

# Geschlechtergerechte Gesetzessprache im alten Rom?

Prof. Dr. Julia Gokel

djb-Mitglied, Professorin an der SRH Hochschule Heidelberg

Die rechtspolitische Diskussion über geschlechtergerechte Gesetzessprache ist spätestens seit dem Urteil des BGH vom 13.3.2018 – VI ZR 143/17 voll entfacht. Die Frage, ob die Verwendung des sogenannten „generischen Maskulinums“ in Gesetzestexten den Tatbestand der Diskriminierung erfüllt, hat der BGH in der zitierten Entscheidung verneint. Die Position und die Argumente des Deutschen Juristinnenbundes (djb) zu dieser Frage dürfen als ebenso bekannt vorausgesetzt werden wie die (meisten) Argumente der Gegenseite.

Ein weniger gebräuchliches Argument hingegen ist die (einer gewissen Begründungsnot geschuldete) Berufung auf das Römische Recht. So verweist Thüsing<sup>1</sup> noch 2007 in seiner AGG-Kommentierung auf zwei römisch-rechtliche Quellen, denen er entnehmen will, dass bereits den römischen Juristen die Verwendung des generischen Maskulinums geläufig gewesen sei. Unter dem mit „Geschlechtsspezifische Gesetzeswortwahl“ überschriebenen Kapitel VII schreibt der Autor hierzu:

„Das Gesetz (gemeint ist das AGG) stellt durch seine – in der Normenfolge erstmals in § 3 zu findende – geschlechtsspezifische Wortwahl klar, dass <sic!> Männer wie Frauen geschützt sind. Eine solche Gesetzessprache findet sich in neuerer Zeit auch in anderen Gesetzen. Solche Differenzierungen sind unnötig. Es entspricht der deutschen Sprache, und niemand zweifelt daran, dass dort, wo eine männliche Bezeichnung verwandt wird, auch weibliche Personen gemeint sind, solange nicht der Sinnzusammenhang etwas anderes ergibt. (...)“

Schließlich stellte schon Ulpian im 46. Buch seines Edikten-Kommentars fest: „Pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur“<sup>2</sup> und Gaius im 10. Buch seines Kommentars zur Lex Julia und Papia: „Hominis appellatione tam feminam quam masculum contineri non dubitatur.“<sup>3</sup>

Dies gilt auch heute noch, und wer daran zweifelt, mag es ausdrücklich normieren.“

Dass sich Jurist\*innen zur Begründung ihrer Ansichten mit Vorliebe auf Autoritäten berufen, ist bekannt. Schon die alten Römer hatten für diesen Typus der Begründung einen eigenen Namen: „argumentum ab auctoritate“.<sup>4</sup> Auch heute noch zitieren Jurist\*innen zur Untermauerung ihrer Ansichten gerne die alten Römer. Oft bemüht wird z. B. der Satz „Ius civile scriptum est vigilantibus“ (zu Deutsch: „Das Recht ist für die Wachsam geschriebenen“), welcher dem hochklassischen Juristen Quintus Cerevidius Scaevola<sup>5</sup> zugeschrieben wird.<sup>6</sup>

Ob sich aus ihrem historischen Kontext gerissene Zitate aus über 1.500 Jahren alten Fragmenten einer vergangenen Rechts-

und Gesellschaftsordnung überhaupt auf heutige Verhältnisse übertragen lassen, ist ein methodologisches Problem. Darauf, dass ein derartiges Vorgehen auf geschichtlich höchst unsicherem Boden steht, wurde in der römischrechtlichen Forschung bereits wiederholt hingewiesen.<sup>7</sup>

Überträgt man dies nun auf den hier vorgestellten Fall, in dem unterstellt wird, bereits die alten Römer hätten ein generisches Maskulinum in Rechtstexten verwendet, wird deutlich, dass es so einfach nicht sein kann. Ob die beiden angeführten Zitate tatsächlich das bestätigen, was der Autor im Sinn hat, ist vielmehr kritisch zu hinterfragen. Dabei stellen sich im Stile einer klassischen Digestenexegese – die der vorliegende Beitrag nicht leisten, aber zumindest skizzieren kann – zahlreiche philologische sowie methodische und historische Vorfragen, ohne deren Klärung die Aussagekraft der Quellen hinfällig ist:

- **Philologisch** fragwürdig ist bereits der Rekurs auf den *lateinischen* Sprachgebrauch bei Ulpian und Gaius zur Begründung einer *deutschen* Sprachnorm. Wenn in einer Muttersprache ein Ausdruck (aus welchen Gründen auch immer) in der Kritik steht, ist es dann legitim, mit fremdsprachlichen Parallelen Pro und Contra zu argumentieren?
- **Methodisch** wäre zunächst zu ermitteln, wo die beiden zitierten Sätze überhaupt stehen und worum es in der jeweiligen Quelle geht. Dass uns beide Zitate aus dem 50. Buch der Digesten unter dem Titel „De verborum significatione“ (zu Deutsch: „Über die Bedeutung der Wörter“) überliefert sind, ist nur scheinbar ein Argument für die Annahme einer allgemeinen Sprachregel. Dieser Titel wurde den Quellen nachträglich (ca. 400 Jahre nach Gaius‘ und 200 Jahre nach Ulpian’s Wirken) im Zuge der Kompilation der klassischen Juristenschriften durch Kaiser Justinian (*Corpus Iuris Civilis*)

- 1 Siehe Thüsing, Gregor in: Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil – 2. Halbband: AGG, 5. Aufl. München (2007), § 3, Rn. 86.
- 2 Übersetzung der Verfasserin: „Die Ausdrucksweise im Maskulinum wird gewöhnlich auf beiderlei Geschlecht ausgedehnt.“
- 3 Übersetzung der Verfasserin: „Es besteht kein Zweifel, dass die Benennung ‚Mensch‘ ebenso Frau wie Mann umfasst.“
- 4 Siehe hierzu etwa Horn, Norbert, „Argumentum ab auctoritate in der legistischen Argumentationstheorie“ in: Wieacker, Franz/Behrends, Okko (et al.) Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag, Göttingen (1978), S. 261-272.
- 5 Siehe speziell zum Werk dieses Juristen Gokel, Julia, Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola? Berlin 2014.
- 6 Willems, Constantijn, *Ius civile vigilantibus scriptum est*. Ein römischrechtlicher „Grundsatz“ als „Grundlage des modernen Rechts“?, 67e Session de la Société internationale ‘Fernand de Visscher’ pour l’Histoire des Droits de l’Antiquité (SIHDA), Salzburg, 11.09.2013; online: <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2013/17.Willems.pdf> (Zugriff: 05.07.2022), S. 341-368.
- 7 Siehe statt aller Baldus, Christian, Römische Privatautonomie, in: Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 210 (2010) 2-31.

als Sammelbegriff einer großen Fülle von sprachlichen Einzelfällen übergeordnet, man könnte auch sagen „übergestülpt“. Der wahre Kontext der Quellen lässt sich heute nur noch historisch-analytisch für jede Quelle gesondert ermitteln.

Was bedeutet das konkret? Im Falle von *Gaius* war es offenbar die *Lex Iulia et Papia*, ein Gesetz aus der Zeit des Kaisers *Augustus* zum römischen Eherecht, welches der klassische Jurist kommentierte. Dort wird das Wort „*homo*“ (zu Deutsch: „Mensch“) verwendet, welches *Gaius* – wiederum in einem besonderen Kontext – nämlich zum Thema „*tutela impuberis*“ (zu Deutsch: „Vormundschaftsrecht“)<sup>8</sup> – auslegt. Da es sich hier also um Gesetzesauslegung und zudem um einen besonderen Kontext handelt, müsste man, um methodisch sauber zu arbeiten, alle anderen Quellen desselben Juristen exegetisch betrachten, zumindest alle erhaltenen aus demselben Buch. Dasselbe gilt für die oben genannte Quelle von *Ulpian*, einem spätclassischen römischen Juristen, der im hier zitierten 46. Buch seines Edikten-Kommentars zum Thema „*Unde familia patroni*“ (zu Deutsch: „zur Familie des Patrons“) kommentiert und direkt im Anschluss an das Zitat über mehrere Zeilen den römischen Begriff „*familia*“ definiert und kategorisiert. Auch hier zeigt sich wieder ein spezieller familienrechtlicher Kontext, der bei der Auslegung der Quellenstelle zu berücksichtigen ist und sich in seiner Aussage nicht generalisieren lässt.

- **Historisch** fragwürdig ist zudem die Übertragung der beiden Zitate auf heutige Verhältnisse. Um sich nicht dem Vorwurf des Anachronismus auszusetzen, dürfen die beiden zitierten Sätze nicht isoliert, sondern müssen aus ihrem historischen und sozialen Kontext heraus verstanden werden. Dabei wäre zunächst zu berücksichtigen, dass die Quellen allesamt von römischen Juristen, also ausschließlich von Männern stammen. Interessant und in der römisch-rechtlichen Forschung diskutiert<sup>9</sup> ist auch die Frage, warum beispielsweise in der Quelle von *Gaius* die Frauen vor den Männern rangieren („*tam feminam quam masculum*“). Dies ist keine Bagatelle, wenn man bedenkt, dass in den römischen Quellen üblicherweise die umgekehrte Reihenfolge gilt. Nach Ansicht von *Quadrato* ist dies ein Zeichen

eines Gesellschaftskonzepts, das den Wert des Mannes über den der Frau stellt: „*l' uomo è più importante della donna*“.<sup>10</sup> Was daraus für unsere Quelle resultiert, ist umstritten. Jedenfalls muss in diesem Zusammenhang erwähnt werden, dass der zitierte *Gaius* in sehr vielen anderen Stellen seiner uns überlieferten Werke dem Gesellschaftsbild der dem Mann nachgeordneten Frau folgt. Dass dieses im römischen Recht noch späterhin der Realität entspricht,<sup>11</sup> bezeugt auch eine Quelle aus dem 31. Buch der Rechtsfragen des spätclassischen Juristen *Papinian* (D. 1,5,9): „*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*“ (zu Deutsch: „In vielen Vorschriften unseres Rechts ist die Stellung der Frau geringer als die der Männer“). Dies betrifft nicht nur das bereits angesprochene Familienrecht, sondern insbesondere auch das römische Erbrecht sowie die rechtliche Stellung der Frau im antiken Rom insgesamt.

Die obenstehenden Anmerkungen haben ein philologisches, methodisches und historisches „caveat“ gesetzt und aufgezeigt, dass die römischen Juristen keinen allgemeinen Grundsatz der Verwendung des generischen Maskulinums in Rechtstexten kannten – erst recht keinen, auf den man sich heute noch berufen könnte. Lateinische Zitate sollten daher – gerade in modernen rechtspolitischen Debatten – nicht unreflektiert verwendet werden, um der eigenen Position anscheinend historische Autorität zu verleihen. So hat *Baldus* absolut zutreffend formuliert: „Man missbraucht die Rechtsgeschichte, wenn man sich ihrer als eines Steinbruchs bedient“.<sup>12</sup>

- 8 *Quadrato, Renato*, ‚Homini appellatio‘ e gerarchia dei sessi D. 50,16,152 (Gai. 10 ad l.lul. et Pap.) in: *BIDR* 94-95 (1992), S. 309-348.
- 9 Siehe erneut *Quadrato, Renato* (Fn. 8), S. 309 f.
- 10 Zu Deutsch: „Der Mann ist mehr wert als die Frau“. Siehe erneut *Quadrato, Renato* (Fn. 8), S. 309.
- 11 Frauen waren teilweise noch nach klassischem römischem Recht nicht voll geschäftsfähig und unterstanden auch als Volljährige noch einem Vormund (*tutor*). Siehe grundlegend *Kaser, Max*, *Römisches Privatrecht*, 22. Aufl. (2021), § 63, Rn. 1.
- 12 Siehe erneut *Baldus, Christian* (Fn. 7), S. 21.

DOI: 10.5771/1866-377X-2022-3-123

## Das betriebliche Beschäftigungsverbot für schwangere Ärztinnen – ein kritischer Bericht aus der anwaltlichen Praxis\*

Ursula Matthiessen-Kreuder

djb-Vizepräsidentin; Rechtsanwältin in Bad Homburg

Werden Mitarbeiterinnen im Klinikbetrieb schwanger, werden sie häufig mit dem Tag der Bekanntgabe in ein vollständiges betriebliches, also pauschales Beschäftigungsverbot geschickt.

Manche Betroffene melden eine Schwangerschaft deshalb erst sehr spät, um diesem Beschäftigungsverbot zu entgehen und

\* Ich bedanke mich bei den djb-Kolleginnen Marianne Weg und Ulrike Elteste für ihre wertvollen Hinweise und Katja Nebe für ihre vielen sachkundigen Veröffentlichungen, die hier nicht alle zitiert werden konnten.