

Sibylle Raasch

Gleichstellung der Geschlechter oder Nacharbeitsverbot für Frauen?

Das Nacharbeitsverbot für Frauen wankt in Europa bereits seit längerem. Zusammen mit Belgien bildeten Deutschland (alte Bundesländer), Frankreich und Österreich eine letzte harte Restgruppe¹. Allerdings war auch in diesen Ländern das Verbot durchlöchert von quantitativ und qualitativ erheblichen Ausnahmen. Wo Nacharbeit durch Frauen für die Wirtschaft wichtig ist, wie beispielsweise in der Gastronomie, im Unterhaltungsbereich oder in der Krankenpflege, war sie faktisch auch in diesen Staaten zugelassen. 7,2% aller beschäftigten Frauen leisteten 1989 in der alten Bundesrepublik Nacharbeit, im Dienstleistungsbereich allein waren es schon 14,8%, bei jeweils steigender Tendenz².

Jetzt liegen für Frankreich, mit Auswirkungen auch auf den gesamten Bereich der EG, sowie Deutschland und Österreich neue höchstrichterliche Entscheidungen vor, die sich bei vergleichbarer Fallkonstellation nach Begründung und Ergebnis erheblich unterscheiden: Im Juli 1991 entschied der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften³, Art. L 213-1 des französischen Code du travail sei als Hemmnis für den Wettbewerb freier Marktbürgerinnen und -bürger wegen Geschlechtsdiskriminierung nicht mehr anwendbar. Das deutsche Bundesverfassungsgericht ist diesem Ergebnis für den Fall des § 19 Abs. 1 AZO im Januar 1992 gefolgt⁴, jedoch nicht ohne bei dieser Gelegenheit eine differenziertere gleichstellungspolitische Position zu beziehen. In Kenntnis und unter Bezugnahme auf diese beiden Urteile hat danach im März 1992 der österreichische Verfassungsgerichtshof das dortige Frauennachtarbeitsgesetz dennoch als nicht frauendiskriminierend aufrechterhalten⁵ und seine bereits im Juni 1988 bezogene Position eher patriarchalischer Protektion von Frauen⁶ trotz der ansonsten wachsenden EG-Orientierung österreichischer Politik und Rechtsprechung⁷ erneut bekräftigt.

Hauptfrage war in allen drei Entscheidungen, ob das Nacharbeitsverbot frauendiskriminierend oder als Schutz der Frau gegen Doppelbelastung durch Nacharbeit einerseits und Haus- und Erziehungsarbeit andererseits gerechtfertigt ist. Insofern eröffnet der Vergleich der drei Entscheidungen Perspektiven, wie Recht angesichts der vorherrschenden geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung in der Gesellschaft mit dem Gleichberechtigungsanspruch der Frauen umgehen kann und soll, auch über die Nacharbeitsproblematik hinaus. Im folgenden möchte ich daher untersuchen, wie

¹ Vgl. E. Waldherr: Das EuGH-Erkenntnis zum Nacharbeitsverbot für Frauen, in: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Hg.): Nacharbeit, März 1992, S. 73 ff., S. 74.

² H. Seifert/B. Stolz-Willig: Nacharbeit sozialverträglich gestalten, in: WSI Mitteilungen 1992, S. 158 ff., S. 159.

³ EuGH, Rs. C-345/89 vom 25. 7. 1991, EuGRZ 1991, S. 421 ff.

⁴ BVerfG, 1 BvR 1025/82 u. a. vom 28. 1. 1992, EuGRZ 1992, S. 17 ff.

⁵ VfGH, G 220-222/91-9 vom 12. 3. 1992, in: Bundesministerium a. a. O., S. A 40ff.

⁶ VfGH, B 806/807 vom 30. 6. 1988, VfSlg. 11.774/1988, S. 865 ff. = EuGRZ 1992, S. 370 ff.

⁷ Vgl. VfGH, EuGRZ 1991, S. 491.

die drei Gerichte in ihren Entscheidungen die Problematik der geschlechtsspezifischen Arbeitsteilung wahrnehmen (1.). Vor dem Hintergrund der These, daß die hiermit zusammenhängende strukturelle Frauendiskriminierung mit den tradierten rechtlichen Diskriminierungsverboten nicht zu beseitigen ist (2.), sollen dann die gleichstellungsrechtlichen und frauenpolitischen Implikationen und Konsequenzen der drei Entscheidungen im Vergleich näher untersucht werden (3.).

1. Die Nacharbeitsfrage als Problem fortbestehender geschlechtsspezifischer Arbeitsteilung

EuGH und BVerfG stimmen darin überein, daß Nacharbeit für Frauen allgemein betrachtet ebenso schädlich ist wie für Männer, und auch der VfGH zieht die alte These von der besonderen biologischen Schutzbedürftigkeit der nacharbeitenden Frau inzwischen zumindest in Zweifel. Diese Rechtsprechung befindet sich in Einklang mit der neuen arbeitsmedizinischen Literatur⁸. Ein spezifisches gesundheitliches Schutzbedürfnis von Frauen vor Nacharbeit wird in der Literatur vor allem damit begründet, daß bei Frauen durch Nacharbeit nicht nur der Biorhythmus gestört werde, sondern sie zusätzlich im Gegensatz zu Männern noch der Doppelbelastung von Nacharbeit und Haus- und Erziehungsarbeit unterliegen. Insbesondere das Schlafdefizit von Nacharbeiterinnen, die tagsüber Hausarbeit leisten und sich um ihre Kinder kümmern müßten, wird angeführt⁹.

Der EuGH stellt sich der Hausarbeitsproblematik in seinem Urteil nicht. Lakonisch formuliert er, daß die Richtlinie 76/207/EWG, an welcher er die Zulässigkeit des französischen Frauennachtarbeitsverbots mißt, nicht zum Gegenstand habe, »die internen Verhältnisse der Familie zu regeln oder die Aufgabenteilung zwischen den Eltern zu ändern«¹⁰. Mit demselben Hinweis hatte der EuGH bereits 1984 die Klage eines deutschen Vaters auf Mutterschaftsurlaub nach dem damaligen Mutterschutzgesetz zurückgewiesen¹¹. Auch wenn die Stoßrichtung der EG-Richtlinie damit zutreffend wiedergegeben wird, ist dieses Vorgehen problematisch. Die scharfe Trennung, die der EuGH zwischen Privatbereich und Erwerbsbereich ziehen möchte, ist nicht aufrechtzuerhalten, wie unten (2.) genauer ausgeführt werden soll.

Der VfGH meint, »daß das traditionelle Rollenbild der Frau in Haushaltsführung und Kindererziehung nur allmählich einem partnerschaftlichen Verhalten weicht« und »Frauen bisher die Hauptlast der Haushaltsführung und Kindererziehung... noch immer tragen«¹². Die Einschätzung des BVerfG erscheint demgegenüber differenzierter und tendenziell optimistischer. Die Doppelbelastung treffe die Frau in ihrer ganzen Schwere nur dann, wenn sie betreuungsbedürftige Kinder habe und allein stehe oder der Mann ihr trotz der Nacharbeit Haushalt und Kinder überlasse. Da auch alleinerziehende Väter und partnerschaftlich lebende Paare der Doppelbelastung ausgesetzt seien, ginge es letztlich hier um ein »nicht zu leugnendes Schutzbedürfnis für Nacharbeiterinnen und Nacharbeiter, die zugleich Kinder zu betreuen und einen Mehrpersonenhaushalt zu führen« hätten. Dem aber könne sach-

⁸ Vgl. G. Elsner: Nachschichtarbeit ist grundsätzlich schädlich, in: AiB 1992, S. 194 ff.; B. Küpper/Br. Stoltz-Willig: Frauenarbeitschutz – noch zeitgemäß in einem vereinten Deutschland? in: WSI Mitteilungen 1991, S. 555 ff., S. 559, jeweils m. w. N.

⁹ BVerfG, EuGRZ 1992, S. 21 m. w. N.; M. Dobberthien: Schutz der oder Schutz vor weiblicher Arbeitskraft? in: WSI Mitteilungen 1981, S. 233 ff., S. 236; Küpper/Stoltz-Willig, a. a. O., S. 560.

¹⁰ EuGH, EuGRZ 1991, S. 422.

¹¹ EuGH, Slg. 1984, S. 3047 ff., S. 3075.

¹² VfGH, Bundesministerium a. a. O., S. A 43 m. w. N.

gerechter durch Regelungen Rechnung getragen werden, die an diesen Tatbestand anknüpften. Der soziale Befund reiche zur Rechtfertigung einer geschlechtsbezogenen Ungleichbehandlung nicht aus¹³.

Damit allerdings eilt das BVerfG der realen Entwicklung zum Teil weit voraus. Breit angelegte empirische Untersuchungen 1985 und 1988 kommen bezogen auf die Mitarbeit der Männer im Haus zu eher deprimierenden Ergebnissen: »92% aller Männer, die mit ihrer Partnerin zusammenleben, fühlen sich durch Hausarbeit kaum belastet. Zu Recht: Sie tun so gut wie nichts«¹⁴. »Der äußere Machtzuwachs der Frau, der mit eigenem Geld, Berufsstatus etc. verbunden ist, verändert in den heutigen Partnerschaften nicht unbedingt die inneren Entscheidungsstrukturen... Die Männer... unterstützen die Berufstätigkeit ihrer Frau. Aber nur, solange es ihre Bequemlichkeit nicht schmerzlich tangiert und es dem Kind ihrem Urteil nach gut geht«¹⁵. Selbst bei Hausmännern mit vollzeitbeschäftigte Partnerin leistet die Frau noch immer fast die Hälfte der anfallenden Hausarbeit.¹⁶ Auch in der DDR konnte bei den Männern kein entscheidender Durchbruch zur Entlastung berufstätiger Frauen von Familienverantwortung erreicht werden¹⁷. Bei genauerer Betrachtung leisten Frauen Hausarbeit im übrigen keineswegs nur für ihre Kinder und pflegebedürftigen Angehörigen, sondern ebenso auch für ihre Männer, die »Ansprüche« häufig auch viel geschickter und nachdrücklicher einzufordern verstehen. Die Belastungsdiskrepanz zwischen Frauen und Männern ist damit noch größer: Der weiblichen Mehrarbeit für andere steht das männliche Entlastetsein durch andere heute noch als Regelfall gegenüber. Die alleinerziehenden Väter schließlich machten in den alten Bundesländern noch 1987 nur einen Anteil von 14% an allen Alleinerziehenden aus, in der DDR scheinen sie seit 1981 mit nur 1% auch heute noch eine zu vernachlässigende Größe darzustellen¹⁸. Der durch Haus- und Erziehungsarbeit »wie eine Frau« belastete Mann hat also immer noch Seltenheitswert ebenso wie die durch ihren Mann partnerschaftlich entlastete Frau.

Dennoch entspricht die Situation der erwerbstätigen Frau mehrheitlich nicht mehr dem Bild der doppelt belasteten Hausfrau und Mutter, von dem das Nacharbeitsverbot konzeptionell ausgeht. Mit sinkender Geburtenrate, steigender Lebenserwartung und einer wachsenden Zahl auch jüngerer Alleinlebender kann heute nicht mehr pauschal unterstellt werden, jede Frau sei Hausfrau und Mutter. In der alten Bundesrepublik waren 1987 nur 55% der erwerbstätigen Frauen verheiratet und nur 22% hatten Kinder unter 15 Jahren. Seine reale Entsprechung findet das Frauenbild des Nacharbeitsverbots vor allem bei der Gruppe der 35- bis 44-jährigen erwerbstätigen Frauen: Hier waren 1985 74% verheiratet, und 69,9% hatten mindestens ein lediges Kind in der Familie¹⁹. Der VfGH sieht diese Unterschiede zwischen Frauen in verschiedenen Lebenslagen, möchte es denjenigen Frauen, »die dieses Schutzes aufgrund ihrer günstigen Lage nicht (mehr) bedürfen«, jedoch zumuten, »in Solidarität mit den Schutzbedürftigen auf Nacharbeit zu verzichten«²⁰.

Für ein derartiges Solidaritätsopfer besteht jedoch keine Notwendigkeit, wenn, wie vom BVerfG vorgeschlagen, der Schutz an die tatsächlich vorhandene Belastung mit durch Kinder bedingter Haus- und Erziehungsarbeit anknüpft. Der Lösungsweg des BVerfG ist zudem emanzipatorischer, weil er Frau-Sein und soziale Mutterschaft

13 BVerfG, EuGRZ 1992, S. 21 f.

14 S. Metz-Göckel/U. Müller: Der Mann, 1985, S. 24 m. w. N.

15 G. Erler u. a.: Kind? Beruf? oder beides? 1988, S. 56 ff.

16 B. Strümpel u. a.: Teilzeitarbeitende Männer und Hausmänner, 1988, S. 9 und 12 ff.

17 G. Winkler (Hg.): Frauenreport '90, 1990, S. 81.

18 BMJFFG (Hg.): Frauen in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, S. 59; Winkler a. a. O., S. 112 f.

19 BMJFFG a. a. O., S. 32; Stat. Bundesamt: Frauen in Familie, Beruf und Gesellschaft, 1987, S. 88.

20 VfGH, Bundesministerium a. a. O., S. 143.

nicht mehr gleichsetzt, sondern nach der tatsächlichen Rollenverteilung im Einzelfall fragt und offen dafür ist, das – derzeit leider noch ausstehende – familiäre Engagement von Männern einzubeziehen.

2. Strukturelle Frauendiskriminierung und Gleichberechtigungsgebot

Eine »strukturelle Frauendiskriminierung« begrifflich neben bzw. hinter die rechtsdogmatisch weitgehend umrissenen Fälle direkter und mittelbarer Diskriminierung²¹ zu stellen, geht auf das Benda-Gutachten zur Hamburger Frauenquote im öffentlichen Dienst 1986 zurück²². Benda meint damit den Fall, daß durch zahlenmäßige Diskrepanzen zwischen den Geschlechtern ungleiche Ergebnisse sichtbar werden, die auf eine Benachteiligung der Frauen hinweisen, ohne daß der Diskriminierungsvorgang für einzelne Frauen belegt und konkrete Arbeitgeber als dafür verantwortliche Diskriminierer sanktioniert werden können. Beispielsweise ist die Unterrepräsentanz von Frauen in sog. Männerberufen oder dem Führungsbereich nicht ausschließlich direkter und mittelbarer Einstellungs- und Aufstiegsdiskriminierung geschuldet. Die Kausalkette reicht vielmehr grob vereinfacht von der frühkindlichen Erziehung der Frauen zu Anpassungsbereitschaft und sozialer Mutterschaft über Schule und Hochschule, die Frauen immer noch auf dienende und helfende Berufe hin orientieren und keine Vorbilder für einflußreiche, durchsetzungsfähige Frauen liefern, über Partnerschaftskonzepte, nach denen die Frau immer noch kleiner, dem Mann zumindest ein wenig unterlegen und angepaßt zu sein hat, bis hin zu der Tatsache, daß in Männerberufen und Führungspositionen besonders wenig auf familiäre Orientierungen und Belastungen Rücksicht genommen wird. In diesem Sinne ist Frauenbenachteiligung heute noch strukturell, gehört zum gesellschaftlichen Grundmuster und ist allein durch einzelfallbezogene Verbote direkter und mittelbarer Diskriminierung nicht zu beseitigen.

Das BAG hat diesen Unterschied zwischen mittelbarer und struktureller Diskriminierung bereits einmal im Fall der Privilegierung von männlichem Führungspersonal bei der betrieblichen Altersversorgung implizit deutlich gemacht. Im Gegensatz zum Fall der Benachteiligung von weiblichen Teilzeitkräften weigerte sich das BAG, eine mittelbare Diskriminierung anzunehmen, obwohl Frauen in den begünstigten Führungspositionen quantitativ ebenso deutlich unterrepräsentiert waren wie in der Teilzeitarbeit überrepräsentiert. Es sei »zu berücksichtigen, daß sich die negative Auswahl von weiblichen Arbeitnehmern in mehreren Schritten« vollziehe und nicht allein im Zusammenhang mit der umstrittenen Versorgungsregelung gewürdigt werden könne. Es sei keine Besonderheit gerade eines einzelnen Betriebes, daß die Zahl der Frauen in Aufstiegspositionen weitaus geringer sei als ihr Anteil an der Gesamtbelegschaft²³. Im Ergebnis beurteilte es die günstigere Altersversorgungsregelung der Männer in Führungspositionen als für sich betrachtet nicht diskriminierenden letzten Schritt in einer Abfolgekette, deren Ergebnis auf andere Weise zu korrigieren sei.

Innerhalb des Multifaktorenbündels struktureller Diskriminierung ist die einseitige Einbindung nur der Frauen in private Haus-, Erziehungs- und Pflegearbeit ein zentraler Kulminationspunkt. Hand in Hand als Kehrseite ein und derselben Medaille

²¹ Siehe hierzu ausführlich H. M. Pfarr/Kl. Bertelsmann: Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989.

²² E. Benda: Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst, 1986, S. 7 und 33.

²³ BAG, DB 1987, S. 994 f.

entstanden außerhäusliche Erwerbsarbeit des Mannes und Hausfrauendasein der Frau in der bürgerlichen Gesellschaft des 18./19. Jahrhunderts²⁴. Das am männlichen Lebenszusammenhang orientierte heutige Normalarbeitsverhältnis, konzipiert als lebenslang, ganztags und unterbrechungslos, ist nur lebbar, wenn es unterstützt und flankiert wird durch ein nicht denselben Zwängen des Erwerbslebens folgendes versorgendes Hausfrauendasein. Gerade die Einführung des Nachtarbeitsverbots trug mit dazu bei, das Konzept der »Hausfrau« und des »Familienlohns« mitzuschaffen und zu verfestigen auch dort, wo die Frauen tatsächlich außer Haus arbeiteten²⁵. Wer Frauen als Gruppe ebenso wie Männern den Erwerbsbereich und die bezahlte Arbeit zugänglich machen will wie der EuGH, muß sich deshalb auch über die andere Hälfte der gesellschaftlich notwendigen Arbeit, die Frauen bisher allein leisteten, Gedanken machen.

Die tradierte ratio von Diskriminierungsverboten war es bisher, den Mann zum Maßstab des Normalniveaus zu machen, von dem Frauen als Diskriminierte wegen ihres Geschlechts ausgeschlossen sind. So sprach Dürig von der »Zielrichtung des Gleichberechtigungsgrundsatzes auf Angleichung der Frauenstellung an die Position des Mannes«²⁶. Die Diskriminierungsfeststellung kann nur im Vergleich zwischen den Geschlechtern geschehen, wobei die direkte Diskriminierung im unmittelbaren personalen Vergleich zwischen Mann und Frau und die mittelbare durch Relationen quantitativ unterschiedlicher Betroffenheit der Geschlechter erfolgt, insofern ist Dürig Recht zu geben. Die Folgerung, die Beseitigung der Diskriminierung könne deshalb auch nur so geschehen, die Frau auf das Niveau des Mannes zu heben, ist jedoch kurzsinnig, wenn man sie auf die gesamte Gesellschaft und einen längeren Zeithorizont bezieht. Es muß auch um Umverteilung gehen. Im Rahmen der innergewerkschaftlichen Auseinandersetzungen um Frauenlohdiskriminierung wurde das schon früh deutlich: Weil bei konstanter Lohnsumme letztlich nur eine Umverteilung der gesamten Lohnsumme zwischen beiden Geschlechtern Abhilfe verspricht, war die männliche Gewerkschaftsmehrheit bisher nie für einen nachdrücklichen Einsatz auf breiter Linie gegen Frauenlohdiskriminierung zu aktivieren²⁷.

Gleichstellungspolitik, die Frauen die Erwerbsarbeit wie Männern zugänglich machen will, also tatsächliche Wettbewerbsfreiheit auf dem Arbeitsmarkt herstellen will, muß Strukturveränderungen sowohl am Normalarbeitsverhältnis als auch im familiären Bereich vornehmen. Schon deshalb greifen sowohl die EG-Gleichbehandlungsrichtlinien 76/207 als auch der EuGH in seinem Bezug allein hierauf zu kurz, wenn sie sich auf den Erwerbsbereich beschränken. Gleichbehandlungspolitik kann langfristig nicht losgelöst von den faktischen und rechtlichen familiären Rahmenbedingungen betrieben werden²⁸. Es zeigt die wachsende Sensibilität des BVerfG für den Zusammenhang von Haus- und Erwerbsarbeit, daß es sich zumindest in der Rentenfrage zunehmend derartigen Problemen öffnet²⁹.

Allerdings handelt es sich hier um erste tastende Schritte. Ein nachhaltiger Schlag gegen strukturelle Frauendiskriminierung ließe sich nur führen, wenn das Arbeits- und Sozialrecht Haus- und Erwerbsarbeit miteinander kombiniert zum Normalfall erheben und durch entsprechende flankierende Maßnahmen auch tatsächlich lebbar

²⁴ Vgl. U. Frevert: Frauen-Geschichte, 1986; U. Gerhard: Verhältnisse und Verhinderungen, 1978.

²⁵ J. Borley: Die Nachschichtarbeit von Frauen, in: Bundesministerium a. a. O., S. 35 ff., S. 39.

²⁶ G. Dürig: Art. 3 Abs. II, in: Th. Maunz u. a.: Grundgesetz, 1973, Rdn. 47.

²⁷ Vgl. P. Drosel: Die Lohndiskriminierung der Frauen, 1986.

²⁸ M. Csillag/J. Eichinger: Frauennacharbeitsverbot und Gleichbehandlung im EG-Raum, in: ZAS 1992, S. 17 ff., S. 20.

²⁹ BVerfG, 1 BvL 51/86, 50/87 und 1 BvR 873/90, 761/91 vom 7.7.1992, EuGRZ 1992, S. 308 ff.

machen würde³⁰. Durch bloße »Mithilfe« einer größeren Anzahl von Männern im Haushalt und ein paar »Ausnahmeregelungen« mehr zugunsten von mit Haus- und Erziehungsarbeit belasteten Menschen ist wenig gewonnen. Beides stellt – wie schon an der Begrifflichkeit ablesbar – die heutige gesellschaftliche Normalitätsstruktur nicht in Frage.

Für eine effektive Umsetzung des grundgesetzlichen Gleichberechtigungspostulats in seiner historisch intendierten Stoßrichtung ebenso wie in seiner funktional heute gebotenen Interpretation nicht nur als Diskriminierungs-, sondern auch als Gleichstellungsgebot zugunsten der Frauen³¹ sind folgende Konsequenzen zu ziehen:

- Individualrechtlich konzipierte Diskriminierungsverbote können nur dort zugunsten der Frauen als Gruppe effektiv werden, wo Gleichheit zwischen den Geschlechtern im Sinne von Angleichung an die Position der Männer als Gruppe auch tatsächlich herstellbar ist. Sie allein können allerdings auch in diesem Fall nicht genug Breitenwirkung entfalten.
- Ausnahmeregelungen und geschlechtsspezifisches Schutzrecht haben dort ihre Existenzberechtigung, wo Gleichheit zwischen den Geschlechtern nicht herstellbar ist. Mit Sicherheit kann das jedoch nur im Bereich der biologischen Geschlechtsunterschiede, also im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Geburt, angenommen werden. Weil dieses Recht tradierte Geschlechtsrollen zu konservieren neigt, sollte es daher auch nur auf diesen Bereich begrenzt angewendet werden.
- Zur Beseitigung struktureller Frauendiskriminierung bedarf es eines neuen gleichstellenden Rechts, das seine Zielgrößen nicht einfach bei den Männern suchen und auf die Frauen übertragen darf. In einer umfassenden Betrachtung von Erwerbsbereich und sog. Privatbereich ist jeweils zu ermitteln, was eine gesellschaftlich optimale neue Lösung für beide Geschlechter sein könnte, um eine Angleichung der Chancen dorthin zu befördern. Dafür müssen außerhalb des tradierten Antidiskriminierungsrechts neue Wege beschritten werden, die auch eine Bezugnahme auf das Geschlecht gestatten, allerdings nur soweit und solange es für die Transformationsaufgabe unerlässlich ist.

3. Das Nachtarbeitsverbot zwischen Diskriminierung, Schutz und Gleichstellung der Frau

Für den EuGH war ausschlaggebendes Argument zur Ablehnung des Frauennachtarbeitsverbots, daß es für Frauen im Wettbewerb um Arbeitsplätze mit Männern ein diskriminierender Nachteil sei, der sich nicht mehr durch alte Schutzgedanken rechtfertigen lasse. Doch die Wettbewerbsperspektive ist nicht so eindeutig, wie die EuGH-Entscheidung glauben macht. Keine Nacharbeit leisten zu müssen, ist vom Blickpunkt der Lebensqualität her durchaus auch ein Privileg – solange Tagesarbeit als Alternative offensteht. Umgekehrt eröffnet die Abschaffung des Nachtarbeitsverbots Frauen nicht nur neue Arbeitsbereiche. Sie verschließt möglicherweise familiär belasteten Frauen auch bisherige Arbeitsbereiche, weil diese Frauen nun kein Gegenrecht gegen ihren nächtlichen Einsatz mehr geltend machen können³². In

³⁰ Siehe hierzu die Perspektiven von Muckenberger u. a.: *Niemand darf wegen seiner Arbeitszeitoptionen benachteiligt werden*, in: *Die Mitbestimmung* 6/1992, S. 8 ff.

³¹ Ausführlich hierzu H. Pfarr: *Quoten und Grundgesetz*, 1988, S. 27 ff.; S. Raasch: *Frauenquoten und Männerrechte*, 1991, S. 119 ff.; V. Slupik: *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis*, 1988.

³² Vgl. J. Rowhani: *Die Nacht den Frauen?* in: *Bundesministerium a. a. O.*, S. 61 ff., S. 69 f.

der Praxis zu beobachten sind beide Entwicklungstendenzen. In Japan verwandelte sich die Halbleiterindustrie mit Einführung der vollkontinuierlichen Produktion unter Fortgeltung des Frauennachtarbeitsverbots innerhalb von nur zehn Jahren bis 1982 von einer 80%igen Frauenindustrie zu einer 80%igen Männerindustrie³³. Wäre es allerdings ohne die Frauen nicht gegangen, weil auf dem Arbeitsmarkt zu wenig Männer zur Verfügung gestanden hätten, darf nach den überall geltenden, wirtschaftspolitisch motivierten Durchbrechungen des Nachtarbeitsverbots³⁴ allerdings vermutet werden, daß die japanischen Frauen auch hier aufgrund einer Ausnahmeregelung hätten bleiben können. Umgekehrt zeigen die Zugangsschwierigkeiten, die Frauen in den attraktiven Bereichen der gewerblich-technischen Berufe noch immer haben, selbst wenn dort keine Nachtarbeit zu leisten ist³⁵, daß der Verweis auf das Nachtarbeitsverbot die Wettbewerbsnachteile von Frauen auf dem Arbeitsmarkt keinesfalls hinreichend erklärt. Auch in Schweden und der DDR, in deren Rechtssystem es kein Frauennachtarbeitsverbot gab und gibt, war und ist der Arbeitsmarkt genau wie in der Bundesrepublik Deutschland geschlechtsspezifisch segmentiert³⁶.

Schutzeffekt und Diskriminierungsrichtung sind also im Fall des Frauennachtarbeitsverbots nicht eindeutig zu bestimmen. Sie wechseln je nach den arbeitsmarktpolitischen Vorzeichen. Den Frauen werden aufgrund ihrer Durchsetzungsschwäche auf dem Arbeitsmarkt als doppelt belastete Arbeitskräfte im Regelfall die Prämissen von außen gesetzt. Mit oder ohne Nachtarbeitsverbot können sie ihre Arbeitsmarktwettbewerbsfreiheit nicht ausnutzen, solange die strukturelle Diskriminierung auf der Basis heutiger geschlechtsspezifischer Arbeitsteilung fortdauert. Diesem Problem allerdings stellt sich der VfGH wie auch das bisherige EG-Recht³⁷ gerade nicht.

Der VfGH begründet seine Entscheidung für die Beibehaltung des Frauennachtarbeitsverbots mit dem Schutzaspekt. Seiner Ansicht nach sind die Wettbewerbsnachteile, die Frauen durch das Nachtarbeitsverbot eventuell auf dem Arbeitsmarkt erleiden, im Interesse ihres Schutzes vor noch weitergehenden und gefährlicheren Nachteilen hinzunehmen³⁸.

Ob dieser Schutz tatsächlich positiv zu bewerten ist, bleibt jedoch auch außerhalb seiner tradierten Gesellschaftsrollen konservierenden Langzeiteffekte und neben der Tatsache seiner rein wirtschaftlich orientierten Durchlöcherung fraglich. Die mit Hausarbeit belastete Frau befindet sich nämlich in einer Zwickmühle, die auch der VfGH sieht: Einerseits lehnen gerade Frauen Nachtarbeit aus familiären Gründen besonders stark ab. Andererseits jedoch bietet Nachtarbeit für viele Frauen faktisch die einzige oder doch günstigste Möglichkeit, überhaupt erwerbstätig zu sein. Empirisch feststellbar ist einerseits eine besonders kritische Haltung verheirateter Frauen und insbesondere von Frauen mit Kindern zur Nachtarbeit. Aus familiären Gründen wird gerade diese Arbeitsform abgelehnt. Andererseits sind faktisch dann doch mehr Frauen mit kleinen Kindern als andere bereit, nachts zu arbeiten³⁹. Dem-

33 I. Lenz: Frauenarbeits-Futurismus-Tango, in: Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis 9/10 1983, S. 75 ff., S. 85.

34 So auch Th. Blank/H. Diederich: Das Ende des Nachtarbeitsverbots? in: ArbuR 1992, S. 165 ff., S. 166.

35 Vgl. J. Strauß: Junge Frauen in gewerblich-technischen Berufen, 1986.

36 Vgl. M. Sterner/G. Furst Mellstrom: Das schwedische Experiment, 1985, S. 19 ff.; Winkler a.a.O., S. 55 ff.

37 S. Raasch: Perspektiven für die Gleichberechtigung im EG-Binnenmarkt '92, in: KJ 1990, S. 62 ff., S. 64.

38 VfGH, in: Bundesministerium a.a.O., S. A 43; VfSlg. 11.774/1988, S. 870.

39 Borley, a.a.O., S. 48 f.; V. Peykan: Zur Situation von Nachschichtarbeiterinnen, in: Bundesministerium, a.a.O., S. 19 ff., S. 50; Seifert/Stolz-Willig, a.a.O., S. 159.

entsprechend arbeiten in Schweden, wo es kein spezielles Frauennachtarbeitsverbot gibt, zwar auch mehr Männer als Frauen nachts, aber ein größerer Anteil der Frauen als der Männer tut dieses sogar regelmäßig⁴⁰. Neben Teilzeitarbeit scheint sich in Schweden Nachtarbeit, oft ebenfalls in Teilzeit, als zweites Instrument für Frauen herausgebildet zu haben, Beruf und Familie so zu verbinden, daß am Tag gemeinsame Zeit mit den Kindern übrigbleibt.

Die Nachfrage der Frauen nach Nachtarbeit ist nicht nur Ergebnis eines übermäßigen wirtschaftlichen Drucks, wie der VfGH annimmt, und auch nicht nur fehlenden Kinderbetreuungsmöglichkeiten geschuldet⁴¹. Sie entspricht auch einem Bedürfnis der Frauen, zu arbeiten und dennoch mit ihren Kindern Tageszeit zusammen zu verbringen. Denn gerade in Schweden ist die Kinderbetreuungssituation extrem günstig. Nicht ein Verbot der Nachtarbeit für Frauen, sondern eine Veränderung der Normalarbeitszeit tagsüber dementprechend diejenige Antwort sein, die diese Widersprüche in Wünschen und Verhalten der Frauen angemessen aufnimmt.

Nach Ansicht des VfGH ist es allein Aufgabe des Gesetzgebers, abzuwagen zwischen noch erforderlichem Schutz, der dann jedoch möglicherweise die überkommene Rollenverteilung zwischen den Geschlechtern verfestige, und Angleichung der Lebensverhältnisse von Frauen und Männern auf Kosten eines verlässlichen Schutzes der gegenwärtig Betroffenen⁴². Dem liegt eine Verfassungsbestimmung zugrunde, die mit Art. 7 Abs. 1 B-VG in Österreich lediglich einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz enthält, der vom VfGH im Sinne eines Differenzierungsverbots ähnlich wie Art. 3 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 3 GG interpretiert wird⁴³. Allerdings hat der VfGH anderenorts bereits vertreten, nur solche Ungleichbehandlungen zwischen den Geschlechtern seien sachlich gerechtfertigt, die wenigstens in Richtung eines Abbaus der Unterschiede wirken würden. Ungleichheiten, denen diese Funktion nicht zu komme und die die bestehenden Unterschiede zwischen den Geschlechtern noch vertieften, seien verfassungswidrig⁴⁴. An dieses Postulat erinnerte sich der VfGH im Zusammenhang mit dem Nachtarbeitsverbot 1988 bzw. 1992 nicht, so daß sich seine Abwägungen nur zwischen Schutz und Gleichbehandlung bewegten, den Gleichstellungsaspekt in der Geschlechterfrage jedoch nicht berücksichtigten. VfGH und EuGH gleichen sich darin, ihre rechtlichen Entscheidungsgrundlagen gleichstellungspolitisch begrenzt zu definieren. Unter Ausklammern des gleichstellungspolitischen Aspektes bewerten sie dann allerdings mit Schutz vor Doppelbelastung bzw. Wertbewerbsgleichheit unterschiedliche Aspekte höher.

Auch das EG-Recht enthält jedoch eine Frauen gleichstellende Dimension über die rein wettbewerbsorientierten normativen Grundlagen des Lohngleichheitssatzes aus Art. 119 EWGV und die EG-Gleichbehandlungsrichtlinien hinaus. Zwar geht es zu weit, direkt aus der Zielsetzung des Art. 119 EWGV und den EG-Gleichbehandlungsrichtlinien eine EG-rechtliche Verpflichtung aller Staatsgewalt zur umfassenden Verwirklichung der Gleichstellung der Geschlechter abzuleiten⁴⁵. Mit seiner Defrenne III-Entscheidung 1978 hat der EuGH zumindest aus umfassenderen men-

⁴⁰ Vgl. G. Pettersson (Hg.): *Zeit-Puzzle*, 1990, S. 34.

⁴¹ So aber Borley, a. a. O., S. 51.

⁴² VfGH, Bundesministerium, a. a. O., S. A 44.

⁴³ Vgl. Csillag/Eichinger, a. a. O., S. 21 Fn. 39 m. w. N.

⁴⁴ VfGH, EuGRZ 1991, S. 484 ff., S. 485 und 486 jeweils m. w. N.

⁴⁵ Ausführlich dagegen S. Raasch: *Perspektiven*, a. a. O., S. 64 ff.; dafür N. Colneric: *Vorlagepflicht nach EG-Recht bei Normkontrolle für Frauenquote*, in: BB 1991, S. 118; Pfarr, a. a. O., S. 66 ff.; vorsichtiger M. Ende: *Vorlagepflicht des Bundesverfassungsgerichts an den EuGH bei der Normkontrolle über Frauenquote*, in: BB 1992, S. 489 f.

schenrechtlichen Überlegungen heraus einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts angenommen, die auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierungen auch über die in Art. 119 EWGV allein geregelte Lohngleichheit hinaus zu beseitigen⁴⁶, ihm jedoch keine unmittelbare Rechtsgeltung gegenüber nationalem Recht verliehen. Obwohl die seiner Argumentation zugrunde liegenden völkerrechtlichen Verträge auch eine erweiterte gleichstellungspolitische Dimension dieses Menschenrechts⁴⁷ und damit auch des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes nahelegen und obwohl sozialpolitische Programme der EG ebenfalls in diese Richtung weisen, beharrt der EuGH bisher auf seiner rein wettbewerbsmäßig ausgerichteten Gleichberechtigungsinterpretation.

Nach Ansicht des BVerfG darf das Nacharbeitsverbot für Frauen als wettbewerbswidrige Geschlechterdiskriminierung weder fortbestehen wie nach Ansicht des VfGH noch einfach fallen wie nach Ansicht des EuGH. Es wurde für mit der Verfassung für unvereinbar erklärt und der Gesetzgeber aufgefordert, eine Neuregelung zu schaffen, die beide Geschlechter angemessen vor den negativen Folgen von Nacharbeit schützt⁴⁸. Die rechtlichen Konsequenzen bis zu dieser nicht terminlich fixierten Neuregelung werden damit komplizierter⁴⁹. Die Entscheidung läuft vorübergehend auf ein Recht der Frauen auf Nacharbeit kombiniert mit einer persönlichen Verweigerungsmöglichkeit hinaus, welches sich unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten auch auf Männer erstrecken müßte, soweit diese dieselbe Schutzbedürftigkeit wie Frauen aufweisen. Das BVerfG argumentiert, daß geschlechtsspezifische Differenzierungen nur zulässig seien, wenn sie an Probleme anknüpften, die ihrer Natur nach nur bei einem Geschlecht auftreten könnten, oder aber die Gleichberechtigung der Geschlechter für die Zukunft durchsetzen wollten.

In seiner Nacharbeitsentscheidung faßt das BVerfG noch einmal in erfreulicher Klarheit zusammen, was seiner Ansicht nach Inhalt des Gleichberechtigungsgebots aus Art. 3 Abs. 2 GG ist. Dabei trifft es zum ersten Mal eine deutliche Aussage dazu, daß Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 1. Alt. GG unterschiedliche Regelungsgehalte haben, und bestimmt auf dieser Basis deren Verhältnis zueinander. Besonders in diesen strukturierenden Passagen der Entscheidung liegt, weit über die Beurteilung des Nacharbeitsverbots hinaus, das Zukunftsweisende der Entscheidung⁵⁰. Demnach ist Art. 3 Abs. 3 GG lediglich ein Diskriminierungsverbot, während Art. 3 Abs. 2 GG einen darüberhinausreichenden Regelungsgehalt hat. Der Gleichberechtigungssatz wolle für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen, ziele auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse und verbiete die Verfestigung überkommener Rollenverteilungen zwischen den Geschlechtern durch staatliche Maßnahmen⁵¹. Das Gleichberechtigungsgebot des Art. 3 Abs. 2 GG könne Verstöße gegen das Verbot der Diskriminierung wegen des Geschlechts rechtfertigen, ohne dies allerdings im Fall des Nacharbeitsverbots auch tatsächlich zu tun⁵². Denn das Nacharbeitsverbot sei wegen seiner geschlechtsrollenkonservierenden Wirkung gerade kein Anwendungsfall des Art. 3 Abs. 2 GG.

Damit hat sich das BVerfG grundsätzlich geöffnet für eine differenziertere Gleich-

⁴⁶ EuGH Slg. 1978, S. 1365 ff., S. 1379.

⁴⁷ Siehe hierzu Raasch: Frauenquoten, a. a. O., S. 172 ff.

⁴⁸ BVerfG EuGRZ 1992, S. 22 f.

⁴⁹ Siehe hierzu N. Colneric: Konsequenzen der Nacharbeitsverbotsurteile des EuGH und des BVerfG, in: NZA 1992, S. 393 ff.; J. Zmarzlik: Auswirkungen des Urteils des Bundesverfassungsgerichts über die Unvereinbarkeit des Nacharbeitsverbots für Arbeiterinnen mit Art. 3 GG, in: DB 1992, S. 680 ff.

⁵⁰ Ebenso Blankv/Diederich, a. a. O., S. 170 ff.

⁵¹ BVerfG, EuGRZ 1992, S. 21.

⁵² BVerfG, EuGRZ 1992, S. 22.

stellungspolitik über verschiedene Wege, wie sie unter 2. entwickelt wurde und allein auch gegen strukturelle Diskriminierung Wirkung verspricht. Für die Frage, ob zur Verwirklichung der Gleichstellung der Frau im Erwerbsleben Frauenquoten zulässig sind⁵³, bedeuten diese Klarstellungen einen wichtigen Schritt in Richtung auf gerichtliche Anerkennung ihrer Verfassungskonformität. Zwar bleibt weiterhin offen, ob die Verwirklichung der Gleichstellung der Frau ein Verfassungsauftrag oder nur eine Verfassungsaufgabe ist und wie weit Frauen dafür subjektive Rechte gegeben werden. In jedem Fall stützt aber das BVerfG die in der Literatur entwickelte Position⁵⁴, daß das zugunsten von Frauen und Männern wirkende Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 3 GG im Konfliktfall zugunsten der gleichstellenden Zielsetzung des Art. 3 Abs. 2 GG zurücktritt. Eines Rückgriffs auf das Sozialstaatspostulat, wie ihn noch Benda zugunsten aktiver Gleichstellungspolitik für erforderlich hielt⁵⁵, bedarf es nicht. Die Position des OVG NW, der in Art. 3 Abs. 2 GG enthaltene Gleichberechtigungssatz schließe eine Differenzierung wegen des Geschlechts über Quoten vom Ansatz her ebenso aus wie das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG⁵⁶, findet in der heutigen Rechtsprechung des BVerfG zum Nachtarbeitsverbot keine Stütze mehr.

⁵³ Vgl. Vorlagebeschuß des OVG NW 12. Senat 23. 10. 1990, DVBl. 1991, S. 118 ff., aufgehoben durch Beschuß vom 10. 4. 1992, DVBl. 1992, S. 1372; OVG NW 6. Senat, 7. 7. 1992 Az. 6 B 713 und 809/92.

⁵⁴ Vgl. R. Francke u. a.: Frauenquoten in der öffentlichen Ausbildung, 1991, S. 95 ff.; Pfarr, a. a. O., S. 78 ff.; Raasch, Frauenquoten, a. a. O., S. 242 ff.

⁵⁵ Benda a. a. O., S. 137 ff. und 145 ff.

⁵⁶ OVG NW NJW 1989, S. 2560f.