Methode US zumindest vier Komponenten: Sie öffnet selbst und uns die Augen, also weg mit den Scheuklappen, auch weil sie sich in der Wirklichkeit verankert, im Sinne einer ernsthaft „grounded theory“. Sie scheut sich nicht vor klaren Worten. Sie ist sogar gnadenlos genau, dabei auch fein und funny. Und das alles funktioniert, weil es wegweisend ist.

### A. Weg mit den Scheuklappen

Die Methode US nimmt Justitia die Binde von den Augen, die sie ohnehin nicht in jedem Sinnbild trägt. Schon Eva ist ja reingelegt worden, so *Baroness Kennedy* in „Eve was framed“.<sup>5</sup> Das ist das tradierte Schuld-narrativ ohne Blick auf die Machtverhältnisse, aus denen es hervorgeht. Soll das verhindert werden, heißt es: Binde ab, vielleicht auch Brille auf - und das Recht genau betrachten. Dann lässt sich nicht vermeiden, die Geschlechterfrage zu stellen. „Asking the Law Question“, so nennt es die Australierin *Margaret Davies*,<sup>6</sup> bedeutet, sich schlicht darüber im Klaren zu sein, dass es um ein Konzept geht von „Männern, die in männerdominierten Umgebungen gearbeitet haben“, und von der Annahme ausgehen, Wissen habe mit breiten gesellschaftlichen Kategorien wie Geschlecht oder Rasse nichts zu tun, sondern sei neutral, sei „neutral knowledge“; doch sei „die geschlechtsblinde Annäherung an Recht“ „problematisch, weil die Behauptung der Neutralität oft nur die Cover-Story für eine männlich orientierte und diskriminierende Rechtswissenschaft und Politik ist“: Der Mann ist das paradigmatische Subjekt, so zeigt diese Übung im „sexing the subject of law“.<sup>7</sup> Wird aber so angesetzt, sind Glasperlenspiele nicht gefragt. Damit gibt das „Grundrecht auf Gleichberechtigung“,<sup>8</sup> wie Artikel 3 Abs. 2 GG überhaupt erst einmal genannt werden musste, einen „Realitätscheck“ vor, so *Dana Valentiner*.<sup>9</sup>

---

5 Die Schottin *Baroness Helena Kennedy of The Shaws* schrieb 1993 pointiert, Eva sei reingelegt worden: „Eve was framed. Women and British Justice“, und hat 2018 nachgelegt: „Eve was shamed. How British Justice is Failing Women“.

6 *Margaret Davies*, *Asking the Law Question*, 1994, 5. Aufl. 2023.

7 *Ngairé Naffine/Rosemary J. Owens* (Hrsg.), *Sexing the subject of law*, 1997, S. 214.

8 *Ute Sacksofsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 1. Aufl. 1991, 2. Aufl. 1996.

9 Ausführlich *Dana Valentiner*, *Das Grundrecht auf sexuelle Selbstbestimmung*, 2021, S. 19 ff.

Das ist auch ernst gemeint. „Der methodologische Zugriff der Legal Gender Studies auf ein solches Großthema ist per se interdisziplinär oder transdisziplinär, für die Rechtswissenschaft als Großdisziplin auch intradisziplinär. Das ist hier jeweils keine Floskel.“<sup>10</sup> Ute Gerhard bemerkte einmal in der ihr eigenen unnachahmlichen Freundlichkeit, dass dies für eine feministische Rechtswissenschaft auch zwingend sei.<sup>11</sup>

In der Methode US steht diese realistische Orientierung denn auch ganz vorn. So beginnt das Nachwort zur zweiten Auflage der wegweisenden Arbeit zur Gleichberechtigung 1996 nicht mit der - zutreffenden - Bemerkung, das sei doch ziemlich genial. Sondern es beginnt mit dem empirischen Befund zum Geschlechterverhältnis in Deutschland: Frauen in der Politik, Wissenschaft, Wirtschaft usw.<sup>12</sup> Dann folgen die leidigen Zahlen zur Ungleichheit, also weg mit der Binde, und Brille auf, und es folgt der Hinweis auf den Klassismus, der hier durchgängig als Problem aufscheint, auch wenn erst in jüngster Zeit versucht wird, die ökonomische Ungleichheit konzeptionell genauer zu fassen.<sup>13</sup>

Aber auch das ist nicht alles. Dazu kommt der empirische Befund zu den Anstrengungen, um die Ungleichheit zu beseitigen, die Dinge zu verändern. In einem Primer zu Feminist Legal Theory heißt es dazu, „at best“ erinnere uns feministische Rechtskritik an das tatsächliche Leben der Menschen, an die Kämpfe von Mädchen und Frauen.<sup>14</sup> Und dieser emanzipatorische Impetus, der tief in der sozialen Wirklichkeit verankert ist, gehört auch zur Methode US.

## B. Keine Scheu vor klaren Worten

Wer die Augen nun so weit aufmacht, also die Binde abnimmt, die Scheuklappen beseitigt, muss auch benennen, was dann zu sehen ist. Mit der Methode US sind klare Worte gefragt, „glasklar“ muss es sein, so das Grußwort

---

10 Susanne Baer/Ute Sacksofsky, *Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen*, in: dies (Hrsg.), *Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen*, 2018, S. 15 f.

11 Ute Gerhard, *Notwendig interdisziplinär*, in: Susanne Baer/Ute Sacksofsky (Hrsg.), *Autonomie im Recht – geschlechtertheoretisch vermessen*, 2018, S. 403 ff.

12 Ute Sacksofsky (Fn. 8), S. 381.

13 Nazli Aghazadeh-Wegener, *Frauen, die von Klassismus betroffen sind: Wie das Sozialrecht intersektionale Benachteiligung verfestigt*, *djbZ* 28.1 (2025), S. 8–12.

14 Nancy Levit/Robert Verchik, *Feminist Legal Theory: A primer*, 2. Aufl. 2016.

zum Geburtstagssymposium an *Ute Sacksofsky* aus dem Cluster Normative Ordnungen. Das ist in diesem Kontext alles andere als selbstverständlich.

Die Versuchung, zu beschönigen, zu glätten, etwas gefälliger zu wirken, um nicht als feindselig zurückgewiesen zu werden, ist groß, denn das wird belohnt: Da lockt die patriarchale Dividende, die auch Frauen einstreichen können, trotzdem sie am Ende nicht wirklich profitieren werden.<sup>15</sup> Die Klarheit dagegen, die doch wissenschaftlich so gewollt ist, wird in dubio hier oft nicht geschätzt. Folglich ist Mut gefragt, auch hier klare Worte zu finden.

Dabei wendet sich die Methode US immer auch gegen sich selbst. Sie ist also im besten Sinne nicht nur diskursiv, sondern auch reflexiv. Wer es gern bequem hat, sollte davon die Finger lassen. Beispielhaft illustriert das *Ute Sacksofskys* Antrittsvorlesung.<sup>16</sup> Schon die Themenwahl zum Eintritt in die wissenschaftliche Gemeinde einer Juristischen Fakultät ist, auch wenn diese fortgeschritten als Fachbereich Rechtswissenschaft bezeichnet wird, bemerkenswert: feministische Rechtswissenschaft. Entscheidend aber ist die Methode. So stellt US gleich einige unbequeme, weil so direkte Fragen: Was ist das überhaupt, eine feministische Rechtswissenschaft – und darf es das eigentlich geben? Die Antwort lautet: Ja. Ist es nur Rechtspolitik? Hier heißt es: Nein, sondern in weiten Teilen ganz normale Rechtsauslegung. Was ist daran eigentlich feministisch? Die nachhaltige Erschütterung der biologistischen, sexistischen Gewissheiten. Und ist es ein Übergangsphänomen? Das könnte sein, aber dann wäre es auch eine andere Rechtswissenschaft, also nicht so bald vorbei.

So geht das also. Auch auf dem Symposium wurde konstatiert, dass bei der Konzeption des Dominierungsverbots als Kern eines Grundrechts auf Gleichberechtigung die Frage der Geschlechtsidentität noch nicht im Raum stand, aber sie lässt sich heute dazu denken. Und wer das eigene Tun so kritisch befragt, kann das auch bei anderen. Das zeigen die Rechtskolumnen im Merkur, wie „Das Märchen vom Untergang der Familie“<sup>17</sup>

---

15 Das Konzept kommt von *Raewyn Connell*, Die soziale Organisation von Männlichkeit, in: dies., *Der gemachte Mann: Konstruktion und Krise von Männlichkeiten*, 4. Aufl. 2014, S. 119–141. Siehe auch *Christina Thürmer-Rohr*, Mittäterschaft von Frauen: Die Komplizenschaft mit der Unterdrückung, in: Ruth Becker/Beate Kortendiek (Hrsg.), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie*, 2. Aufl. 2008, S. 88–93.

16 Abgedruckt in *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2001, S. 412–417.

17 *Ute Sacksofsky*, Das Märchen vom Untergang der Familie. Rechtskolumne, in: *Merkur* 777 (2014), S. 143–149.

oder „Ihr Kinderlein kommet“<sup>18</sup> ebenso wie die Analysen zur reproduktiven Gerechtigkeit als „Säule des Patriarchats“<sup>19</sup>

Auch auf die Frage nach der Geschlechterforschung im öffentlichen Recht gibt es keine wolkige Antwort, sondern wieder klare Worte: „Das misogyne Erbe“ insbesondere der Staatsrechtslehre<sup>20</sup> sei die männliche Konstruktion des Staates und des Öffentlichen, hinter dem das weibliche Private verschwindet; der historisch unverhohlene Ausschluss von Frauen aus der Wissenschaft gelte daher „in noch schärferer Form“ für die Rechtswissenschaft.<sup>21</sup> Dort sei Parität noch lange nicht erreicht.

Mit der Methode US gibt es also keine, so *Marianne Weber* 1919, „immer wiederkehrende Rücksichtnahme auf die männliche Geschlechtseitelkeit“. Die hat schon *Weber* als fortschrittsfeindlich beschrieben. Die Methode US ist vielmehr „geradlinig, unerschrocken“, wie das *Gabriele Britz* auf diesem Symposium beschrieben hat, und damit nicht nur für sie ein Vorbild. Klare Worte eben.

### C. Gnadenlos genau

Ohne Scheuklappen und ohne Scheu vor klaren Worten, und dann auch gnadenlos genau. Das zeigt sich wiederum an der Art und Weise, wie die Ausgangspunkte feministischer Rechtswissenschaft benannt werden: sehr klar, aber auch ganz genau, nicht überschießend. Diese Forschung habe die „Gewissheit von Natürlichkeit und Objektivität der gesellschaftlichen Geschlechterordnung nachhaltig erschüttert“<sup>22</sup> also nicht: ersetzt. Und ob dann alles passt, was auf diesen Wellen reitet, ist nicht gesetzt, sondern muss sich erst beweisen, wie die postmoderne Rechtskritik, die queer legal theory<sup>23</sup> oder auch die Intersektionalität. Dabei ist es wichtig, das nicht mit Ablehnung oder anderen unproduktiven Grenzziehungen zu verwechseln: Genauigkeit verträgt sich hier sehr gut mit Solidarität.

---

18 *Ute Sacksofsky*, Bevölkerungspolitik als Staatsaufgabe. Rechtskolumne, in: *Merkur* 769 (2013), S. 528–534.

19 *Ute Sacksofsky*, Verfassungsgerichtlicher Backlash: die Dobbs-Entscheidung des U.S. Supreme Court, *KJ* 2023, S. 80–92.

20 *Sacksofsky* (Fn. 4), S. 377.

21 *Sacksofsky* (Fn. 4), S. 378.

22 *Sacksofsky* (Fn. 4), S. 382.

23 Früh dazu *Martha Albertson Fineman/Jack E. Jackson/Adam P. Romero* (Hrsg.), *Feminist and Queer Legal Theory*, London, 2009.

Die Genauigkeit prägt auch den Umgang mit den Daten. Die empirische Tristesse der akademischen Geschlechterverhältnisse wird von vielen benannt und erlitten, aber mit der Methode US gilt es, auch da ganz genau hinzusehen. Zuerst muss der Erwartungshorizont geklärt werden, hier das Verhältnis zwischen Qualifizierten und Arrivierten. Sodann richtet sich der Blick nicht nur auf Professorinnen in der Rechtswissenschaft, sondern auch auf die Leitmedien des Fachs, was gerade im öffentlichen Recht erschütternd ausfällt.<sup>24</sup> Auch das wird klar benannt: „der Anteil von einer Frau wird nicht überschritten“.<sup>25</sup> Dazu kommt die Betrachtung im Zeitverlauf, denn zur Methode US gehört es, mehrfach hinzusehen.<sup>26</sup> Damit lässt sich „very grounded“, also sehr gut empirisch fundiert die gängige Annahme widerlegen, die Zeit heile auch die Benachteiligungswunde. Nach US gibt es nur Zuwachs – vereinzelter Frauen in der Rechtswissenschaft –, aber keinen ernsthaften Zugewinn.

US fügt dann hinzu: „Der Beitrag hat gezeigt, wie eklatant die Unterrepräsentanz von Frauen in der Rechtswissenschaft noch ist. Hingegen hat sich der Beitrag nicht mit Erklärungen für dieses Phänomen beschäftigt oder herausgearbeitet, welche Strukturmerkmale des Wissenschaftssystems insgesamt oder welche Spezifika im System der Rechtswissenschaft dazu beitragen. Auch Vorschläge zur Abhilfe entwickelt der Beitrag nicht.“<sup>27</sup> Das wird der nächsten Debatte vorbehalten. Gnadenlos genau also, auch zu den eigenen Thesen.

- 
- 24 Erhellend dazu auch *Ute Sacksofsky*, Gleichheitsdiskussionen in der Staatsrechtslehrervereinigung – Paukenschlag, Stille, Marsch, Sinfonie, in: Pascale Cancik/Andreas Kley/Helmuth Schulze-Fielitz/Christian Waldhoff/Ewald Wiederin (Hrsg.), *Streitsache Staat. Die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 1922–2022*, 2022, S. 479–495.
- 25 Mehr dazu bei *Ute Sacksofsky/Carolin Stix*, Was lange währt und immer noch nicht gut ist – Zur Repräsentanz von Frauen in der Wissenschaft vom Recht, *KJ* 2018, S. 464–474; *Ute Sacksofsky/Berit Völzmann*, Der Besten ein Lehrstuhl. Frauenförderprogramme an deutschen Universitäten, *Wissenschaftsrecht* 51 (2018), S. 45–88.
- 26 So bereits *Ute Sacksofsky*, Die blinde Justitia: Gender in der Rechtswissenschaft, in: Hadumod Bußmann/Renate Hof (Hrsg.), *Genus. Geschlechterforschung/Gender Studies in den Kultur- und Sozialwissenschaften*, 2005, S. 402–443.
- 27 Vgl. *Ute Sacksofsky/Carolin Stix*, Daten und Fakten zur Repräsentanz von Frauen in der Rechtswissenschaft, 3. Fassung 2018, abrufbar unter: [http://www.jura.uni-frankfurt.de/73251138/Repraesentanz-Frauen\\_Sacksofsky\\_Stix\\_2018.pdf](http://www.jura.uni-frankfurt.de/73251138/Repraesentanz-Frauen_Sacksofsky_Stix_2018.pdf) (4.10.2025).

### D. Fein und funny

Die Methode US ist also mutig und genau, scheut keine klaren Worte, aber sie ist auch fein und so oft funny. Joachim Wieland hat auf diesem Symposium gesagt, *Ute Sacksofsky* sei so klug und mutig und diskursfreudig. *Gabriele Britz* hat betont, sie sei auch immer solidarisch. Und sie hält durch. Vor allem ist sie aber auch sehr vergnüglich, sensibel, fein. Über Wissenschaft wird das, soweit ich sehe, nicht sehr oft gesagt. Aber die Methode US zeigt uns, dass es dazugehört.

Fein also. Klare Worte, die gnadenlos genau grundiert sind, können durchaus erschrecken und abschrecken. Mit der Methode US gibt es aber einen Weg, dem zu entkommen. Nicht immer, aber oft. Es ist ein trocken konstatierender Ton, ein feiner Humor.

Manchmal ist das eher unauffällig, wenn es heißt, es sei „kein Zufall“, dass die Kämpfe um Anerkennung „gerade auch im Namen der Gleichheit“ geführt wurden.<sup>28</sup> Manchmal ist es knackiger, wenn etwa die Studie zur Repräsentanz von Frauen in der Wissenschaft mit dem Titel versehen wird: „Was lange währt und immer noch nicht gut ist“,<sup>29</sup> oder die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch unter dem Titel „Das Patriarchat lässt grüßen“<sup>30</sup> seziert wird. Desgleichen ist „der Besten ein Lehrstuhl“ als Titel der Studie zum genauen Gegenteil fein gewählt, mit dem Schlusssatz: „Wer sich strikt gegen die Zulässigkeit von Förderprogrammen der oben beschriebenen Art ausspricht, sollte sich Rechenschaft darüber ablegen, wie neutral und offen Berufungsverfahren tatsächlich bisher in der Praxis sind.“<sup>31</sup> Und genauso herzerreißend setzt der „Denkmalschutz im Wahlrecht“ an.<sup>32</sup>

Zur speziellen feinen Tonlage gehört dann auch die selbst gestellte Frage, wann feministische Rechtswissenschaft denn überflüssig werde, die sich mit dem Dichter *Schiller* beantworten lasse, eine dann andere Rechtswissenschaft werde „reiche Quellen edelsten Vergnügens“ eröffnen.<sup>33</sup> Ähnlich ist die Wendung gestrickt, „also hatte *Hegel* doch Recht: Frauen sind eben

---

28 *Sacksofsky* (Fn. 4), S. 390.

29 *Sacksofsky/Stix* (Fn. 25), S. 463.

30 *Ute Sacksofsky*, Das Patriarchat lässt grüßen – die Abtreibungsentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, *JöR* 77 (2022), S. 747–753.

31 *Sacksofsky/Völmann* (Fn. 25).

32 *Ute Sacksofsky*, Denkmalschutz im Wahlrecht. Rechtskolumne, *Merkur* 763 (2012), S. 1144–1150.

33 *Sacksofsky* (Fn. 2), S. 417.

nicht geeignet für das Abstrakte, Allgemeine“<sup>34</sup> und dann der Perspektivwechsel: Das Auflösen in reinen Kontextbezug wäre auch kein Gewinn, denn es gehe um eine „Gratwanderung“, „eine Allgemeinheit zu finden, die die Erfahrungen und Lebenswelt aller Menschen aufnimmt“.

Die Lebenswelt ist auch hier wieder fundamental. Ganz besonders deutlich wird das Feine daher, wo die Methode US auf Menschen angewendet wird. Ohne Augenbinde, klare Worte, ganz genau. So kommt die biografische Notiz zu *Ilse Staff*, der ersten deutschen Staatsrechtslehrerin, vorsichtig fragend und gänzlich ohne Unterstellungen aus,<sup>35</sup> und die Biografie zu *RBG*, also der US-amerikanischen Ikone des Supreme Court *Ruth Bader Ginsburg*, ist genauso fein gestrickt, blendet das Private nicht aus, aber beteiligt sich auch nicht am Promi-Voyeurismus.<sup>36</sup>

### E. Wegweisend

So lässt sich arbeiten, das ist produktiv, oft bahnbrechend, jedenfalls wegweisend, diese Methode US.<sup>37</sup> Nach *Joachim Wieland* ist ein zugehörig prägender Satz „Da gucken wir doch mal“.<sup>38</sup> Es bedeutet also ohne Augenbinde, klar, genau und fein, um dem Mix aus Ignoranz und Abwehr etwas entgegen zu setzen, und vielleicht ein wenig „gender literacy“ zu erzeugen.<sup>39</sup> Genau so wird die Gleichheit aus ihrem berühmten „Schattendasein“

34 *Sacksofsky* (Fn. 2), S. 416.

35 *Ute Sacksofsky*, *Ilse Staff* – die erste deutsche Staatsrechtslehrerin, in: *Fachbereich Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt am Main* (Hrsg.), *100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt*, 2014, S. 185–200, und *dies.*, *Ilse Staff (1928–2017)*, in: *Peter Häberle ua.* (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts, Nachtragsband Deutschland – Österreich – Schweiz*, 2024, S. 80–95.

36 *Ute Sacksofsky*, *Ruth Bader Ginsburg* – pragmatische Revolutionärin, *JöR* 69 (2021), S. 763–783.

37 Die „Wahrnehmung und Beschreibung der geschlechtsbezogenen Parteilichkeit im geschriebenen und gesprochenen Recht ist die zentrale, aber nicht die einzige Aufgabe der feministischen Rechtskritik“ – sie muss auch transformativ wirken – um ein „patriarchatsfreies Recht“ zu entwickeln, so sagt es *Susan Emmenegger*, *Feministische Analyse des Vertragsrechts*, 1999, S. 52.

38 *Wieland*, in diesem Band.

39 *Catharine MacKinnon* zitiert dazu *Lily Tomlin* in der Zeit der Telefonmonopole, die so antworten konnten wie Männerbünde: „We don’t care. We don’t have it. We are the phone company“, *Butterfly Politics*, 2014, S. 220.

befreit und überzeugend als Dominierungsverbot<sup>40</sup> gefasst. Erst jüngst hat *Shino Carlotta Ibold* gezeigt: „The added value of equality“ liegt darin, dass die Gleichheit nicht als allgemeineres Prinzip und nicht antagonistisch verstanden wird, sondern auch die blinden Flecken der Freiheit ausleuchtet.<sup>41</sup> Die Freiheit wird dann nicht umgekehrt verschattet, sondern als relationale Freiheit<sup>42</sup> ernst genommen.<sup>43</sup>

So wird die Methode US auch dort produktiv: Es werde „häufig übersehen, dass Antidiskriminierungsmaßnahmen nur dann als Freiheitsbeschränkungen verstanden werden können, wenn man die Perspektive der gesellschaftlich Dominanten einnimmt.“<sup>44</sup> „Stellt man sich indes auf die Position der diskriminierungsgefährdeten Person, zeigt sich, dass Gleichstellungsmaßnahmen ihre Freiheitsspielräume nicht nur nicht gefährden, sondern im Gegenteil vergrößern. Ein Spannungsverhältnis zwischen Freiheit und Gleichheit besteht also nur für bestimmte Personengruppen, für andere hingegen laufen Freiheit und Gleichheit parallel.“<sup>45</sup>

Weg mit der Augenbinde also – klare Worte, gnadenlos genau, auch fein, dann wird das wegweisend, mit der Methode US. Viele haben gezeigt, dass es nicht genügt, erst Frauen in den Topf zu werfen und dann umzurühren, sondern dass wir neue Rezepte brauchen, neu kochen müssen.<sup>46</sup> Es gelte, so sagt es beispielsweise *Sari Kouvo*, „unausgesprochen scheinbar neutrale Prinzipien und ihre institutionelle Verfestigung zu entlarven“,<sup>47</sup> denn Gender und, ja doch, „sex matters“.<sup>48</sup> Es geht also um Frauen, weiterhin,

---

40 Neben dem Grundrecht auf Gleichberechtigung auch *Ute Sacksofsky*, § 19 Gleichheitsrechte, in: Matthias Herdegen/Johannes Masing/Ralf Poscher/Klaus-Ferdinand Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, S. 1229–1286.

41 *Shino Carlotta Ibold*, The Added Value of Equality, 2025, S. 22.

42 *Ute Sacksofsky*, Relationale Freiheit – Philosophische Wurzeln und grundrechtstheoretische Implikationen, in: Klaus Günther/Uwe Volkmann (Hrsg.), Freiheit oder Leben? 2022, S. 180–198.

43 Dort heißt es (*Sacksofsky* [Fn. 42], S. 198): Es ist also davon auszugehen, „dass menschliches Leben durch die Einbindung in vielfältige Beziehungen zu anderen Menschen geprägt ist. Eine rein individualistische Sichtweise von Freiheit ist damit von vornherein unzureichend. Relationale Freiheit bedeutet damit aber nicht einen unbedingten Vorrang der Gemeinschaft. Im Gegenteil: Relationale Freiheit muss offen sein für unterschiedliche Auffassungen der Einzelnen vom guten Leben; relationale Freiheit ist also pluralistisch zu rekonstruieren.“

44 *Sacksofsky* (Fn. 42), S. 197.

45 *Sacksofsky* (Fn. 42), S. 197.

46 Exemplarisch, aber weniger bekannt: *Sari Kouvo*, Making Just Rights?, 2004.

47 *Kouvo* (Fn. 46), S. 51.

48 *Kouvo* (Fn. 46), S. 52.

um Männer, vor allem um toxische und hegemoniale Männlichkeit, um andere Personen und interessantere Entwürfe. Wer immer wieder klärt, was das genau bedeutet, räumt auch die Rechtsdogmatik auf, denn es ist ein wertvolles, aber bewegliches System, und nichts in Stein gemeißelt.<sup>49</sup>

So ist beim Grundrecht auf Gleichberechtigung schon viel passiert, aber auch da ist noch – und wieder – zu tun. Der Schutz muss inklusiv sein, auch für Trans, inter und non-binäre Personen, die verständlich ausgelegt vom Wortlaut umfasst sind („Geschlecht“), oder, nach neuester Formel zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 GG, zumindest eine vergleichbare Ungleichbehandlung erfahren wie die in Abs. 3 benannten. Genauso lässt sich bei der Freiheit nicht etwas bewegen: Sie ist kein Ego-Programm, sondern relational und Selbstbestimmung auch in geschlechtlicher Hinsicht. Und um die Trias voll zu machen, bleibt die Menschenwürde im Spiel, aber ohne zu moralisieren.

Was ist zudem noch heute, künftig wichtig? *Ute Sacksofsky* hat einmal gesagt, „private Macht“ sei eine „Herausforderung für Grundrechtstheorie“,<sup>50</sup> vom Umgang mit Familie und sexualisierter Gewalt über den „fatalen Zusammenhang“ im Asylrecht bis zum Problem der Schutzrechte trotz ihrer Entstehung in den „frauenfeindlichsten Entscheidungen“ des Bundesverfassungsgerichts zum Schwangerschaftsabbruch.<sup>51</sup> Hier dürfte Kampfgeist gefragt sein, denn wieder sind es die Körper der Frauen, die für völkischen Nationalismus und Rassismus missbraucht werden. Dazu kommt die soziale Frage, die immer auch eine Geschlechterfrage ist, zudem zwischen Generationen und global. Und folgerichtig muss über Demokratie nachgedacht werden, weit über das Wahlrecht hinaus. Das macht, zumindest bestenfalls, die Wissenschaft. Sie steht nicht zufällig unter Druck, und nicht nur in den USA. Sich dagegen zu stellen, ist mehr als „A Radical Act of Hope“.<sup>52</sup> Es braucht also keine Scheu vor klaren Worten, den gnadenlos genauen Blick und auch die feine Art, wo es passt – also die Methode US. Denn:

---

49 Treffend auch dazu *Ute Sacksofsky*, Grundrechtsdogmatik ade – Zum neuen Doppelnamen-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, *Familie Partnerschaft Recht* 8 (2002), S. 121–125.

50 *Sacksofsky* (Fn. 4), S. 394.

51 *Sacksofsky* (Fn. 4), S. 396.

52 *Catharine MacKinnon* auf einem Town Meeting der Studierenden, die in Yale 1989 mehr Diversity forderten, in: *Butterfly Politics*, 2017, S. 23 ff.: „against law schools voting their comfort level as a proxy for quality“, „an act of resistance against the social club“, ein „act of dissent against their conventionality and the core/periphery model implicit in their social design definition of law school faculties“, S. 27.

„Nur so viel scheint klar: Es spricht nichts dafür, dass bloßes Aussitzen und Abwarten die Lage in absehbarer Zeit verändert.“<sup>53</sup> Also lieber weg mit der Augenbinde, und dann genau, fein und wegweisend bleiben.

---

53 Sacksofsky/Stix (Fn. 25), S. 474.

## Verzeichnis der Beitragenden

- Nazli Aghazadeh-Wegener*, Doktorandin und wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Öffentliches Recht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main; Forschungsschwerpunkte: Sozialverfassungs- und Gleichheitsrecht, Intersektionalität, soziale Klasse und Klassismus.
- Susanne Baer*, Prof. Dr. Dr. h.c. mult., LL.M. (Michigan), Professur für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien an der Humboldt-Universität zu Berlin, Global Law Professor University of Michigan, Gast an der LSE London, Richterin des Bundesverfassungsgerichts a.D.; arbeitet zu vergleichendem Verfassungsrecht, Antidiskriminierungsrecht und interdisziplinärer Rechtsforschung.
- Miriam Bickelhaupt*, Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Doktorandin im DFG-Graduiertenkolleg "Standards des Regierens" der Goethe-Universität Frankfurt und Technischen Universität Darmstadt sowie an der Professur von Prof. Dr. Dr. h.c. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard) für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung der Goethe-Universität Frankfurt; Forschungsschwerpunkte: Recht der Europäischen Union, rechtliche Geschlechterstudien.
- Gabriele Britz*, Prof. Dr., Professorin für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Richterin des Bundesverfassungsgerichts a.D.
- Sarah Elsuni*, Prof. Dr., Professorin für das Recht der Sozialen Arbeit mit dem Schwerpunkt Recht der Frau/legal gender studies an der Frankfurt University of Applied Sciences; Forschungsschwerpunkte: Grund- und Menschenrechte, legal gender theory and studies, Antidiskriminierungsrecht, Gewaltschutzrecht.
- Sibylla Flüge*, Prof. Dr. i.R. an der Frankfurt University of Applied Sciences für „Recht der Frau“; Forschungsschwerpunkte: Geschichte des Rechts der Frauen, Familienrecht, Forderungen und Erfolge der Neuen Frauenbewegung.
- Rainer Forst*, Prof. Dr., Direktor des Forschungszentrums Normative Ordnungen der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Professor für Politische Theorie und Philosophie der Goethe-Universität Frankfurt am Main; Forschungsschwerpunkte: Politische Theorie und Philosophie, besonders Toleranz, Gerechtigkeit, Demokratie, Kritische Theorie.
- Ute Gerhard*, em. Prof. Dr., Professorin für Soziologie mit dem Schwerpunkt Geschlechterforschung an der Goethe Universität Frankfurt/ Main; Forschungsschwerpunkte: Geschichte und Theorie des Feminismus, Rechtssoziologie, Rechtsgeschichte und Europäische Sozialpolitik.

## Verzeichnis der Beitragenden

- Klaus Günther*, Prof. Dr., Professor für Rechtstheorie, Strafrecht und Strafprozessrecht der Goethe-Universität Frankfurt am Main; Forschungsschwerpunkte: Rechtsphilosophie systematisch und historisch; Diskurstheorie des Rechts und Theorie der juristischen Argumentation; Begriff und Theorien der Verantwortung; Rechtstheorie der Globalisierung; Rechtssoziologie; Recht und Literatur (Law as Literature); Grundlagenprobleme des Strafrechts, einschließlich europäischer und internationaler Bezüge.
- Elisabeth Holzleithner*, Univ.-Prof. Dr. Dr. h.c., Professorin für Rechtsphilosophie und Legal Gender Studies an der Universität Wien; Forschungsschwerpunkte: Rechtsphilosophie und politische Philosophie; Legal Gender & Queer Studies; Recht, Literatur und Populärkultur.
- Anna Katharina Mangold*, Prof. Dr., LL.M. (Cambridge), Professorin für Europarecht an der Europa-Universität Flensburg; Forschungsschwerpunkte: Deutsches und europäisches öffentliches Recht, rechtliche Geschlechterstudien, Antidiskriminierungsrecht, Rechtsphilosophie, Geschichte des öffentlichen Rechts.
- Laurie Marguet*, Professeure agrégée des Universités en droit public an der Université de Rouen Normandie; Forschungsschwerpunkte: Grundrechte, Bioethik; Rechtliche Geschlechterstudien; Rechtsvergleichung; Digitalrecht.
- Yağmur Özkan*, Rechtsanwältin und Wissenschaftliche Mitarbeiterin/ Doktorandin an der Professur von Prof. Dr. Dr. h.c. Ute Sacksofsky, M.P.A. (Harvard) für Öffentliches Recht und Rechtsvergleichung der Goethe-Universität Frankfurt.
- Rebecca Caroline Schmidt*, Geschäftsführerin des Forschungszentrums Normative Ordnungen der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Administrative Geschäftsführerin des Forschungsinstituts Gesellschaftlicher Zusammenhalt (FGZ), Rechtswissenschaft.
- Dana-Sophia Valentiner*, Prof. Dr., Professorin für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im öffentlichen Wirtschaftsrecht und Recht der Transformation an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg; Forschungsschwerpunkte: Verfassungs- und Verwaltungsrecht, Recht der sozial-ökologischen Transformation, Legal Gender Studies.
- Berit Völzmann*, PD Dr., Vertretungsprofessorin für Öffentliches Recht, insbesondere Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie (Lehrstuhl Prof. Dr. Christoph Möllers, LL.M. [Chicago]), Humboldt-Universität zu Berlin; Forschungsschwerpunkte: Verfassungs-, Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht, Antidiskriminierungsrecht, Rechtstheorie und Rechtsphilosophie.
- Astrid Wallrabenstein*, Prof. Dr., Professorin für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Sozialrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main, Richterin des Bundesverfassungsgerichts.
- Joachim Wieland*, Prof. i. R., Dr., LL.M. (Cambridge), Deutsche Universität Für Verwaltungswissenschaften Speyer, Richter des Verfassungsgerichtshofs für das Land Nordrhein-Westfalen, Münster.