

# Frances Olsen

## Das Geschlecht des Rechts\*

### *I. Liberale Dualismen*

Seit dem Aufkommen klassischen liberalen Gedankenguts<sup>1</sup>, vielleicht schon seit der Zeit Platons<sup>2</sup>, haben die meisten von uns ihr Denken nach einem komplexen dualistischen System, nach dichotomischen Begriffspaaren strukturiert: rational/irrational; aktiv/passiv; überlegt/gefühlbetont; sachlich/sensitiv; Macht/Einfühlsamkeit; objektiv/subjektiv; abstrakt/kontextbezogen; prinzipiengeleitet/personenorientiert. Diese Gegensatzpaare unterteilen die Welt in kontrastierende Sphären oder polare Gegensätze<sup>3</sup>.

Dieses System der Dualismen ist durch drei Merkmale charakterisiert. Erstens: sie sind geschlechtsbezogen. Die eine Hälfte eines jeden Dualismus wird für maskulin gehalten, die andere Seite für feminin. Zweitens: die Begriffe des Dualismus sind nicht gleichwertig, sondern in einer Rangordnung gedacht. In jedem Gegensatzpaar gilt der dem männlichen Geschlecht zugeordnete Teil als der Überlegene, während der andere üblicherweise als negativ, schlecht, untergeordnet betrachtet wird. Drittens schließlich wird das Recht mit der »männlichen« Seite der Dualismen gleichgesetzt. Im folgenden werde ich dieses System näher erläutern.

#### *A. Geschlechtsspezifik*

Die Unterscheidung zwischen männlich und weiblich bildet den Kern dieses dualistischen Denksystems. Die Männer identifizierten sich mit der einen Seite des Dualismus und projizierten die andere Seite auf Frauen<sup>4</sup>. Auf der einen Seite stehen die Begriffe, die mit Männern assoziiert werden: rational, aktiv, überlegt, sachlich, kultiviert, energisch, objektiv, abstrakt, von hohen Grundsätzen.

Die Ausdrücke, die mit Frauen verbunden werden, finden sich auf der anderen Seite: irrational, passiv, einfühlsam, gefühlbetont, natürlich, sensitiv, subjektiv, kontextbezogen, personenbezogen.

Die geschlechtsspezifische Zuordnung der Gegensätze hat sowohl einen deskripti-

\* Übersetzt von Angelika Berlit. Leicht gekürzter Text.

<sup>1</sup> Unter »klassischem liberalen Gedankengut« verstehe ich Ideen und Weltanschauungen, wie sie von Theoretikern wie Thomas Hobbes, John Locke und John Stuart Mill vertreten worden sind. Siehe dazu T. Hobbes, *Leviathan* (London 1951); J. S. Mill, *Utilitarianism, On Liberty, and Considerations on Representative Government* (H. B. Acton, ed., 1972); J. S. Mill, *The Subjection of Women*, in J. S. Mill and H. T. Mill, *Essays on Sex Equality* 125 (A. Rossi, ed., 1970).

<sup>2</sup> Zu einer Diskussion über Platons dualistisches Denken siehe J. Clegg, *The Structure of Plato's Philosophy* 18, 100–1, 188–91 (1977).

<sup>3</sup> Siehe dazu Frug, *The City as a Legal Concept*, 93 *Harv. L. Rev.* 1057, (1980).

<sup>4</sup> Siehe dazu Cixous, *Sortes*, in *New French Feminisms* 90, 90–91 (E. Marks & I. Courtivron, eds., 1981); C. Christ, *Diving Deep and Surfacing* 25 (1980); Olsen, *The Family and the Market: A Study of Ideology and Legal Reform*, 56 *Harv. L. Rev.* 1497, 1570–76 (1983).

ven als auch einen normativen Gehalt. Es wird mitunter gesagt, Männer seien rational, aktiv etc., oder aber es wird ihnen aufgegeben, rational, aktiv etc. zu sein. Dementsprechend werden die Aussagen über Frauen für deskriptiv erachtet: Frauen sind eben irrational, passiv etc. Man hatte sich daran gewöhnt zu glauben, dies sei eine unvermeidlich notwendige, unveränderbare Eigenschaft von Frauen – daß Frauen nicht in der Lage seien, rational oder aktiv zu werden. Eine andere These besagt, daß Frauen irrational, passiv etc. seien oder daß sie zumindest nicht rational, aktiv werden sollten – entweder deswegen, weil es wichtig sei, daß Frauen sich weiterhin auf diese Weise von Männern unterscheiden, oder weil irrational, passiv etc. Frauen gut zuschreibbare Wesensmerkmale seien.

### B. Hierarchisierung

Das System der Gegensätze ist hierarchisch gegliedert. Die Dualismen teilen die Welt nicht einfach nur zwischen zwei Kategorien auf. Die Kategorien stehen vielmehr in einem Rangverhältnis zueinander. So wie Männer Frauen dominieren und definieren, dominiert und definiert eine Seite des Gegensatzes die andere: Irrationalität ist die Abwesenheit von Rationalität; Passivität ist mangelnde Aktivität; Überlegenheit ist wichtiger als Gefühl; Sachlichkeit hat Vorrang vor Emotionalität.

Diese Hierarchie ist durch eine komplexe und oftmals unaufrichtige Verherrlichung der Frauen und des Weiblichen etwas verdeckt worden. Während Männer im täglichen Leben Frauen unterdrückt und ausgebeutet haben, haben sie sie gleichzeitig auf ein Podest gehoben und sie in einer Phantasiewelt verehrt. Und ebenso wie Männer Frauen gleichzeitig verherrlichen und erniedrigen, preisen und verdammen sie die mit der »weiblichen« Seite der Gegensätze verbundenen Vorstellungen. Die Natur etwa wird glorifiziert als etwas Ehrfurchtgebietendes, als ein anerkanntes Ziel für die Eroberungslust männlicher Helden, während sie gleichzeitig herabgewürdigt wird zu träger Materie, dazu bestimmt, ausgebeutet und den Zwecken der Männer angepaßt zu werden. In ähnlicher Weise werden irrationale Subjektivität und Einfühlsamkeit gleichzeitig gepriesen und verunglimpft. Wie sehr sie auch von weiblichen Tugenden schwärmen mögen, so geben doch die meisten Männer immer noch der Rationalität den Vorzug gegenüber der Irrationalität, halten Objektivität für besser als Subjektivität und finden, daß es besser ist, theoretisch und prinzipiengeleitet zu sein als kontextbezogen und personenorientiert. Die Lage wird dadurch noch komplizierter, daß niemand das Irrationale, Passive etc. wirklich aus der Welt schaffen will. Aber üblicherweise halten Männer sich auf Distanz zu diesen Eigenschaften; sie wollen, daß Frauen irrational, passiv etc. sein sollen<sup>5</sup>. Auf Frauen dagegen wirkt diese Glorifizierung des Weiblichen unaufrichtig.

### C. »Männliches« Recht

Recht wird gleichgesetzt mit den in der Rangfolge höherbewerteten »männlichen« Polen der Gegensätze. »Gerechtigkeit« mag zwar als eine Frau dargestellt werden, doch ist das Recht, der vorherrschenden Ideologie zufolge, männlich, nicht weib-

<sup>5</sup> Männer scheinen auch Frauen und alle Konzepte, die sich auf ihrer Seite der Gegensatzpaare befinden, kontrollieren zu wollen. Sie distanzieren sich, um dadurch zu kontrollieren, oder sie kontrollieren, um ihre Distanz aufrechtzuerhalten. Frauen scheinen mehr auf den Wunsch der Männer, sie zu kontrollieren, eingestellt zu sein, während Männer geneigt scheinen, die Kontrolle als zweitrangig im Verhältnis zur Distanzierung zu betrachten.

lich. Recht wird für rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengeleitet gehalten<sup>6</sup> – wie die Männer; man stellt es sich eben nicht als irrational, subjektiv, kontextbezogen oder personenorientiert vor wie die Frauen?. Die sozialen, politischen und intellektuellen Verfahren, die ›Recht‹ konstituieren, wurden über Jahrhunderte nahezu ausschließlich von Männern getragen. Vor dem Hintergrund, daß Frauen lange Zeit von der praktischen Rechtstätigkeit ausgeschlossen waren<sup>7</sup>, ist es nicht weiter erstaunlich, daß den Eigenschaften, die Frauen zugeschrieben werden, im Recht kein großer Wert beigemessen wird. Es kommt in einer Art Teufelskreis hinzu, daß das Recht zum Teil deswegen für rational und objektiv gehalten wird, weil ihm großer Wert beigemessen wird, und ihm deswegen hohe Bedeutung zugemessen wird, weil es als rational und objektiv gilt.

Die interessantesten und vielversprechendsten Herausforderungen, die an dieses vorherrschende Theoriesystem gestellt werden, sind von Feministinnen formuliert worden. Die feministische Kritik des Rechts entspricht in vieler Hinsicht der allgemeinen feministischen Kritik an der männlichen Vorherrschaft. Die verschiedenen Gegenpositionen, die die unterschiedlichsten Feministinnen gegenüber dem Recht eingenommen haben, können am besten verstanden werden, wenn frau/man sie in einen breiteren Zusammenhang stellt. In Teil II untersuche ich daher die feministischen Kritiken an der männlichen Vorherrschaft im allgemeinen, d. h. die Angriffe, die Feministinnen über Jahre hinweg gegen ein System geschlechtsbezogener und hierarchisierter Gegensätze geführt haben. Teil III stellt dann die feministische Kritik des Rechts in den Mittelpunkt.

## II. Feministische Strategien

Die feministischen Strategien, die das dominierende dualistische Gedankengebäude attackieren, lassen sich in drei größeren Gruppen zusammenfassen. Der ersten Gruppe unterfallen Strategien, die gegen die Geschlechtsprägung der Gegensatzpaare angehen, sich also darum bemühen, die Frauen mit der bevorzugten Seite, mit rational, aktiv etc. zu identifizieren. Die Kritikmuster der zweiten Gruppe lehnen dagegen die Rangordnung überhaupt ab, die die Männer für beide Seiten der Gegensätze errichtet haben. Diese zweite Gruppe akzeptiert die Gleichsetzung von Frauen mit Irrationalität, Passivität etc., hebt aber den Wert dieser Eigenschaften hervor; sie seien ebenso gut oder gar besser als rational, aktiv etc. Die dritte Gruppe schließlich lehnt sowohl die Geschlechtsprägung als auch die Hierarchisierung der Gegensatzpaare ab. Die Kritikmuster dieser Gruppe stellen die Unterschiede, die angeblich zwischen Männern und Frauen bestehen, in Frage und lösen sie auf. Sie bestreiten den Vorrang von rational, aktiv etc. vor irrational, passiv etc. Rational,

<sup>6</sup> Siehe umfassend R. Unger, *Law in Modern Society* 52–54 (1976).

<sup>7</sup> Einige Rechtsgebiete – zum Beispiel Sorgerechtsentscheidungen – scheinen gleichermaßen als etwas Irrationales und notwendigerweise Subjektives zu gelten; hier wird vorzugsweise kontextbezogen und personengeleitet argumentiert. Kindschaftsrecht – und noch genereller Recht, das sich auf das innere Familienleben bezieht – wird für weniger rechtsformig gehalten als der überwiegende Teil des Rechts, das als rational, objektiv etc. gilt. Siehe R. Unger (Fn. 6), S. 55. Dementsprechend wird Familienrecht mit Frauen assoziiert und gleich den Frauen abgewertet.

<sup>8</sup> Vgl. Olsen, *From False Paternalism to false Equality; Judicial Assaults on Feminist Community*, Illinois 1869–1895, 84 Mich. L. Rev. 1518, 1523–31 (1986). 1920 gab es 1738 weibliche Rechtsanwältinnen. 1960 war die Zahl auf 7543 gestiegen. 1970 waren es 13 000. 1976 38 000; und 1980 62 000. Siehe dazu Epstein, *Women in Law* 4 (1981). Ebenso Kanter, *Reflections on Women and the Legal Profession: A Sociological Perspective*, 1 Harv. Women's L. J. 1 (1978).

aktiv etc. und irrational, passiv etc. sind hiernach keine polaren Gegensätze; sie vermögen die Welt nicht in verschiedene, einander entgegengesetzte Bereiche zu teilen – und tun dies auch tatsächlich nicht.

#### A. Ablehnung der Geschlechtsspezifität

Strategien, die die Geschlechtsspezifität der Gegensatzpaare bestreiten, stimmen mit der herrschenden Meinung darin überein, daß sie von dem Vorang von rational über irrational, von aktiv über passiv etc. ausgehen. Sie unterscheiden sich aber von den herrschenden Denkmustern in ihrer Ablehnung des normativen Anspruchs, Frauen sollten irrational, passiv etc. sein. Überwiegend weisen sie auch die deskriptive Behauptung zurück, Frauen seien irrational, passiv etc. Auf das Schärfste lehnen sie den Gedanken ab, Frauen könnten gar nicht anders sein als irrational, passiv etc. Diese Strategie wird anschaulich in einem Aufsatz, den Harriet Taylor Mill 1851 geschrieben hat<sup>9</sup>. Die Autorin zieht die Behauptung in Zweifel, Frauen seien von Natur aus und allgemein minderwertiger als Männer, und vertritt die Ansicht, jedes Individuum solle die Freiheit haben, seine oder ihre Fähigkeiten zu voller Blüte zu entwickeln<sup>10</sup>, »seine oder ihr Können im Versuch... zu erproben«<sup>11</sup>. »Der allen menschlichen Wesen angemessene Zustand ist der, in dem jeder seine Fähigkeiten zur vollen Geltung bringen kann«<sup>12</sup>. Harriet Taylor Mill lehnte zwar die Geschlechtsprägung der Gegensatzpaare ab, akzeptierte gleichwohl die Rangfolge. Sie benutzte »rational« als einen Ehrentitel und »irrational« als abwertenden Begriff und vertrat den Standpunkt, daß »Sachlichkeit und Prinzipien«, nicht »Sentimentalitäten«, die stärkste Unterstützung für die Frauenemanzipation bildeten<sup>13</sup>. Sie bestritt, daß es Frauen eigen sei, irrational, passiv etc. zu sein, war aber der Überzeugung, daß die Erziehung der Frauen und deren Lebenssituation dazu beitragen, sie so werden zu lassen<sup>14</sup>. Dies war sowohl »eine Ungerechtigkeit gegenüber dem Individuum als auch ein Nachteil für die Gesellschaft«<sup>15</sup>. Frauen die Gelegenheit zu verweigern, ihre Fähigkeiten bis zur Grenze ihrer Möglichkeiten zu entwickeln, hindere sie daran, rational, aktiv etc. zu sein. »Die Fähigkeiten, die einzuüben nicht gestattet wird, werden nicht vorhanden sein«<sup>16</sup>. Harriet Taylor Mill hielt die Anstrengungen einiger Feministinnen, die Überordnung von rational, aktiv etc. über irrational, passiv etc. in Frage zu stellen, für »sinnlos«<sup>17</sup>. »Was die Frauen

<sup>9</sup> Vgl. H. T. Mill, *Enfranchisement of Women*, in J. S. Mill & H. T. Mill, (Fn. 1), 89. Ebenso Wollstonecraft, *A Vindication of the Rights of Women* (London, 1972).

<sup>10</sup> Ebd., S. 100.

<sup>11</sup> Ebd., S. 101.

<sup>12</sup> Ebd., S. 100.

<sup>13</sup> Ebd., S. 120.

<sup>14</sup> Vgl. ebd., S. 101. Ein männlicher »Abolitionist« schrieb 1836 in einer ähnlichen Tonart: »Ein Geist, gleichgültig ob in einem männlichen oder weiblichen Körper, ist gleich wertvoll für alle moralischen und intellektuellen Zwecke. Tatsächlich gibt es keine Lebenssituation, die nicht gleich gut von einer Frau wie von einem Mann ausgefüllt werden kann. Der Unterschied beruht allein auf der Erziehung.« Er spornte Feministinnen an, für die Abolition zu kämpfen, »um Ihren Charakter und Namen von ungerechtem Vorurteil zu reinigen«. Brief von Augustus Wattles an Betsy Cowles (9. April, 1836), zitiert nach K. Melder, *Beginnings of Sisterhood* 60 (1977).

<sup>15</sup> H. T. Mill, (Fn. 9), S. 101. In der Tat warnte Mill die Männer sogar davor, sie würden ihre »Männlichkeit« verlieren, wenn Frauen sie nicht erlangten. »Jene, die in ihrem Leben verbunden sind, neigen dazu, sich in ihren Charaktereigenschaften anzugleichen.« Ebd., S. 110. Sie bemerkte »eine fortschreitende Desorientierung unter Männern in dem, was bislang als männliche Vorzüge erachtet wurden«, und warnte, daß die Männer das würden, »was sie... beschlossen hätten, daß Frauen sein sollten, ... daß sie in die Schwäche hineinfelen, die sie so lange in ihren Begleitern kultiviert hätten« Ebd.

<sup>16</sup> Ebd. Eine ähnliche Betrachtung aus einer früheren Periode findet sich bei M. Wollstonecraft (Fn. 9), S. 49–92.

<sup>17</sup> M. T. Mill (Fn. 9), S. 120.

brauchen, sind gleiche Rechte, gleicher Zugang zu allen sozialen Stellungen, nicht aber eine Stellung im Abseits, eine Art sentimentaler Priesterschaft.«<sup>18</sup>

Diese Einstellung zur Gleichberechtigung der Frauen hat sich bis heute weitgehend gehalten. Viele Feministinnen und die meisten Liberalen glauben, daß Geschlechtsrollen eine Frage der individuellen Entscheidung sein sollten. Wenn Frauen so rational und sachlich handeln könnten, sollten sie auch wie Männer behandelt werden. Entscheiden sich Frauen oder Männer jedoch dafür, sich irrational, passiv etc. zu verhalten, können sie auch nicht erwarten, gleichberechtigt behandelt zu werden. Wenn Frauen – künftig – keine Kinder gebären und aufziehen wollten, sollten sie dies auch nicht tun müssen; und wenn sich Männer dafür entschieden, Kinder aufzuziehen, sollten sie auch die Freiheit haben, diese Wahl zu treffen.

Es steckt mehr hinter dieser Kategorie als schlichte Geschlechtsblindheit. Es wird behauptet, daß Frauen dahin erzogen würden, irrational und passiv zu sein, und daß es folglich gelte, die Ausrichtung umzukehren. Frauenförderungsmaßnahmen, eine Abkehr von der Geschlechtsblindheit, können als eine Methode zur jahrelangen Erziehung der Frauen gerechtfertigt und unterstützt werden, um Irrationalität, Passivität etc. zu kompensieren. Eine andere These lautet, daß Frauen bereits rational, aktiv etc. sind, dies aber nicht zur Kenntnis genommen wird. Frauenförderungsmaßnahmen können folglich als eine Möglichkeit gerechtfertigt und für erforderlich gehalten werden, den von Vorurteilen getragenen, unzutreffenden Ansichten entgegenzuwirken, Frauen seien irrational, passiv etc.<sup>19</sup> Das Hauptanliegen dieser Position ist nicht, daß das Geschlecht unbeachtet bleiben müsse, sondern daß Frauen rational, aktiv etc. sind oder es werden sollten.

Diese Strategien zielen auf die Gleichbehandlung der Frauen. Gleiche Behandlung der Frauen gilt als allgemein anerkannte Norm; geschlechtsbewußte Politiken werden als begrenzte Abweichung von dieser Norm verstanden – eine Ausnahme, die gerechtfertigt sein mag, um Ungleichheit zu überwinden und auszugleichen<sup>20</sup>.

Das Ergebnis dieser geschlechtsbewußten Politiken sollte nach ihren Befürworterinnen sein, den Frauen dieselben Machtpositionen und Vorrechte zu sichern wie den Männern, und den Frauen zu ermöglichen, so rational, aktiv etc. zu sein wie die Männer – und dementsprechend anerkannt zu werden.

### B. Ablehnung der Überordnung

Die zweite Gruppe von Kritikmustern akzeptiert die Geschlechtsspezifität, lehnt aber die Rangfolge ab. Diese Strategien entsprechen der herrschenden Ideologie insoweit, als sie im großen Ganzen die Behauptung akzeptieren, Männer und Frauen seien unterschiedlich – Männer rational, aktiv etc. und Frauen irrational, passiv etc. Außerdem suchen sie alternative Beschreibungen zu verwenden, die weniger oder in umgekehrter Richtung normativ aufgeladen sind: rationalistisch/spontan, aggressiv/aufnahmebereit etc.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Ebd.

<sup>19</sup> Vgl. Olsen (Fn. 4), S. 1549–50.

<sup>20</sup> Schwangerschaft und Geburt stellen eine konzeptionelle Schwierigkeit dar, da sie nur auf die physischen Bedingungen von Frauen zugeschnitten sind. Da Schwangerschaft niedriger bewertet wird als Behinderungen, die Männer und Frauen gleichmäßig betreffen, und vor allem als Krankheitszustände, die allein Männer treffen, haben sich viele Feministinnen dafür entschieden, Schwangerschaft als gesundheitliche Behinderung zu verstehen und auf gleicher Behandlung zu bestehen. Vgl. Williams, *The Equality Crisis: Some Reflections on Culture, Courts, and Feminism*, 8 *Women's Rts. L. Rep.* 175 (1982). Der Kriegsdienst, so wurde argumentiert, stelle ähnliche konzeptionelle Schwierigkeiten dar, was Feministinnen bestritten. Von vielen Feministinnen wurde die Einberufung sowohl für Männer als auch für Frauen abgelehnt. Vgl. Olsen (Fn. 4), S. 1557 n. 235. Die Möglichkeit der Einberufung von Frauen wurde von Anti-Feministen dazu benutzt, gleiche Rechte für Frauen abzulehnen.

<sup>21</sup> Eine sehr gute Auflistung positiv und negativ besetzter Begriffe, die Regeln und Standards beschreibt,

Während des neunzehnten und frühen zwanzigsten Jahrhunderts stand im Mittelpunkt der Frauenbewegung, daß Frauen aus dem öffentlichen Leben ausgeschlossen waren und ihnen die Chancengleichheit versagt blieb<sup>22</sup>. Diese Anliegen wurden vorrangig von den Strategien angesprochen, die die Geschlechtsspezifität der Gegensatzpaare ablehnten, weniger von den Kritikmustern der zweiten Gruppe, die die Hierarchisierung ablehnten. Wohl die wichtigste Ausnahme hiervon bildete die Bewegung für Sozialhygiene und andere moralische Reformen.

Von Feministinnen geführte moralische Reformbewegungen lehnten überwiegend die interne Hierarchisierung der Gegensatzpaare ab und akzeptierten deren Geschlechtsprägung. Die Reformerrinnen hielten dafür, daß Frauen den Männern moralisch überlegen seien und daher einen besonderen Auftrag hätten, die Gesellschaft sittlich zu verbessern<sup>23</sup>. Viele dieser Reformerrinnen hofften, Männer würden mehr der weiblichen Tugenden annehmen – vor allem sexuelle Zurückhaltung<sup>24</sup>; grundsätzlich akzeptierten sie also den Dualismus und die Identifizierung der Frauen mit Eigenschaften wie irrational, passiv etc. und fanden sich im großen und ganzen damit ab, daß sich die Männer nicht allzu sehr änderten. Ihr Hauptanliegen war nicht, die Männer zu verändern oder die Dualismen zu überwinden, sondern eine Neubewertung von Eigenschaften wie irrational, passiv etc. durchzusetzen.

Charlotte Perkins Gilman, eine frühe Feministin, die vielen der Eigenschaften dezidiert kritisch gegenüberstand, die tatsächlich bei den Frauen um die Jahrhundertwende vorherrschend waren, verfaßte gleichwohl ein eloquentes Dokument über die vernachlässigte Seite des Gegensatzes<sup>25</sup>. Die Novelle *Herland* beschreibt ein feministisches Utopia, errichtet in einer geographisch abgelegenen Gegend, nachdem alle Männer sich gegenseitig in Kriegen umgebracht haben. Gilman geht zügig über das Problem des notwendigen und wundersamen Überganges zu einer geschlechtslosen Reproduktion hinweg, um schließlich zu beschreiben, wie eine reine Frauen-Gesellschaft funktionieren könnte. Obwohl Gilmans Frauen stärker und befähigter waren, als es den gebräuchlichen Stereotypen jener Zeit entsprach, und obwohl es einige androgyne Untertöne in der Novelle gibt, besteht die Hauptaussage des Buches darin, die Vorrangstellung des Rationalen, Aktiven etc. über das Irrationale, Passive etc. aufzubrechen und teilweise umzukehren. Eine Gruppe moderner Feministinnen hat an diese Aufbrechung und teilweise Umkehrung der Rangfolge angeknüpft. Die Diskussion um ›weibliche Psychologie‹<sup>26</sup>, ›weibliche Phantasie‹<sup>27</sup> und eine weibliche ›gemeinsame Sprache‹<sup>28</sup> ist populär geworden. Die Unterscheidung zwischen der Strategie, die die Überordnung ablehnt, aber die Sexualisierung akzeptiert, einerseits und einer Strategie der Geschlechtergleichheit andererseits – die die gesamte gegensätzliche Struktur ablehnt –, hat begonnen, sich aufzulösen.

Sich auf weibliche Erfahrung und weibliche Kultur, Psychologie, Phantasie oder Sprache zu konzentrieren, kann ein wirksamer Weg sein, das wiederzuentdecken, was durch die herrschende Kultur ausgesperrt und verdrängt worden ist; aber es

findet sich bei Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 *Harv. L. Rev.* 1685, 1710–11 (1976).

22 Vgl. Easton, *Feminism and the Contemporary Family*, in: *A Heritage of Her Own*, 555, 557 (N. Cott & E. Pleck, eds., 1979); ebenso N. Cott/E. Pleck, *Introduction to id.*, S. 11.

23 Siehe dazu K. Melder (Fn. 14), S. 53.

24 Ebd., auch Walkowitz, *The Politics of Prostitution*, 6 *Signs: Journal of Women in Culture and Society* (1980), Wiederabdruck in *Women: Sex and Sexuality* 145 (C. Stimpson & E. Person, ed., 1980).

25 Vgl. C. Gilman, *Herland* (1901).

26 Siehe dazu C. Gilligan, *In a Different Voice* (1982).

27 Vgl. P. Spacks, *The Female Imagination* (1975).

28 Siehe A. Rich, *Origins and History of Consciousness*, in: *The Dream of a Common Language: Poems*, 1974–1977, S. 7 (1978).

kann mit einschließen, daß die Geschlechtsspezifität des Gegensatzes hingenommen wird. Die Rangfolge zwischen rational, aktiv etc. und irrational, passiv etc. zurückzudrängen oder umzukehren, könnte schlicht darauf hinauslaufen, den Gegensatz zu vertiefen und letztlich die vorherrschenden Wertvorstellungen aufrecht zu erhalten. Andererseits mag dies der erfolversprechendste Weg sein, den Dualismus zu untergraben<sup>29</sup>.

Schließlich kann eine Autorin mit ihren Schriften die eine Strategie verfolgen wollen, während die Leserinnen ihre Argumente zur Untermauerung einer entgegengesetzten benutzen. Während einige Autorinnen sich deutlich für die Erhaltung von Geschlechtsrollen aussprechen<sup>30</sup>, kann in anderen Fällen die Auflösung der Rangfolge innerhalb der Gegensatzpaare beabsichtigt oder nicht beabsichtigt sein, um die Geschlechtsprägung der Gegensätze ebenso wie diese selbst aufzulösen. Ist dies die Absicht, so würde ich die Strategie der dritten Gruppe zuordnen – der Androgynität.

### C. Androgynität

Es ist möglich, gleichzeitig sowohl die Geschlechtsspezifität als auch die Hierarchisierung zu kritisieren. Männer sind nicht rationaler, objektiver oder prinzipientreuer als Frauen; und es ist auch nicht besonders bewundernswert, rational, objektiv und prinzipientreu zu sein – zumindest in der Weise, wie die vorherrschende männliche Überlegenheitsideologie diese Begriffe definiert hat. Verschiedene Feministinnen haben über Jahre hinweg versucht, eine kritische Haltung gegenüber dem doppelten Anspruch männlicher Vorherrschaft einzunehmen. Die Ablehnung sowohl der Sexualisierung des Gegensatzes als auch des Rangverhältnisses, das zwischen den beiden Seiten errichtet wurde, wird oft von einer Ablehnung der Dualismen und einer Durchbrechung der Geschlechterrollen begleitet.

Während der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts gab es eine starke Bewegung, die Geschlechtsrollenerwartungen an Männer und Frauen mäßigen wollte. William Leach stellt in seiner Studie über den Feminismus des neunzehnten Jahrhunderts fest, daß »alle Feministinnen dafür einstanden, nur starke, unabhängige, gleichwohl empfindsame Männer und Frauen, die in sich die besten Tugenden beider Geschlechter vereinigten, könnten gute Ehepartner und Eltern werden«<sup>31</sup>. Nur »gleichmäßig entwickelte Männer und Frauen« seien als »vollständige menschliche Wesen«<sup>32</sup> zu betrachten.

Das Wiedererwachen der Frauenbewegung hat diese Gedanken wieder in die allgemeine Diskussion gebracht. Einige Feministinnen vertreten den Standpunkt, Frauen seien (und müßten sein) rational und irrational, objektiv und subjektiv, abstrakt und kontextbezogen, prinzipientreu und personenorientiert. Vom Post-Modernismus und besonders vom Dekonstruktivismus beeinflusste Feministinnen haben seit jüngstem begonnen, selbst die grundlegenden Dichotomien in Frage zu stellen.

Diese Strategie zieht die Grenzen zwischen den beiden Begriffen eines jeden Gegensatzpaares in Zweifel, problematisiert deren direkte Gegensätzlichkeit und

<sup>29</sup> Vgl. Cornell & Thurschwell, *Feminity and Negativity* (unveröffentlichtes Manuskript). Es könnte so argumentiert werden, daß der Prozeß der Infragestellung der Hierarchie zwischen Männern und Frauen oder zwischen rational, aktiv etc. und irrational, passiv etc. notwendigerweise sowohl die Dualismen als auch die Hierarchie umstürzen wird. Siehe dazu C. Christ, *Diving Deep and Surfacing*, at 26, 130 (1980).

<sup>30</sup> Ebd., *Elshtun, Against Androgyny*, 47 *Telos* 5 (1981).

<sup>31</sup> W. Leach, *True Love and Perfect Union* 32 (1980).

<sup>32</sup> Ebd.

bestreitet ihre Unterscheidbarkeit. Es ist rational, irrational zu sein; und Objektivität ist notwendig subjektiv.

### *III. Feministische Rechtskritik*

Die feministische Rechtskritik läßt sich drei Kategorien zuordnen, die den Gruppen feministischer Kritik an männlicher Vorherrschaft im allgemeinen entsprechen. Die herrschende Ideologie behauptet, Recht sei rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengebunden, und daß rational, objektiv etc. besser sei als irrational, subjektiv etc.

Zur ersten Kategorie feministischer Rechtstheorien gehören die Kritikmuster, die die These angreifen, Recht sei rational, objektiv, abstrakt und prinzipientreu, allerdings darin übereinstimmen, daß rational, objektiv etc. höher zu bewerten sei als irrational, subjektiv etc. Diese Feministinnen vertreten die Ansicht, daß Recht rational, objektiv und prinzipiengebunden sein *soll*, und kämpfen darum, das Schicksal der Frauen dadurch zu verbessern, daß sie versuchen, das Recht diesem Anspruch gerecht und wirklich rational, objektiv und prinzipiengebunden werden zu lassen. Die Kritik innerhalb der zweiten Kategorie akzeptiert, daß Recht rational, objektiv und prinzipientreu ist, lehnt aber die Hierarchisierung der Dualismen ab. Die Feministinnen der zweiten Gruppe beschreiben Recht als männlich und patriarchalisch, gemäß seiner Ideologie die Frauen unterdrückend. Die dritte Gruppe der Kritik bestreitet sowohl die Charakterisierung von Recht als rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengebunden als auch die Überordnung von rational, objektiv etc. Recht ist für sie weder rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengebunden noch kann es das auch sein. Darüber hinaus sind für diese Feministinnen rational, aktiv etc. und irrational, passiv etc. keine polaren Gegensätze, die die Welt in zwei gegensätzliche Sphären aufteilen könnten.

#### *A. Rechtsreformismus*

Der erste Kritikansatz bezweifelt, daß Recht tatsächlich rational, objektiv und prinzipiengeleitet sei, teilt jedoch die Vorstellung, daß Recht rational, objektiv und prinzipiengeleitet sein *sollte*, und zeigt die Mechanismen auf, die das Recht – auf Frauen angewendet – daran hindern, diesen Erwartungen zu entsprechen. Im besonderen verwerfen die reformerischen Feministinnen Gesetze, die die Frauenrechte bestreiten oder auf andere Weise Frauen schaden, als irrational und subjektiv. Das ist die wesentlichste feministische Rechtsstrategie gewesen und bildet die theoretische Grundlage der gesamten Frauenrechtsbewegung. Diese Position schließt einen breiten Kranz von Argumenten für Reformen ein, von einer Forderung nach Geschlechtsneutralität bis zu dem Argument, daß das Recht, um ›wirklich neutral‹ zu sein, die fortwährende Unterordnung der Frauen in Betracht ziehen und Regeln vorsehen muß, die sorgsam darauf zugeschnitten sind, die ungerechtfertigte Ungleichheit zu berichtigen und zu überwinden. Jedes dieser Argumente bezeichnet einen anderen Aspekt der Kritik des Rechts.

##### *1. Ablehnung formaler Gleichheit*

Über viele Jahre haben Feministinnen beklagt, daß Recht irrationale Unterscheidungen zwischen Männern und Frauen trifft. Diese Kritikerinnen haben vertreten,

Recht solle stattdessen wirklich rational und objektiv sein, was in diesem Zusammenhang bedeutet, daß Frauen genauso wie Männer behandelt werden. Dieser Einwand war oft erfolgreich: Gerichte haben zum Beispiel Gesetze verworfen, die männliche vor weiblichen Nachlaßverwaltern bevorzugten<sup>33</sup>; sie hoben die Regelung auf, nach der Eltern Töchter nur bis zu einem bestimmten, wesentlich niedriger als bei Söhnen liegenden Alter unterstützen mußten<sup>34</sup>, und sie kassierten die unterschiedlichen Altersgrenzen für den legalen Genuß von Alkohol für Männer und Frauen<sup>35</sup>.

Feministinnen haben ebenso mit Erfolg den Standpunkt vertreten, Gesetze müßten Arbeitgebern, Schulen und anderen wichtigen privaten Institutionen die Diskriminierung von Frauen verbieten. Diese Gesetze sind zum Teil auf Grund des nachdrücklichen Engagements von Feministinnen dahin ausgestaltet und erweitert worden, daß Recht formale Gleichheit in der Behandlung von Männern und Frauen gewährt – daß Recht also wirklich rational, objektiv und prinzipientreu wird.

## 2. Versagung materieller Gleichheit

Um materielle Gleichheit zu erreichen, mag es für das Recht notwendig werden, den bestehenden Unterschieden zwischen den Menschen Rechnung zu tragen und in der Konsequenz formale Rechtsgleichheit abzulehnen. Das führt in einigen Fällen zum Konflikt zwischen den Feministinnen, die formal gleiche Rechte für Frauen fordern – ›Gleichbehandlung‹ –, und jenen, die eine substantielle Gleichheit anstreben, manchmal auch durch gesetzliche ›Sonderregelungen‹<sup>36</sup>. Die Auseinandersetzung zwischen ›Gleichbehandlung‹ und ›Sonderregelung‹ wird innerhalb der selben Gruppe der Rechtskritik geführt. Beide Seiten stimmen darin überein, daß Recht rational, objektiv und prinzipiengebunden sein sollte; sie sind aber verschiedener Auffassung, was in einem konkreten Fall erforderlich ist, damit Recht diese Eigenschaft aufweise. Feministinnen, die auf ›differentielle‹ Behandlung drängen, zielen auf ein wirklich neutrales Ergebnis ab und entlarven bestimmte Beispiele formaler Gleichheit als ›Pseudo-Neutralität‹.

## 3. Ein Assimilations- oder ›männliches‹ Modell

Eine andere Grundlage wählt jene feministische Kritik, die den Mangel an rechtlicher Rationalität und Objektivität gerade darauf stützt, daß Frauen mit Männern verglichen werden.<sup>37</sup> Um eine Klage vorbringen zu können, muß eine Frau für gewöhnlich darlegen und beweisen, daß sie schlechter behandelt worden ist, als ein Mann im gleichen Fall behandelt worden wäre. Das bedeutet, daß Antidiskriminierungsgesetze mit einem Anpassungs- oder »männlichen« Modell arbeiten. Antidiskriminierungsgesetze dienen so nur dazu, es den Frauen, die sich dafür entschieden haben, wie Männer zu handeln, auch zu ermöglichen, die Vorteile der Männer zu erlangen. Dies wiederum bedeutet, daß der erste feministische Ansatz begünstigt wird, der die Geschlechtsprägung des Gegensatzes in Abrede stellt. Wenn das Recht eine feministische Strategie gegenüber einer anderen präferiert, ist es eben nicht rational und objektiv. Ein Antidiskriminierungsgesetz könnte zum Beispiel vorgeben, daß Arbeitsplätze so gestaltet werden, daß Arbeitnehmer längere Zeiten zur

33 Vgl. Reed gegen Reed, 404 U.S. 71 (1971).

34 Vgl. Stanton gegen Stanton, 421 U.S. 190 (1976).

35 Vgl. Craig gegen Boren, 429 U.S. 190 (1976).

36 Vgl. Olson (Fn. 8), S. 1518–20, 1541.

37 C. MacKinnon, Sexual Harrassment of Working Women: A Case of Sex Discrimination, 144–46 (1979).

Kindererziehung aussetzen können, ohne nachteilige Auswirkungen auf ihr Einkommen oder berufliches Fortkommen<sup>38</sup>, oder es könnte einen Vergleichswert festlegen, demgemäß das Entgelt für alle Arbeiten – und wir schließen dabei die Sorge für das eigene Kind ein – entsprechend den für sie erforderlichen Fähigkeiten und Verantwortlichkeiten bemessen wird.

#### 4. Der Ausschluß des Rechts aus der häuslichen Sphäre

Feministinnen haben herausgearbeitet, »daß das Recht der (häuslichen) Sphäre bemerkenswert fern ist«<sup>39</sup> und daß dies mit zur Unterordnung der Frauen beigetragen hat. Auf der praktischen Ebene gibt es Frauen kein Mittel, sich gegen die Entscheidungsgewalt ihres Ehemannes zu wehren; und auf der ideologischen Seite »entwertet (es) Frauen und ihre Funktionen«<sup>40</sup>. Die wichtigen Aktivitäten in unserer Gesellschaft werden rechtlich geregelt; wenn Recht eine Position des »Hände-weg« bezieht, impliziert dies, »daß Frauen einfach nicht hinreichend wichtig sind, um eine gesetzliche Regelung zu verdienen«<sup>41</sup>. Auf diese Weise verfehlt Recht erneut, tatsächlich rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengeleitet zu sein.

Die Geschichte der *laissez-faire*-Taktik gegenüber dem häuslichen Leben ist freilich erheblich komplexer. Gesetze haben das Familienleben über Jahrhunderte hinweg direkt und indirekt geregelt. Ebenso haben Gesetze lange Zeit die Trennung zwischen »privatem« Heim und »öffentlichem« Leben durchgesetzt. Sie haben das in einer gegenüber Frauen besonders destruktiven Weise getan<sup>42</sup>. Die Isolierung der weiblichen Sphäre vermittelt eine wichtige Botschaft: »In unserer Gesellschaft ist das Recht für die Wirtschaft und andere wichtige Angelegenheiten bestimmt. Die Tatsache, daß Recht im allgemeinen so wenig mit den alltäglichen Belangen von Frauen zu tun hat, spiegelt wider und unterstreicht deren Bedeutungslosigkeit.«<sup>43</sup>

#### B. Recht als Patriarchat

Die zweite Gruppe feministischer Rechtskritik akzeptiert die deskriptive Behauptung, daß Recht rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengebunden sei, wendet sich jedoch gegen die Hierarchisierung von rational, objektiv etc. einerseits, irrational, subjektiv etc. andererseits. Diese Feministinnen betrachten Recht als Teil des Systems männlicher Vorherrschaft; sie kennzeichnen rational, objektiv etc. als patriarchalisch und lehnen Recht als die Frauen ideologisch unterdrückend ab. Das Rechtssystem, so wird gesagt, sei »von Männlichkeit durchdrungen«<sup>44</sup>. »Die gesamte Struktur des Rechts – sein hierarchischer Aufbau; seine aggressive, kämpferische Ausrichtung; seine ständige Neigung, Rationalität vor allen anderen Werten zu bevorzugen – bestimmt es als grundlegend patriarchalische Institution.«<sup>45</sup> Janet Riskin hat behauptet, Recht sei »ein Paradigma der Männlichkeit«<sup>46</sup>, »das höchste Symbol männlicher Autorität in einer patriarchalischen Gesellschaft«<sup>47</sup>. Auch Ca-

38 Siehe dazu Frug, *Securing Job Equality for Women: Labor Market Hostility to Working Mothers*, 59 B. U. L. Rev. (1979).

39 Vgl. Taub & Schneider, *Perspectives on Womens Subordination and the Role of Law*, in: *The Politics of Law*, 117 (D. Kayys, ed., 1982) (im weiteren zitiert als *The Politics of Law*).

40 Ebd.

41 Ebd.

42 Vgl. Olsen (Fn. 4), 1501–07.

43 Ebd., S. 123.

44 Polan, *Toward a Theory of Law and Patriarchy*, in: *The Politics of Law* (Fn. 39), S. 294.

45 Ebd.

46 Riskin, *Toward a Theory of Law and Patriarchy*, 3 Harv. Women's L. J. 83, 84 (1980).

47 Ebd., S. 92.

therine MacKinnon hält Recht für männlich.<sup>48</sup> Objektivität sei eine männliche Norm wie auch das Selbstbild des Rechts. Daher »spiegelt Recht nicht allein eine Gesellschaft wider, in der Männer Frauen beherrschen; es herrscht auf männliche Weise«<sup>49</sup>.

Diese Grundkonzeption hat mit Rechtsreformen nicht viel im Sinn. MacKinnon schreibt, daß »Recht überwiegend die bestehende Machtverteilung vertiefen wird, wenn es sich möglichst dicht an sein eigenes, höchstes Ideal der Gerechtigkeit hält«.<sup>50</sup> Diane Polan warnt davor, daß in dem Maße, in dem Frauen ihre Anliegen in Begriffen wie »gleiche Rechte« und »Chancengleichheit« zum Ausdruck bringen und sich in ihrem Kampf auf die Führung von Prozessen und Lobbyismus beschränken, sie die zu Grunde liegende Sozialordnung taktisch billigten und den Kampf um eine radikalere Veränderung der Gesellschaft aufgaben<sup>51</sup>. Polan argumentiert, daß Prozesse und andere Formen der Rechtserzeugung und -durchsetzung nur dann wirkungsvoll sein können, wenn »sie im Zusammenhang mit breiteren ökonomischen, sozialen und kulturellen Veränderungen durchgeführt werden«<sup>52</sup>. Rifkin geht darüber hinaus. Sie vertritt den Standpunkt, daß Rechtsstreit »nicht zu sozialen Veränderungen führen kann, weil das Paradigma des Patriarchats aufrechterhalten und das Vertrauen auf das Paradigma des Rechts gestärkt wird«<sup>53</sup>. Um das Patriarchat aufzuheben, muß »das männliche Macht-Paradigma des Rechts... angegriffen und transformiert werden«<sup>54</sup>.

### C. Kritische Rechtstheorie

Die dritte Kategorie feministischer Rechtskritik weist die Hierarchisierung von rational, objektiv etc. gegenüber irrational, subjektiv etc. zurück und bestreitet außerdem, daß Recht rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengebunden ist oder sein könnte. Die Feministinnen, die diesen Ansatz vertreten, die feministische kritische Rechtstheorie, stimmen mit den beiden ersten Kategorien teils überein und weichen teils von ihnen ab<sup>55</sup>.

Diese Feministinnen bestreiten nicht die Erfolge, die durch die reformistisch-feministische Rechtskritik im Namen der Rechte der Frauen erzielt wurden, aber sie bleiben skeptisch hinsichtlich deren Annahmen über die Rolle, die der abstrakten Rechtstheorie bei der Erzielung dieser Erfolge zukommt. Rechtliche Aufklärung und Rechtskämpfe seien eben nicht klar zu unterscheiden von moralischer und politischer Aufklärung und moralischen und politischen Kämpfen.

Entsprechend stimmen die Feministinnen der Kritischen Rechtstheorie mit den Feministinnen, die »Recht als Patriarchat« verstehen, darin überein, daß die Ideologie des Rechts Frauen oft unterdrücke. Sie bestreiten jedoch, daß Recht männlich sei. Für sie hat Recht keine Substanz oder unveränderbare Natur. Recht sei im Gegenteil eine Form von menschlicher Aktivität, eine Praxis, die von Menschen hervorgebracht wird. Bislang hätten überwiegend Männer diese Aktivitäten gestal-

48 Vgl. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, 8 *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 635 (1983).

49 Ebd., S. 645.

50 Ebd.

51 Vgl. Polan (Fn. 44), S. 300.

52 Ebd., S. 302.

53 Rifkin (Fn. 46), S. 68.

54 Ebd., S. 87.

55 Clare Dalton benutzt in einer interessanten und provokativen Rezension von *The Politics of Law* (Fn. 39) den Begriff »Reformer« als Kategorie aus der kritischen Rechtstheorie-Bewegung. *Book Review*, 6. *Harv. Women's L. J.* 229 (1983).

tet. Viele dieser Männer, die diese Aktivitäten getragen haben, stellten über ihre Handlungen Behauptungen auf, die nicht wahr sind und nicht wahr sein können. Während zutreffe, daß Männer das Recht beherrschten, seien gleichwohl die weiblichen Eigenschaften nur verdrängt, nicht beseitigt worden. Recht ist nicht männlich. Recht ist nicht rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengeleitet. Es ist genau so irrational, subjektiv, konkret und kontextbezogen wie rational, objektiv, abstrakt und prinzipiengebunden.

### 1. *Recht repräsentiert nicht eine Seite der Dualismen*

Weder steht Recht gegenwärtig auf der Seite der Rationalität, Objektivität und Prinzipientreue noch wird es sich nach unserer Auffassung jemals dort ansiedeln können.

(a) *Recht ist nicht prinzipiengeleitet.* Die Annahme, daß Recht prinzipiengeleitet sei, gründet auf dem Glauben, daß Recht aus einigen wenigen Regeln oder Prinzipien bestehe, und daß diese allgemeinen Regeln eine prinzipiengeleitete Grundlage zur Entscheidung einzelner Fälle bildeten. Aber statt dessen besteht das Recht aus einer Anhäufung bestimmter Regeln und einigen sehr allgemeinen Standards.

Diese Regeln sind zu bestimmt, genau und kontextbezogen, um als Prinzipien gelten zu können. Daß es diese Regeln gibt, verschafft dem Recht den Grad an Berechenbarkeit, den es hat. Freilich sind diese Regeln zu detailliert und jeweils nur auf wenige Fälle anwendbar, um das Recht prinzipiengeleitet werden zu lassen. Ein Beispiel: Es gibt gegenwärtig eine Regel, wonach Staaten geschlechtsspezifische Gesetze, die den Geschlechtsverkehr mit Minderjährigen unter dem zustimmungsfähigen Alter<sup>56</sup> für strafbar erklären, einsetzen dürfen, um Teenager-Schwangerschaften zu verringern; und es gibt eine andere Regel, daß das Volljährigkeitsalter hinsichtlich der Beendigung elterlicher Unterhaltspflichten nicht geschlechtsspezifisch geregelt werden darf. Im Fall *Michael M. vs. Sonoma County*<sup>57</sup> bestätigte der Supreme Court ein geschlechtsspezifisches Gesetz über die Strafbarkeit des Geschlechtsverkehrs mit Minderjährigen, das nach Ansicht des Kalifornischen Supreme Court bezweckte, die Häufigkeit der Teenager-Schwangerschaften zu reduzieren. Im Fall *Stanton vs. Stanton*<sup>58</sup> erklärte der Supreme Court ein Gesetz des Staates Utah für nichtig, das einen Elternteil verpflichtete, seinen Sohn bis zum Alter von 21 Jahren zu unterstützen, aber erlaubte, die Unterstützung für seine Tochter bei Vollendung des achtzehnten Lebensjahres zu beenden. Es geht mir hier nicht darum, daß diese beiden Regeln einander widersprechen oder daß die Fälle nicht miteinander in Einklang zu bringen sind. Jede dieser Regeln ist vielmehr zu wenig allgemein gefaßt, um eine prinzipiengeleitete Antwort auf die Frage geben zu können, wann Staaten geschlechtsspezifische Gesetze erlassen dürfen.

Auf der anderen Seite sind die allgemeinen Standards zu vage und zu unbestimmt, um konkrete Fälle zu entscheiden. In jedem interessanten, umstrittenen Fall kann man letztlich mindestens zwei unterschiedliche, weit gefaßte allgemeine Standards aufführen, die auf den Fall zu passen scheinen und die zu unterschiedlichen Ergebnissen führen. Zum Beispiel wird der Grundsatz der Nichteinmischung in das Familienleben oft ein bestimmtes Ergebnis fördern, während der Grundsatz des Kinderschutzes gerade zum gegenteiligen Ergebnis führt. So wie die Regeln auf zu wenige Fälle bezogen sind, beziehen sich die Standards (oder Prinzipien) auf zu

<sup>56</sup> In den einzelnen US-Staaten unterschiedlich geregelt, meist jedoch ab 14 Jahren.

<sup>57</sup> 450 U.S. 464 (1981).

<sup>58</sup> 421 U.S. 7 (1975).

viele. Das Rechtssystem gründet mal auf Regeln, mal auf Standards, ohne seinen Anspruch, prinzipiengeleitet zu sein, einlösen zu können. Recht ist also ebenso abstrakt und prinzipiengeleitet wie personenorientiert und kontextbezogen.

(b) *Recht ist nicht rational.* Recht ist auch nicht rational. Die Bemühungen der Feministinnen, eine rationale Begründung der gleichen Rechte aller Menschen mit dem Ziel auszuarbeiten, Rechte für Frauen zu erkämpfen, haben nicht zum Erfolg geführt und werden auch keinen Erfolg haben. Die klassischen Konflikte zwischen Chancengleichheit und Gleichheit im Ergebnis, zwischen Naturrecht und positivem Recht und zwischen Rechten als Garanten der Sicherheit und Rechten als Garanten der Freiheit macht Rechtsanalyse unfähig, Konflikte von Bedeutung definitiv zu entscheiden<sup>59</sup>. Wenn eine Entscheidung das Recht einer Frau auf (formale) Gleichbehandlung schützen will, könnte ihr Recht auf materielle Gleichheit im Ergebnis eine andere Entscheidung erfordern. Das ist einer der Gründe, derentwegen sich Feministinnen im Fall *California Federal vs. Guerra*<sup>60</sup> gegenüberstanden. Einige von ihnen vertraten den Standpunkt, daß die formale Gleichheit vor dem Gesetz es erforderlich mache, Schwangerschaft von Gesetzes wegen genau so wie jede andere zeitweilige Arbeitsunfähigkeit zu behandeln, während andere Feministinnen geltend machten, daß faktische Gleichheit es erfordere, daß Frauen Kinder bekommen können, ohne ihre Arbeit zu verlieren – und zwar auch dann, wenn sonst keine andere zeitweilige Abwesenheit vom Arbeitsplatz entschuldigt werde. Daher bezogen einige Feministinnen den Standpunkt, daß Frauen auf der formellen Gleichheit bestehen und jede Form eines besonderen Mutterschaftsurlaubs zurückweisen sollten, während andere Feministinnen einen angemessenen Mutterschaftsurlaub für arbeitende Frauen einforderten, selbst wenn es keine ähnlichen Arbeitsbeurlaubungen für Männer oder nicht schwangere andere Personen gäbe. Recht bietet also keine Grundlage für die rationale Wahl, wessen Rechtsanspruch im Einzelfall anerkannt und geschützt werden soll<sup>61</sup>. Rechtsanalyse kann diese Probleme nicht bewältigen, sondern lediglich in einer – meist wenig deutlichen Weise – reformulieren.

(c) *Recht ist nicht objektiv.* Schließlich ist Recht auch nicht objektiv. Die Auffassung, daß Recht objektiv sei, widerlegt die schrittweise Erkenntnis, daß politische Sachverhalte überall durchscheinen. Jedesmal, wenn eine Auswahl zu treffen ist, bei jeder rechtlichen Entscheidung, die nicht offensichtlich und unumstritten ist, haben wir es mit einer auf politischen Vorstellungen gründenden Entscheidung zu tun, die nicht objektiv sein kann. Daher ist es einfach falsch zu behaupten, daß Recht rational, prinzipiengeleitet und objektiv ist oder sein könnte. Recht repräsentiert eben nicht nur eine Seite der Gegensätze.

## 2. *Recht kann nicht abgesondert werden*

Zuweilen erkennt die herrschende Rechtstheorie an, daß Recht nicht prinzipiengeleitet, rational und objektiv ist. Die vorherrschende Ideologie mag die sogenannten »weiblichen« Merkmale sehr wohl erkennen oder gar rühmen – freilich nur in Randbereichen oder in ihrer eigenen »abgesonderten Sphäre«. Zum Beispiel darf Familienrecht subjektiv, kontextbezogen und personenorientiert sein, aber Wirt-

<sup>59</sup> Vgl. Singer, *The Legal Rights Debate in Analytical Jurisprudence from Bentham to Hohfeld*, 1982 *Wis. L. Rev.* 975 (1982); Kennedy, *The Structure of Blackstone's Commentaries*, 28 *Buffalo L. Rev.* 205 (1979); Olsen, *Statutory Rape: A Feminist Critique of Rights Analysis*, 63 *Texas L. Rev.* 391 (1984).

<sup>60</sup> 107 S. Ct. 683 (1987).

<sup>61</sup> Zu einer frühen, klassischen Darstellung dieses Problems siehe Holmes, *Privilege, Malice and Intent*, 84 *Harv. L. Rev.* (1894).

schaftsrecht wird für prinzipientreu, rational und objektiv gehalten. Für Feministinnen ist es folglich wichtig, diese falsche Wahrnehmung zu korrigieren, die Ghettos innerhalb des Rechts aufzulösen und aufzuzeigen, daß man Begriffe wie personenorientiert, irrational und subjektiv aus keinem Bereich des Rechts ausschließen kann.

a) *Die Auflösung der irrationalen, subjektiven Ghettos des Rechts.* Die herrschende Ideologie schafft es, dem Recht den Anschein des Prinzipiengeleiteten, Rationalen und Objektiven zu geben, indem sie all jene Bereiche an die Peripherie des Rechts verbannt, von denen man annimmt, sie stünden unter dem verderblichen Einfluß unregelter, freies Ermessen eröffnender Grundsätze wie das Familienrecht und das Recht der Treuhandverhältnisse. Die Kernbereiche oder die wesentlichen Rechtsgebiete werden dagegen weiterhin für männlich gehalten. Wir können aber zeigen, daß Familienrecht und Treuhandrecht aus der Verbannung die übrigen Rechtsgebiete beeinflussen – einschließlich jener Bereiche, die für Bastionen sogenannter männlicher Rechtsprinzipien gelten. Zum Beispiel beruht die Ideologie der Marktwirtschaft auf der Familienideologie; und das Wirtschaftsrecht kann nur im Zusammenhang mit dem Familienrecht richtig verstanden werden<sup>62</sup>.

(b) *Die Verbindung von Kernbereich und Peripherie.* Ein anderer Kunstgriff, mit dem die herrschende Ideologie das Recht als rational und objektiv darzustellen versucht, ist der, jeden Rechtsbereich aufzuteilen in einen »männlichen« Kernbereich, der prinzipiengebunden, rational und objektiv ist, und einen Randbereich von Ausnahmen, der irrationale und subjektive Elemente enthalten kann. Zum Beispiel wird das Vertragsrecht in der Regel verstanden als eine Gruppe rationaler, konsistenter und privatnütziger Regeln, abgeschwächt durch einige subjektive, variable und »uneigennützig« Ausnahmen. Der Kernbereich des Vertragsrechts aber bleibt männlich. Feministinnen können dieses Bild stören, indem sie aufzeigen, daß der Konflikt zwischen den privatnützigen »Regeln« und den uneigennützigen »Ausnahmen« in jedem Rechtssatz wieder auftaucht. Jeder Rechtssatz ist eine Wahl oder ein Kompromiß zwischen den privatnützigen und den uneigennützigen Einflüssen. Diese feministische Analyse stellt auch in Frage, was als Regel und was als Ausnahme erachtet werden sollte. Es ist nicht möglich, irgendeinen Rechtsbereich in einen Kern- und einen Randbereich aufzuspalten, und die mit Frauen verbundenen Merkmale können nicht aus dem Recht ausgeschlossen werden.

#### IV. *Schlußfolgerung*

Wie ich dargelegt habe, entsprechen die Muster feministischer Rechtskritik jenen feministischen Strategien, die sich gegen die männliche Vorherrschaft im allgemeinen wenden. Die Position, die die Geschlechtsspezifität der Dualismen ablehnt, schwingt mit in der Position der »Rechtsreformerinnen«. Die Kritik der Hierarchisierung klingt an in der These vom »Recht als Patriarchat«; und die »Androgynität« weist Bezüge zur »Kritischen Rechtstheorie« auf. Ich will aber nicht behaupten, daß die Verwandtschaft hierüber hinausgeht – mehr als eine Analogie oder eine Resonanz ist. Die Denkmuster sind nicht identisch, und keine Strategie der einen Gruppe benötigt oder schließt irgendeine Strategie der anderen Gruppe mit ein.

62 Vgl. Olsen (Fn. 4), ebenso Kennedy, *The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum*, 14 *Seton Hall L. Rev.* 1 (1983); D. Kennedy, *The Rise and Fall of Classical Legal Thought* (unveröffentlichtes Manuskript, 1975).

Zunächst gibt es keine notwendige Beziehung zwischen der Haltung einer Feministin zur Frage der Geschlechtsspezifität der Dualismen und ihrer Haltung zur Gleichsetzung von Recht mit Begriffen wie rational, objektiv und prinzipiengeleitet. Eine Feministin kann darüber hinaus die Hierarchisierung für bestimmte Zwecke akzeptieren – kann zum Beispiel annehmen, daß Recht besser rational, objektiv und prinzipiengebunden sei – und dennoch die Hierarchisierung im allgemeinen ablehnen. Ebenso kann jemand die Arbeiten der Kritischen Rechtstheorie unterstützen und dennoch der Meinung sein, daß Frauen von Natur aus oder moralisch den Männern überlegen sind oder genau so rational, aktiv etc. wie Männer handeln sollten.

Meine Sympathie für Androgynität zwingt mich nicht, die Kritische Rechtstheorie zu unterstützen, oder umgekehrt, aber beide weisen Bezug zu meinen Wertvorstellungen und meinen Vorstellungen über die Welt auf, und beide bestimmen mein politisches Handeln. Keine der beiden Theorien hält klare, einfache Antworten auf konkrete Fragen bereit – etwa der Art »Würden Frauen wirklich von mehr staatlicher Regulierung der Familie profitieren?« oder »Können revidierte Vergewaltigungsparagrafen junge Frauen schützen, ohne sie zu unterdrücken und zu erniedrigen?«. Meine Hoffnung geht dahin, daß wir durch die Verfeinerung der Theorien, mit denen wir arbeiten, besser verstehen lernen, worum es bei Fragen dieser Art geht. Ich hoffe, daß wir uns durch die Erkenntnis, daß einfache, logische Antworten nicht möglich sind, selbst befreien, um über diese Fragen auf eine konstruktive, phantasievollere Weise nachzudenken. Recht kann nicht mit Erfolg von politischen, moralischen und dem übrigen menschlichen Handeln separiert werden; es ist ein integraler Teil des Netzes, aus dem das soziale Leben besteht.