

Schriften des MenschenRechtsZentrums  
der Universität Potsdam

Navin Mienert

# Gleichgeschlechtliche Sexualität im europäischen Menschenrechtsregime

Ein Recht auf Autonomie oder Gleichheit?



**Nomos**



Schriften des MenschenRechtsZentrums  
der Universität Potsdam

Herausgegeben von

Prof. Dr. Logi Gunnarsson

Prof. Dr. Norman Weiß

Prof. Dr. Andreas Zimmermann

begründet von Prof. Dr. Eckart Klein

Band 50

Navin Mienert

# Gleichgeschlechtliche Sexualität im europäischen Menschenrechtsregime

Ein Recht auf Autonomie oder Gleichheit?



**Nomos**



Onlineversion  
InLibra

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

Zugl.: Heidelberg, Univ., Diss., 2026

ISBN 978-3-7560-2104-8 (Print)

ISBN 978-3-7489-5649-5 (ePDF)

Bd. 1–44 der „Schriften des MenschenRechtsZentrums der Universität Potsdam“ sind beim BWV erschienen.

1. Auflage 2026

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2026. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2025/2026 von der Juristischen Fakultät der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg als Dissertation angenommen.

Mein besonderer Dank gilt meiner Doktormutter, Frau Prof. Dr. Ute Mager, für die Förderung meines Promotionsvorhabens und die Offenheit, mit der sie meine Forschung begleitet hat. Schon während meines Studiums durfte ich durch eine Tätigkeit an ihrem Lehrstuhl wertvolle Förderung erfahren, für die ich ihr ebenfalls herzlich danke.

Herrn Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard) und Herrn Prof. Dr. Norman Weiß danke ich für die bereichernde und anregende Zeit während meiner promotionsbegleitenden Tätigkeit am MenschenRechts-Zentrum der Universität Potsdam. Ebenso danke ich allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Zentrums sowie des Lehrstuhls für die angenehme und kollegiale Atmosphäre. Herrn Prof. Dr. Norman Weiß, Herrn Prof. Dr. Logi Gunnarsson und Herrn Prof. Dr. Andreas Zimmermann, LL.M. (Harvard) danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die Schriftenreihe des MenschenRechtsZentrums.

Meiner Familie und meinen Freunden, insbesondere meinen Eltern und Brüdern, danke ich für die fortwährende Unterstützung und den Rückhalt während meiner Promotion. Schließlich möchte ich mich ganz besonders bei Drago bedanken. Er hat die Arbeit nicht nur mit vielen lebendigen Diskussionen und inspirierenden Impulsen bereichert, sondern stand mir während der gesamten Zeit auch liebevoll zur Seite.

Berlin, im April 2026

Navin Mienert



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung	11
I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	12
II. Gang der Untersuchung	13
Erster Teil: Theorie und Terminologie	15
A. Sexuelle Orientierung und Geschlecht – Gleichheitsrechtliche Anknüpfung	15
I. Theorie und rechtliche Anknüpfung	15
1. Die Yogyakarta-Prinzipien und die Erwartungen an Geschlecht	15
2. Ein machttheoretisches Verständnis von Geschlecht	20
a. Methodik	20
aa. Kritik am Objektivismus	21
bb. Konsequenzen der Kritik	23
b. Sexualität und soziales Geschlecht	25
c. Das Recht und der aristotelische Gleichheitssatz	27
d. Das Diskriminierungsverbot als Hierarchisierungsverbot	30
e. Homophobie als geschlechtliche Hierarchisierung	32
3. Zwischenergebnis	35
II. Begriffsverständnis in der Rechtsprechung von EuGH und EGMR	35
1. Auslegung durch den EuGH	36
2. Das sprachliche Verständnis des EGMR	40
3. Zwischenergebnis	42
III. Arbeitsbegriff	43
B. Sexuelle Autonomie – Freiheitsrechtliche Anknüpfung	43
I. Begriffsverständnis und Theorie	43
II. Bedingungen von Autonomie	46
III. Zwischenergebnis	54
C. Ergebnis	54

Zweiter Teil: Gesetzliche Verankerung im Europarecht	55
A. Die Rechtsquellen der Europäischen Union	55
I. Die „Staatszielbestimmung“ des Art. 10 AEUV	55
II. Die Ermächtigungsnorm Art. 19 AEUV	57
III. Das Sekundärrecht der Union	58
1. Die Richtlinien des Art. 19 AEUV	59
2. Die Qualifikationsrichtlinie	60
IV. Die Grundrechtecharta	62
V. Zwischenergebnis	65
B. Der EuGH, ein Menschenrechtsgericht?	65
I. Die GRCh in der Rechtsprechung	65
II. Die begrenzte Bedeutung des EuGH	67
Dritter Teil: Die Rechtsprechung des EGMR	69
A. Gleichgeschlechtliche Sexualität in der Rechtsprechung	69
I. Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens gemäß Art. 8 EMRK	70
1. Die Entkriminalisierung und das Privatleben	71
a. Die Rechtsprechung vor dem Fall <i>Dudgeon</i>	72
aa. Die Bundesrepublik und die erste Beschwerde	74
bb. Neue Argumente	76
cc. Eine grundlegende Einstellung	78
dd. Die erste ausführliche Begründung der Abweisung	79
ee. Die erste zulässige Beschwerde	82
ff. Zwischenergebnis	83
b. Die Rechtsprechung seit der Entscheidung <i>Dudgeon</i>	85
aa. Der Fall <i>Dudgeon</i> , 1981	85
bb. Bestätigung in den Sachen <i>Norris</i> , 1988, und <i>Modinos</i> , 1993	91
cc. Besonderheit im Fall <i>A. D. T.</i> , 2000	93
<i>Exkurs: Der Fall Laskey and Others</i> , 1997	95
c. Zwischenergebnis	98
2. Sonderfall Streitkräfte: Die Reichweite des Privatlebens	100
a. Eine erste Erkenntnis zu Macht und Sexualität	100
b. Der starke Schutz des Privatlebens	101
c. Zwischenergebnis	106

3. Der Familienbegriff – Nicht nur ein Privat-, sondern auch ein Familienleben?	107
a. Können gleichgeschlechtliche Paare eine Familie bilden?	109
aa. Die Position der Menschenrechtskommission	109
bb. Ablehnende Haltung des Gerichtshofs	113
cc. Erste Anzeichen eines Wandels	115
dd. Ausdrückliche Abkehr von der bisherigen Argumentation	117
ee. Eine neue Entwicklung	119
ff. Bestätigung der neuen Linie	121
gg. Zwischenergebnis	123
b. Homosexualität und die Elternschaft	123
aa. Leibliche Elternschaft	124
bb. Einzeladoption	124
cc. Die Partnerin der leiblichen Mutter	125
dd. Ein angemessener Ausgleich der Interessen	128
c. Zwischenergebnis	130
4. Ergebnis	130
II. Das Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK	132
1. Die Etablierung eines neuen Diskriminierungsmerkmals	133
a. <i>Sutherland</i> , 1997	135
b. <i>Salgueiro da Silva Mouta</i> , 1999	139
2. Entwicklung im Schatten des Art. 8 EMRK	143
a. Gleiches Ausleben der Sexualität	143
aa. Unterschiedliche Schutzaltersgrenzen: Voreingenommenheit oder Privilegierung?	144
bb. Keine Anknüpfung an das Sexualleben	149
cc. Der Kontrast zwischen Sexualität und Partnerschaft	152
b. Nicht nur vergleichbare, sondern gleichwertige Partnerschaften?	154
aa. Keine Diskriminierung	154
bb. Der entscheidende Unterschied	154
cc. Die Rolle der Ehe	156
dd. Allmählicher Wandel	159
ee. Eine Frage der Zeit	160

ff.	Die Auswirkungen des Rechts auf eine Alternative	161
gg.	Die effektive Durchsetzung der Achtung des Familienlebens	164
hh.	Gleiche Würde	165
ii.	Die verbleibende Grenze	167
3.	Zusammenspiel mit anderen Rechten	169
a.	Gewalt, Art. 2 und 3 EMRK	170
aa.	Aktives Handeln staatlicher Stellen	171
bb.	Unterlassen präventiver Schutzmaßnahmen	172
cc.	Unzureichende Untersuchung und Aufarbeitung	174
	<i>Exkurs: Gewalt gegen Frauen</i>	177
b.	Meinungs- und Versammlungsfreiheit, Art. 10 und 11 EMRK	178
aa.	Freiheit der Meinungsäußerung	178
bb.	Versammlungsfreiheit	180
4.	Ergebnis	181
B.	Theoretische Einordnung	183
I.	Freiheitsrechtliche Anknüpfung an ein Recht auf sexuelle Autonomie	183
1.	Verständnis und Umfang der Autonomie	183
2.	Identität als weltanschauliche Grundlage	185
3.	Ansätze einer rechtlichen Theorie zur sexuellen Autonomie	186
II.	Gleichheitsrechtliche Anknüpfung an ein Hierarchisierungsverbot	187
1.	Sexuelle Orientierung im aristotelischen Gleichheitssatz	187
2.	Gleichwertige Partnerschaften als Ausdruck eines Wandels	188
3.	Homophobe Gewalt als Diskriminierung	189
III.	Gegenüberstellung der freiheits- und gleichheitsrechtlichen Ansätze	191
1.	Diskussion	192
2.	Einheitlicher Ansatz als Antwort	194
	Zusammenfassung und Ergebnis	197
	Literaturverzeichnis	203

## Einleitung

„So natürlich die Gleichheit auch ist, so illusorisch ist sie doch auch.“<sup>1</sup>

Voltaire

Gleichheit, ein natürlicher Zustand und eine Illusion zugleich. *Voltaire* hat vor mehr als 250 Jahren einen Widerspruch beschrieben, der dem Begriff der Gleichheit damals wie heute innewohnt. Und dennoch hat der Gleichheitsgedanke über die Jahre weder an gesellschaftlicher Bedeutung noch an Präsenz in der Diskussion um die Gestaltung des menschlichen Zusammenlebens verloren. Das Recht als Ausdruck eines gemeinsamen Wertesystems verdeutlicht dies. Kaum eine nationale Verfassung und kein internationaler Menschenrechtsvertrag kann auf das Prinzip verzichten. Gleichzeitig liegen Anspruch und Wirklichkeit oftmals weit auseinander. Die Entwicklung der Rechte von Homosexuellen in Europa seit dem Inkrafttreten der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) 1953 spiegelt den Antagonismus wider. Rechte, die jedem Menschen aufgrund seines Menschseins gleichermaßen zustehen, können ungleich verstanden werden und letztlich als Ideal zur Illusion verkommen, wenn sie sowohl mit der Kriminalisierung als auch mit dem besonderen Schutz von Menschen aufgrund eines Merkmals vereinbar sind. Ein intimer Bereich wie die Sexualität wird so zum Austragungsort des Konflikts um die Wirklichkeit eines Grundprinzips menschlichen Zusammenlebens.

Allerdings kann die rechtliche Verortung der gleichgeschlechtlichen Sexualität nicht allein unter dem Aspekt der Gleichheit betrachtet werden. Denn drückt sich nicht gerade in der Möglichkeit, Sexualität entgegen einer gesellschaftlichen Norm auszuleben, Autonomie und damit Handlungsfreiheit aus? Autonomie ist der zweite elementare Orientierungspunkt im Recht zur gleichgeschlechtlichen Sexualität. Auch ihr rechtliches Verständnis ist Gegenstand reger Debatten. Und auch sie dient im politischen Diskurs oftmals als Projektionsfläche unterschiedlicher Wertvorstellungen, die

---

1 *Voltaire*, Aus dem Philosophischen Wörterbuch. Herausgegeben und eingeleitet von Karlheinz Stierle, 1967, S. 89. Original: *Voltaire*, Dictionnaire philosophique portatif, 1764 („*L'égalité est donc à la fois la chose la plus naturelle, & en même temps la plus chimérique*“).

sich von ihrer tatsächlichen Wirkung im internationalen oder nationalen Recht stark unterscheiden können.

Die Menschenrechte in Europa, wie sie in der EMRK und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) festgehalten sind, greifen im Allgemeinen Ansätze beider Prinzipien auf. Zur menschenrechtlichen Annäherung an diese Prinzipien im Kontext der gleichgeschlechtlichen Sexualität muss auch die gleichgeschlechtliche Sexualität selbst als Phänomen aufgeschlüsselt werden. Entsprechend ihrer Wortzusammensetzung ist neben der Sexualität vor allem das Geschlecht für ihr Verständnis entscheidend. Die Zugehörigkeit der Partner zum gleichen Geschlecht ist das Merkmal, das sie ausmacht und von der Norm unterscheidet. Damit sind die vier zentralen Säulen für die Untersuchung in dieser Arbeit bestimmt: Gleichheit, Autonomie, Sexualität und Geschlecht.

## I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Die Arbeit befasst sich demnach mit Prinzipien eines Rechtsbereichs, der nicht nur auf eine wechselvolle Geschichte zurückblickt, sondern auch auf nationaler und auf internationaler Ebene in Europa einem ständigen Wandel unterworfen ist. Die Rechte Homosexueller in Europa können dabei nicht isoliert von der gesellschaftlichen Entwicklung zu dieser Thematik betrachtet werden; sie sind vielmehr als Ergebnis gegenseitiger Aktion und Reaktion zwischen Gesellschaft einerseits sowie Gesetzgebung und Rechtsprechung andererseits zu verstehen. Die Auslegung der Menschenrechte durch die zuständigen Spruchkörper bildet dabei keine Ausnahme.

Die Prinzipien der Gleichheit und Autonomie geben den Rahmen für die Diskussion um die menschenrechtliche Verortung von Sexualität im Allgemeinen und gleichgeschlechtlicher Sexualität im Besonderen vor. Die Klärung des rechtlichen Verständnisses von Sexualität und Geschlecht und ihres Verhältnisses zueinander dient zum einen als Grundlage für die Analyse der einschlägigen Rechtsprechung der menschenrechtlichen Spruchkörper. Zum anderen hängen Ansätze zur rechtlichen Verwirklichung von Gleichheit und Autonomie in diesem Bereich unmittelbar von der Frage ab, welches Grundverständnis von Sexualität und Geschlecht vorherrscht.

Während vereinzelt Arbeiten vorliegen, die die Rechtsprechung zur Regelung von Homosexualität auf europäischer Ebene bis zu einem bestimmten Zeitraum in einem Werk zusammenfassen und eine Entwicklung

aufzeigen,<sup>2</sup> fehlt es an einer umfassenden Untersuchung, die die Rechtsprechung einschließlich ihrer bedeutenden jüngeren Ausprägung auf der Grundlage einer Auseinandersetzung mit den rechtstheoretischen Hintergründen analysiert, systematisch einordnet und weiterentwickelt.

Das Ziel der Arbeit ist es daher, zunächst das Spannungsverhältnis zwischen Autonomie und Gleichheit im Bereich des menschenrechtlichen Schutzes gleichgeschlechtlicher Sexualität in Europa aufzuzeigen. Dies soll es ermöglichen, sodann die wechselvolle und widersprüchliche Entwicklung in ihrer Gesamtheit und Dynamik zu erfassen und einen rechtlichen Ansatz zu entwickeln, der den Schutz gleichgeschlechtlicher Sexualität wirksam, kohärent und widerspruchsfrei im europäischen Menschenrechtsregime verankert.

## II. Gang der Untersuchung

An erster Stelle steht die Auseinandersetzung mit der einschlägigen Terminologie und den dahinterstehenden rechtlichen Theorien. In diesem Zusammenhang sind die Prinzipien Autonomie und Gleichheit im Recht in ihrem Bezug auf Sexualität und Geschlecht relevant. Zunächst soll daher eine erste Annäherung an eine völkerrechtliche Definition von gleichgeschlechtlicher Sexualität und Geschlecht im Allgemeinen sowie im sprachlichen Verständnis der für die europäische Ebene besonders bedeutsamen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) erfolgen. Anschließend werden zentrale Theorien zur Interpretation von Gleichheit und Autonomie im Kontext der rechtlichen Verortung gleichgeschlechtlicher Sexualität vorgestellt und diskutiert. Entsprechend der Verankerung der Prinzipien in einer Vielzahl von Verfassungen und Menschenrechtsverträgen greift die Diskussion auf Ansätze aus verschiedenen Rechtstraditionen zurück. Diese theoretische Auseinandersetzung bildet für den weiteren Verlauf der Untersuchung die Grundlage.

Der zweite Teil soll sodann die explizite rechtliche Verankerung gleichgeschlechtlicher Sexualität im europäischen Recht beleuchten. Dies dient in der Konsequenz insbesondere der Erörterung der Frage, inwieweit der EuGH neben dem für die Auslegung der Menschenrechte in Europa aus-

---

2 Zu nennen sind vor allem *Johnson*, *Homosexuality and the European Court of Human Rights*, 2013 und *Wiemann*, *Sexuelle Orientierung im Völker- und Europarecht*, 2013.

drücklich zuständigen EGMR als Menschenrechtsgericht für Fragen der gleichgeschlechtlichen Sexualität in Erscheinung tritt.

Der dritte und Hauptteil der Arbeit widmet sich der Rechtsprechung des EGMR zur gleichgeschlechtlichen Sexualität. Aufbauend auf der theoretischen Erörterung im ersten Teil soll die Entwicklung der Rechtsprechung nachgezeichnet und in eine Dynamik zwischen gesellschaftlichem Werte- und Weltbildwechsel und der Rolle des EGMR im Diskurs eingeordnet werden. Die Untersuchung erfolgt einerseits historisch-chronologisch und andererseits entlang der Referenzmarken Autonomie und Gleichheit in dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK und dem Diskriminierungsverbot nach Art. 14 EMRK. Die Ergebnisse der Untersuchung werden sodann in einen freiheits- und einen gleichheitsrechtlichen Ansatz zur menschenrechtlichen Erfassung gleichgeschlechtlicher Sexualität eingeordnet. Die Arbeit mündet schließlich in einer Diskussion der beiden Ansätze und einer Beantwortung der Forschungsfrage.

## Erster Teil: Theorie und Terminologie

Im ersten Teil werden die für die Untersuchung relevanten Begrifflichkeiten und Theorien vorgestellt und diskutiert sowie in einem ersten Schritt sprachlich in den Kontext der europäischen Rechtsprechung eingebettet.

### *A. Sexuelle Orientierung und Geschlecht – Gleichheitsrechtliche Anknüpfung*

Gleichgeschlechtliche Sexualität lässt sich mittels verschiedener Konzepte rechtlich erfassen. Die Begriffe „sexuelle Orientierung“ und „Geschlecht“ bieten die am weitesten verbreiteten Anknüpfungspunkte, um Aspekte der Sexualität einer Person im Antidiskriminierungsrecht, auch Gleichheits- oder Gleichstellungsrecht genannt, zu definieren und zu operationalisieren.

#### I. Theorie und rechtliche Anknüpfung

##### 1. Die Yogyakarta-Prinzipien und die Erwartungen an Geschlecht

Einen ersten menschenrechtlichen Zugang zu den oben genannten Begriffen ermöglichen die sogenannten Yogyakarta-Prinzipien<sup>3</sup>. Die Yogyakarta-Prinzipien, vorgestellt im Jahr 2007, wurden von Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftlern aus verschiedenen Staaten mit dem Ziel verfasst, völkerrechtlich bindende Vereinbarungen auf eine sogenannte LGBT<sup>4</sup>-integrierende Weise auszulegen und in den Vertragsstaaten umzusetzen.<sup>5</sup> Es handelt sich dabei nicht um verbindliche Rechtssätze, sondern

---

3 Die Yogyakarta-Prinzipien. Prinzipien zur Anwendung der Menschenrechte in Bezug auf die sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität. Siehe für die deutsche Übersetzung *Hirschfeld-Eddy-Stiftung* (Hrsg.), Yogyakarta-Prinzipien, 2008.

4 LGBT steht für Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender. *Hirschfeld-Eddy-Stiftung* (Hrsg.), Yogyakarta-Prinzipien, 2008, S. 9.

5 *O'Flaherty/Fisher*, Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles, *Human Rights Law Review* 2008, 207, 234 f.; vgl. auch Website der Hirschfeld-Eddy-Stiftung, Die Yogyakarta-Prinzipien, abrufbar unter: <https://www.hirschfeld-eddy-stiftung.de/prinzipien/yogyakarta-prinzipien-1> (letzter Abruf: 09.04.2026).

um eine Auslegung von Menschenrechtsnormen, die von mehreren Staaten und auf der Ebene der Vereinten Nationen positiv aufgenommen wurde.<sup>6</sup> Die sexuelle Orientierung wird in deren Präambel wie folgt definiert:

*„Die Fähigkeit eines Menschen, sich emotional und sexuell intensiv zu Personen desselben oder eines anderen Geschlechts (gender) oder mehr als einen Geschlechts (gender) hingezogen zu fühlen und vertraute und sexuelle Beziehungen mit ihnen zu führen.“<sup>7</sup>*

Der Begriff der sexuellen Orientierung beschreibt danach sowohl einen inneren als auch äußeren Aspekt des Menschseins, der sich zum einen in der Identität einer Person verorten lässt, verdeutlicht durch das die erste Hälfte der Definition prägende „emotional und sexuell intensiv(e)“ Gefühl, und zum anderen den Ausgangspunkt für nach außen erkennbare Handlungen bildet, veranschaulicht in dem in der zweiten Hälfte dargelegten tatsächlichen „(F)ühren“ einer „vertraute(n) und sexuelle(n) Beziehung“.<sup>8</sup> Auffällig ist, dass sich die Definition auf das sogenannte soziale Geschlecht, erkennbar durch den Klammerzusatz „gender“, und nicht auf das biologische Geschlecht (englisch „sex“) bezieht.

Neben der sexuellen Orientierung wird überdies die sogenannte geschlechtliche Identität erläutert. Darunter verstehen die Yogyakarta-Prinzipien

*„das tief empfundene innere und persönliche Gefühl der Zugehörigkeit zu einem Geschlecht (gender), das mit dem Geschlecht (sex), das de[m] betroffene[n] Mensch bei seiner Geburt zugewiesen wurde, übereinstimmt oder nicht übereinstimmt; dies schließt die Wahrnehmung des eigenen Körpers mit ein (darunter auch die freiwillige Veränderung des äußeren körperlichen Erscheinungsbildes oder der Funktionen des Körpers durch medizinische, chirurgische oder andere Eingriffe) sowie andere Ausdrucksformen des Geschlechts (gender), z. B. durch Kleidung, Sprache und Verhaltensweisen.“<sup>9</sup>*

---

6 Chebout, Queering International Law, in: Lembke (Hrsg.), Menschenrechte und Geschlecht, 2014, 132, 136. Siehe auch die Antwort der Bundesregierung aus dem Jahr 2007 auf eine Kleine Anfrage diesbezüglich in BT-Drs. 16/7658: „Die Bundesregierung [...] betrachtet die Yogyakarta-Prinzipien als einen wichtigen Beitrag der Zivilgesellschaft, der geeignet ist, die Debatte zum Thema Diskriminierung aufgrund sexueller Orientierung und Geschlechtsidentität zu versachlichen.“

7 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), Yogyakarta-Prinzipien, 2008, S. 13.

8 Ibid. Vgl. Wiemann, Sexuelle Orientierung im Völker- und Europarecht, 2013, S. 25.

9 Hirschfeld-Eddy-Stiftung (Hrsg.), Yogyakarta-Prinzipien, 2008, S. 13.

Danach beschreibt die geschlechtliche Identität die individuell empfundene Zugehörigkeit zu einem sozialen Geschlecht (englisch „gender“).<sup>10</sup> Dieses wird in der Definition der Yogyakarta-Prinzipien explizit vom biologischen Geschlecht (englisch „sex“) unterschieden.<sup>11</sup> Die geschlechtliche Identität lässt sich entsprechend der angeführten Definition als „tief empfundene(s) innere(s) und persönliche(s) Gefühl“<sup>12</sup> im Einklang mit der namentlichen Bezeichnung ebenfalls als prägender Aspekt der Identität einer Person einordnen. Zudem kann sie danach durch verschiedene Formen äußerlich ausgedrückt werden und somit als Ausgangspunkt für Handlungen dienen.

Die sexuelle Orientierung knüpft nach der angeführten Definition an das soziale Geschlecht an und steht dementsprechend in einem direkten Zusammenhang mit der auf das soziale Geschlecht bezugnehmenden geschlechtlichen Identität.<sup>13</sup> Das soziale Geschlecht stellt gemäß den Yogyakarta-Prinzipien also die Verbindung zwischen den beiden Kategorien dar.

Es wird somit deutlich, dass die Yogyakarta-Prinzipien Sexualität und geschlechtliche Zugehörigkeit zum einen vor allem sozial betrachten und insofern vom biologischen Geschlecht einer Person abkoppeln. Zum anderen betonen sie den identitätsstiftenden Charakter beider Aspekte, der sich jedoch nicht kollektiv, sondern individuell unterschiedlich ausdrückt. Die individuelle Identität steht bei diesen Definitionen also im Vordergrund.

Gleichwohl betrifft die sexuelle Orientierung entsprechend der Definitionen einen disparaten Aspekt der persönlichen Identität, nämlich das Gefühl der Hingezogenheit zu einer anderen Person eines bestimmten sozialen Geschlechts, während die geschlechtliche Identität das Gefühl der eigenen Zugehörigkeit zu einem sozialen Geschlecht beschreiben soll. Ebenso sind sexuelle Orientierung und geschlechtliche Identität Ausgangspunkte für unterschiedliche Handlungen. Einerseits wird das Eingehen einer Beziehung zu einer anderen Person thematisiert, andererseits der Ausdruck des persönlichen Zugehörigkeitsempfindens in der Außenwahrnehmung durch verschiedene Formen. Während also gemäß den Begriffserläuterungen bei der sexuellen Orientierung das unmittelbare Verhältnis zu anderen Personen im Vordergrund steht, beschreibt die geschlechtliche Identität eine Auseinandersetzung mit sich selbst, welche zwar im sozialen Kontext stattfindet, jedoch keinen unmittelbaren Bezug zu konkreten Personen hat.

---

10 *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 30.

11 *Ibid.*

12 *Hirschfeld-Eddy-Stiftung* (Hrsg.), *Yogyakarta-Prinzipien*, 2008, S. 13.

13 Vgl. *Chebout*, *Queering International Law*, in: *Lembke* (Hrsg.), *Menschenrechte und Geschlecht*, 2014, 132, 133.

Gleichgeschlechtliche Sexualität wird nach den Yogyakarta-Prinzipien mithin als Phänomen der Anziehung einer Person zu Personen desselben sozialen Geschlechts verstanden und unter den Oberbegriff der sexuellen Orientierung gefasst.

Allerdings sticht, wie oben beschrieben, der soziale Bezug zur Kategorie Geschlecht besonders hervor. Denklogisch setzt die sexuelle Orientierung danach das individuelle Zugehörigkeitsempfinden zu einem sozial geschaffenen Geschlecht voraus; das biologische Geschlecht spielt in dieser Definition keine Rolle. Diese Fokussierung der Auslegung auf eine soziale Identifikation wirft die Frage auf, inwieweit die sexuelle Orientierung von einem Verständnis der Kategorie Geschlecht im Recht unmittelbar erfasst werden könnte, das deren sozialen Aspekt, der sich nach den Yogyakarta-Prinzipien durch äußere Faktoren wie Aussehen, Kleidung, Sprache oder Verhalten äußern soll, in den Vordergrund stellt.

Einen Anknüpfungspunkt dafür kann das von *Laura Adamietz* erarbeitete Konzept vom Geschlecht als Erwartung bilden.<sup>14</sup> Geschlecht hat danach, wie von den Yogyakarta-Prinzipien vorausgesetzt, eine soziale Ausprägung, die über eine strikte Einteilung in Mann und Frau hinausgeht:<sup>15</sup> Geschlecht sei vielmehr als eine Existenzweise einzuordnen, deren Ursprung sowohl im Biologischen als auch im Sozialen liege.<sup>16</sup> Mit der sozialen Ausprägung gingen Erwartungen an die Geschlechter einher, die durch vorherrschende binäre und heterosexuelle Gesellschafts- sowie regulative Strukturen geprägt seien.<sup>17</sup> Die Nichteinhaltung dieser Erwartungen eines binären Geschlechtermodells, von zwei sich gegenüberstehenden und sich sexuell anziehenden Geschlechtern, mache abweichende sexuelle Orientierungen und auch geschlechtliche Identitäten aus.<sup>18</sup> In der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung oder der geschlechtlichen Identität drücke sich so die enttäuschte Erwartung aus, nicht entsprechend der „vermeintlichen Zugehörigkeit zu einer vermeintlichen Geschlechtsgruppe“ zu handeln.<sup>19</sup> Die Kategorie Geschlecht im Antidiskriminierungsrecht könne dementsprechend als Erwartung gedeutet werden, die explizit die Anknüp-

---

14 Siehe *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011.

15 *Ibid.*, S. 109.

16 *Ibid.*, S. 109 f., mit Bezug auf *Maihofer*, *Geschlecht als Existenzweise*, 1995.

17 *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 258.

18 *Ibid.*, S. 260. So auch *Richter*, *Ehe und Partnerschaft im Recht der Europäischen Union – Wie weit reicht die Bestimmungsmacht der Mitgliedstaaten?*, ZEuS 3 (2014), 301, 303.

19 *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 271.

fung von Maßnahmen und Handlungen an die sexuelle Orientierung einer Person umfasse.<sup>20</sup> Gleichgeschlechtliche Sexualität als Nichterfüllung der Erwartungen ist demnach als Teil der rechtlichen Kategorie Geschlecht einzuordnen.

Allerdings stellt sich die Frage, inwieweit ein solches Verständnis von Geschlecht Diskriminierungen und insbesondere Gewalt gegen Frauen erfassen kann, die unabhängig davon existieren, ob eine Frau die gesellschaftlichen Erwartungen erfüllt oder nicht.<sup>21</sup> *Adamietz* begegnet dieser Kritik, indem sie die „Natur der Erwartung Geschlecht“ als hierarchisch angeordnet definiert.<sup>22</sup> Diskriminierung und Gewalt, die Frauen erleben, die den gesellschaftlichen Erwartungen entsprechen, beruhe auf einer „misogyne(n) Erwartung bestimmter bei Frauen vorliegender Eigenschaften“, welche ebenfalls rechtlich zu beanstanden sei.<sup>23</sup>

Warum die Erwartungen an Geschlecht hierarchisch angeordnet sein sollen und auf welcher Grundlage und sozialen Dynamik eine solche Hierarchisierung basiert, bleibt jedoch unscharf. Wie im Rahmen der Yogyakarta-Prinzipien wird zudem ein soziales Geschlecht angenommen, das zum einen eine individuelle Identität darstellt und zum anderen unser Bild auf Geschlecht prägt. Fraglich ist insofern auch das Ziel dieses Ansatzes. Wenn die Zugehörigkeit zu einem sozialen Geschlecht eine Identität ist und das Geschlecht gleichzeitig eine hierarchisch angeordnete Erwartung begründet, soll dann lediglich die Stigmatisierung in Bezug auf das soziale Geschlecht oder das soziale Geschlecht an sich rechtlich beanstandet werden? Offen ist auch das Verhältnis zwischen dem sogenannten sozialen und dem biologischen Geschlecht im Sinne der körperlichen Realität von Mann und Frau im Hinblick auf Diskriminierungen. Es bleibt die Frage, ob ein solches Verständnis des Diskriminierungsverbots einer vermeintlich geschlechtlich und sexuell hierarchisierten Gesellschaft gerecht werden kann oder ob es nicht wie ein traditionelles Verständnis des Diskriminierungsverbots mittels eines formellen Vergleichs zweier Sachverhalte oder Personen Frauenfeindlichkeit und Homophobie nur indirekt adressiert, indem es sich in erster Linie gegen Stigmatisierungen richtet.

Der vorgestellte Ansatz und die Yogyakarta-Prinzipien versuchen ein angepasstes Verständnis von Geschlecht und Sexualität im Diskriminierungsrecht zu skizzieren. Sie werfen jedoch neue rechtliche Probleme auf,

---

20 Ibid., S. 250 ff.

21 So auch *Elsuni*, Geschlechtsbezogene Gewalt und Menschenrechte, 2011, S. 47.

22 *Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011, S. 258 f.

23 Ibid., S. 259.

da sie das biologische Geschlecht weitgehend außer Acht lassen und ein soziales Geschlecht nicht widerspruchsfrei definieren können. Sie geben auch keine überzeugenden Antworten auf alte Fragen nach der Erfassung der Dynamik und des Zusammenhangs von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts und der Sexualität. Eine rechtlich praktikable und effektiv handhabbare Antwort auf das komplexe Zusammenspiel von Geschlecht, Sexualität und sozialem Gefüge fehlt damit.

## 2. Ein machttheoretisches Verständnis von Geschlecht

Ein weiteres im Antidiskriminierungsrecht zu verortendes Konzept bietet das sogenannte machttheoretische Verständnis von Geschlecht, das die Rechtswissenschaftlerin und Feministin *Catharine A. MacKinnon* geprägt hat.<sup>24</sup> Zentral für ihre Auseinandersetzung mit der Kategorie Geschlecht ist dabei ausdrücklich das Verhältnis zwischen Geschlecht, Sexualität und Macht.<sup>25</sup>

### a. Methodik

Den methodischen Ausgangspunkt ihres Ansatzes bilden die Erfahrungen von Frauen in der Gesellschaft, die im Verfahren der Selbsterfahrung und Bewusstseinsbildung reflektiert und sichtbar gemacht werden.<sup>26</sup> Dieser erkenntnistheoretische Vorgang soll eine Theorie ermöglichen, die der Realität von Frauen nicht als abstrakter Gedanke aufgestülpt wird, sondern

---

24 Siehe als Auswahl *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989, S. 218 f., 232; *MacKinnon*, *Equality*, *Daedalus*, the *Journal of the American Academy of Arts & Sciences* 149 (2020), 213, 215; *MacKinnon*, *Points against Postmodernism*, *Chicago-Kent Law Review* 75 (2000), 687, 688 ff.; vgl. auch *Baer*, *Würde oder Gleichheit*, 1995, S. 231 ff., die den Ansatz MacKinnons aufgreift.

25 *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989, S. 127 ff.; *Baer*, *Würde oder Gleichheit*, 1995, S. 231 ff.

26 *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1989, S. 83 ff., u. a. geht MacKinnon auf das Modell der sogenannten *Consciousness-raising groups* ein, das in der Frauenbewegung der 1960er und 1970er entwickelt wurde und ein, wenn auch nicht das einzige, Medium zur feministischen Bewusstseinsbildung gewesen sei. Siehe auch *MacKinnon*, *Points against Postmodernism*, *Chicago-Kent Law Review* 75 (2000), 687, 688 ff.; *Baer*, *Würde oder Gleichheit*, 1995, S. 232 f.