

## II. Recht und Wirklichkeit



# Der Gesetzgeber und die Interessen der Frauen

Ursula Nelles

## 1. Einige Gedanken zur „gläsernen Decke“

*Der Spiegel* stellte unlängst zum Stichwort „Universitäten“ die überraschende Frage „Warum gibt es in Deutschland so wenig Professorinnen?“<sup>1</sup> um sie dann zu verallgemeinern: „Weshalb gehen so viele Frauen auf dem Weg zu Spitzenpositionen verloren?“<sup>2</sup> Ganz so, als seien es die Frauen selbst, die bislang um Lehrstühle einen Bogen gemacht hätten, oder als hätten Frauen sich – wie Rotkäppchen im Wald – auf dem Weg zu Spitzenpositionen einfach verlaufen.

Seit in der amerikanischen feministischen Literatur das Phänomen der verlorenen Frauen auf dem Weg zu Spitzenpositionen erstmals statistisch belegt und mit der Metapher „glass-ceiling“ bezeichnet wurde, ist die gläserne Decke zum Schlagwort geworden. Ihre Beseitigung gilt aber nach wie vor als ein Thema, das ausschließlich Frauen betrifft und für das sie eben deshalb auch allein zuständig sind. Eigentlich scheint es nicht einmal ein Thema zu sein, dessen Erforschung sich lohne, denn – so einer der gängigen Mythen – das Problem ist nur ein Übergangsphänomen: Es gilt nur als eine Frage der Zeit, bis Frauen „nachgewachsen“ sind, die ja erst spät Zugang zu Bildung und Wissenschaft bekommen hatten.

Nun ist die gläserne Decke weder eine Art von Naturgesetz, das keine gesellschaftlichen Ursachen hat und sich deshalb gesellschaftlichem Einfluss entzieht, noch ist sie ein rein vegetatives Hindernis, das durch schlichtes Wachstum überwunden werden kann. 30 Jahre Frauenforschung haben weltweit dasselbe Phänomen ausgemacht und mögliche Ursachen und Mechanismen zutage gefördert, mit denen die gläserne Decke ihre Funktion aufrecht erhalten kann, die sie nach wie vor erfüllt, und wie sie vor allem gläsern gehalten werden kann, damit die nachwachsenden Frauen den blauen Himmel und die verheißungsvollen Gipfel der Karriere auch sehen können. Die Nachwachsenden sollen glauben, dass es sich nur um eine Frage der individuellen Organisation, der persönlichen Leistung und des eigenen Durchsetzungswillens handelt, um dorthin zu gelangen. Das sichert Gewinn, weil Frauen dann heftiger arbeiten; das ist preisgünstig, weil sie bereit sind, Einbußen hinzunehmen, wenn es denn der Karriere dient; und das ist strategisch wirkungsvoll, weil man sie auf diese Weise vereinzeln kann und eine Änderung der Verhältnisse damit erschwert wird.

Wie also wird die Existenz der gläsernen Decke und ihre Unsichtbarkeit konkret gesichert?

---

1 *Der Spiegel* 2/2001, S. 9 (Inhaltsverzeichnis).

2 „'Frech sein, fordern, drängen' – Erstmals dringen Professorinnen auch in die Männerbastionen Chirurgie und Gynäkologie ein. Trotzdem sind, obwohl die Hälfte der Studierenden weiblich ist, Frauen auf Lehrstühlen immer noch eine Rarität. Weshalb gehen so viele Frauen auf dem Weg zu Spitzenpositionen verloren?“, *Der Spiegel* 2/2001, S. 148 ff.

*„Frauen sind dümmer“*

Die erste Methode besteht – man möchte gern sagen: bestand – in dem Satz: „Frauen sind dümmer“.

Diese biologistische Sicht prägte noch die Debatten des Reichstages, als es etwa um den Zugang von Frauen zu Bildung, zu Studienabschlüssen und die Einführung des Wahlrechts für Frauen ging. Die These darf als widerlegt gelten.

Die Methoden haben sich inzwischen verfeinert. Heute wird diese Ansicht mit dem Prinzip der so genannten „Bestenauslese“ verbrämt. Selbstverständlich geht es bei der Besetzung von Führungspositionen immer darum, den oder die Besten zu gewinnen; das Prinzip der Bestenauslese wird als das tragende Entscheidungsprinzip hochgehalten, und die einzelnen Entscheider glauben tatsächlich daran, dass sie ausschließlich nach objektiven, leistungsbezogenen Kriterien entscheiden.<sup>3</sup> Wenn es also rein faktisch so wenige Frauen in Führungspositionen gibt, dann kann das nur daran liegen, dass es einen besseren Mann für die Position gegeben hat. Die Frau war nicht gut genug. Und wenn das statistisch durchgängig zu beobachten ist, dann kann es nur die eine Erklärung geben: Frauen sind im statistischen Mittel offenbar eben schlechter als ihre männlichen Konkurrenten.

Diese Beweisführung ist unschwer als zirkulär zu erkennen und das Verfahren ist das der sich selbst erfüllenden Prophezeiung. Mit Tatsachen hat das nichts zu tun, denn die tatsächlich erhobenen statistischen Daten über die Qualifikation von Frauen bezeugen das Gegenteil.

*„Frauen wachsen nach“*

Die zweite Methode ist die der Vertröstung: In der nächsten Generation wird sich alles ändern, denn dann werden kluge Frauen nachgewachsen sein.

---

3 Tatsächlich spiegeln etwa die Beurteilungen von Frauen nicht deren tatsächliche Leistungen wider. Das wurde in einer Analyse des Beurteilungswesens von Gertraude Krell (Chancengleichheit und Fairness in der Leistungsbeurteilung, Personalführung 11/2001, S. 38 ff.) kürzlich nachgewiesen. Beispielsweise wird eine Teilzeitbeschäftigung offenbar unterschwellig mit mangelndem Einsatzwillen und mangelnder Leistungsfähigkeit gleichgesetzt. Außerdem gibt es bei der Beurteilung durch Vorgesetzte mehrere Effekte, die sich insbesondere auf die Beurteilung der Leistung durch (überwiegend noch immer männliche) Personalentscheider auswirken. Der „Hierarchie-Effekt“ z. B. bewirkt, dass Personen, die in der Hierarchie bereits weiter oben angesiedelt sind, tendenziell besser beurteilt werden, als solche, die sich noch weiter unten auf der Karriereleiter befinden („Wer so hoch gestiegen ist, muss einfach gut oder besser sein“). Der „Klebe-Effekt“ besteht darin, dass Personen, die über einen längeren Zeitraum nicht befördert wurden bzw. keine höherrangigen Positionen übernommen haben – und das ist bei Frauen, die in der Familienphase ihre beruflichen Ambitionen zeitweilig zurückstellen, häufiger der Fall als bei Männern – tendenziell schlechter beurteilt werden („Stagnation muss einen Grund haben. Offenbar haben andere früher bereits festgestellt, dass das erforderliche Potential fehlt“). Und schließlich sei als weiteres Beispiel der „Similar-to-me-Effekt“ genannt: Je ähnlicher eine Person dem Beurteilenden ist, desto besser fallen tendenziell die Beurteilungen aus („Ich bin gut. Der ist wie ich. Also ist er gut“); solange also Männer an der Spitze sind, ziehen sie ihre jungen Doppelgänger nach.

Das ist eine besonders wirkungsvolle Strategie, weil den jüngeren Frauen, die man in den Eingangspositionen noch gern und zahlreich arbeiten sieht, die narzisstische Kränkung erspart wird, dass sie – weil sie Frauen sind – nicht ernst zu nehmen seien, und weil man damit die Generationenspaltung unter den Frauen herstellen und perpetuieren kann. Folge ist, dass jede Frauengeneration das Problem solange als überwunden betrachtet, bis sie selbst zur Müttergeneration wird. Bis dahin glauben sie dieser Aussage, obwohl auch sie längst widerlegt ist. Der Anteil von Frauen in Führungspositionen steigt nicht proportional zu ihrem Anteil am Abitur, an Studienabschlüssen, an Promotionen etc.; es gehen tatsächlich Frauen verloren.<sup>4</sup>

### *„Frauen kriegen Kinder“*

Die dritte Methode, die gläserne Decke zu stabilisieren, besteht nun darin, den Frauen anzulasten, dass sie Mütter werden und dies mit bestimmten Rollenerwartungen zu verknüpfen.

Das heißt zunächst nichts weiter, als dass Frauen sich, genauso wie Männer, die Väter werden, reproduzieren. Da ihnen aber immer noch traditionell die Zuständigkeit für die damit verbundene Arbeit allein oder jedenfalls primär zugeschrieben wird, lässt sich dieses Argument in zwei Botschaften übersetzen. Die Botschaft an die Frauen lautet immer noch ein bisschen: Euer eigentlicher Arbeitsplatz ist die Familie. Frauen haben dieses Argument, auch wenn sie es meistens von sich weisen, tief verinnerlicht. Studentinnen begründen immer noch – und inzwischen sogar wieder häufiger – ihren Wunsch, Richterin oder Staatsanwältin zu werden, damit, dass ein Job im öffentlichen Dienst sich mit Familie besser vereinbaren lasse. Die zweite Botschaft, die an die Personalentscheider, lautet: Es lohnt sich nicht, Frauen in höhere Positionen zu bringen, denn weil sie Mütter werden, wird ihre berufliche Tätigkeit Episode bleiben.

### *„Die Strukturen sind schuld“*

Die Summe dieser und weiterer Mechanismen nennt man strukturelle Diskriminierung; kurz: Die Verhältnisse sind schuld.

Man kann sich dann sehr schnell über die Lösung einigen. Die Strukturen müssen sich ändern. Das Dumme ist nur, dass sie es einfach nicht freiwillig und von selbst tun! Die Gesellschaft und ihre Subsysteme wie die Wirtschaft oder die öffentliche Hand ändern sich nur, soweit sich die beteiligten Akteure in ihren Verhaltensweisen und Strategien ändern. Diskriminierung ist das Produkt von Verhaltensweisen, deren Wirkung man beobachten und statistisch messen kann. Dass es Strukturen gibt, die diskriminie-

---

4 Wie wirkungsvoll diese Spaltung funktioniert, habe ich an einem kleinen Beispiel feststellen können. Ich suchte nach Cartoons von Marie Marcks und Franziska Becker und wurde in keiner Buchhandlung fündig. Eine junge Frau mit eigenem Buchladen erklärte mir mitleidig, diese Sachen seien doch sehr überholt und hätten für die aktuelle Generation nun wirklich keine Bedeutung mehr. Mein Hinweis auf historisches Interesse veranlasste sie zu dem Rat, ich möge es doch mal in einem wissenschaftlichen Antiquariat versuchen.

rend wirken, ist deshalb heute weitgehend unstrittig. Bestritten wird immer nur, dass sich die an einem konkreten Entscheidungsprozess beteiligten Individuen diskriminierend verhalten.

Wann immer von ‚struktureller Diskriminierung‘ die Rede ist, dauert es nicht lange, bis der Ruf nach dem Gesetzgeber laut wird. Ich will das hier nicht kritisieren, indem ich etwa den Glauben daran unterminiere, dass Gesetze etwas bewirken können. Mir geht es um etwas anderes: Ich habe die Geschichte der gläsernen Decke aufgewärmt, weil die Mechanismen interessant sind. Was weniger und seltener in den Blick genommen wird, ist, dass *der* Gesetzgeber selbst womöglich Teil der diskriminierenden Strukturen ist und ganz eigene Methoden – ähnlich den Mechanismen zur Stabilisierung der gläsernen Decke – entwickelt hat, die darauf ausgerichtet sind, die Verhältnisse und Strukturen möglichst dauerhaft nicht zu verändern. Diese Mechanismen möchte ich nun zunächst vorführen, bevor ich daraus einige Folgerungen ableite.

## 2. *Der heimliche Leitfaden zum erfolgreichen Misserfolg*

Das Beispiel, das mir zur Aufdeckung dieser Mechanismen dient, ist die Geschichte der Reform der Straftatbestände der Vergewaltigung und der sexuellen Nötigung. Die Paragraphen im Strafgesetzbuch lauteten bis 1997 wie folgt:

„§ 177. Vergewaltigung.

- (1) Wer eine Frau mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gewalt für Leib oder Leben zum außerehelichen Beischlaf mit ihm oder einem Dritten nötigt, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft.
- (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren.
- (3) Verursacht der Täter durch die Tat leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.

§ 178. Sexuelle Nötigung.

- (1) Wer einen anderen mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben nötigt, außereheliche sexuelle Handlungen des Täters oder eines Dritten an sich zu dulden oder an dem Täter oder einem Dritten vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren bestraft.
- (2) In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren.
- (3) Verursacht der Täter durch die Tat leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.“

Aus dem Wort „außerehelich“, das in beiden Vorschriften vorkommt, lässt sich unschwer ableiten, dass die Nötigung der „eigenen“ Ehefrau – schon die Wortwahl ist verätherisch – nicht unter diesen Tatbestand fiel. Warum das so war, welche Vorstellungen des Gesetzgebers von 1871 dahinter standen und ob das Ganze in dieser Form legiti-

mierbar war, will ich nicht aufschlüsseln. Nur soviel: Als man Ende der 1960er, Anfang der 1970er über eine Gesamtreform des Sexualstrafrechts nachdachte, wurde die Frage nach der Legitimität auch dieser Vorschrift aufgeworfen.

In der 6. Legislaturperiode (1968-1969) gab es einen Entwurf zu einem 4. Strafrechtsreformgesetz (4. StrRG), der die Reform des Sexualstrafrechts betraf. Dieser Gesetzentwurf enthielt keinen Änderungsvorschlag für § 177 StGB. Das Problem der so genannten ‚Ehegattennotzucht‘ wurde aber in den Ausschüssen des Bundestages behandelt. Grund war, dass Ernst-Walter Hanack<sup>5</sup> auf dem 47. Deutschen Juristentag 1968 das Wort „außerehelich“ für unsinnig erklärt hatte, weil es in einem aufgeklärten Strafrecht nicht um Sitte, Moral, Tradition oder Ähnliches gehen könne, sondern nur um die sexuelle Selbstbestimmung, und die stehe nun einmal jedem zu, auch der Ehefrau. Wie ist es gelungen, diese Idee trotzdem zu verwerfen?

### *Trick 1: „Das Problem ist kein Problem“*

Ich bringe dazu ein paar Zitate:

Bundesjustizminister Jahn: „Das ist unpraktisch. Strafrechtsschutz ist häufig gar nicht im Interesse der Opfer. Die Aufklärungsquote wäre so gering, dass der Tatbestand ohnehin keine praktische Relevanz hätte.“<sup>6</sup>

Abgeordneter Eyrich: „Der Staat hat nichts in den Ehebetten seiner Bürger zu suchen.“<sup>7</sup>

Abgeordneter Willy Brandt, nachdem man ihn darüber aufgeklärt hatte, dass die Nötigung der Ehefrau (zu was auch immer) jedenfalls als (einfache) Nötigung strafbar sei: „Ich halte eine weitere Erörterung dieses speziellen Problems nicht mehr für erforderlich.“<sup>8</sup> Dem schloss sich die Mehrheit an und der Gesetzentwurf enthielt keine Änderungsvorschläge zu § 177 StGB.

Das 4. StrRG wurde wegen des vorzeitigen Endes der Legislaturperiode insgesamt nicht mehr verabschiedet. Dazu muss ich einen rechtlichen Hintergrund erklären, auf den ich bei Trick 3 noch zurückkommen werde: den Diskontinuitätsgrundsatz. Es handelt sich dabei um ein so genanntes Verfassungsgewohnheitsrecht, dass man aus Art. 39 GG ableitet. Dort heißt es: „Der Bundestag wird auf 4 Jahre gewählt. Seine Wahlperiode endet mit dem Zusammentritt eines neuen Bundestages“. Daraus leitet man ab:

- Personelle Diskontinuität: Neue Personen bedeuten einen neuen Bundestag.
- Institutionelle Diskontinuität: Alle Ausschüsse und Organe des Bundestages beenden ihre Amtszeit ebenfalls.

5 E.-W. Hanack, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, „Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?“, München 1968, S. 49 ff.

6 Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses über den von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines 4. StrRG, BTDrucks VI/3521; Protokoll des Sonderausschusses, 1. und 2. Sitzung, 13. 11. 1969.

7 Protokoll des Sonderausschusses, 1. und 2. Sitzung, 13. 11. 1969.

8 Protokoll des Sonderausschusses, 1. und 2. Sitzung, 13. 11. 1969.

- Sachliche Diskontinuität: Jede Beschlussvorlage, jeder Beratungsentwurf wird gegenstandslos, soweit er nicht abschließend erledigt war. Der Grund dafür ist, dass ein Bundestag, oder genauer die Mehrheitsfraktion eines Bundestages, den Nachfolgebundestag, oder genauer den in seiner Zusammensetzung möglicherweise mehrheitlich anders ausgerichteten Bundestag in der sachlichen Arbeit nicht binden oder lahm legen können soll.

Nach dem konstruktiven Misstrauensvotum gegen Willy Brandt wurden Neuwahlen anberaumt, und mit dem Ende der Legislaturperiode war auch der Entwurf für ein 4. StrRG gegenstandslos geworden. In der folgenden 7. Legislaturperiode brachten die Fraktionen von SPD und FDP im Januar 1973 den Entwurf für das 4. StrRG<sup>9</sup> erneut ein und zwar in derselben Fassung, das heißt ohne Änderung des § 177 StGB. Der Sonderausschuss für die Strafrechtsreform nahm diesen Entwurf einstimmig an. Erst im Bundesrat kam es im Juli 1973 zu einem erneuten und vorläufig letzten Vorstoß für eine Änderung. Das Land Hessen beantragte, der Bundesrat möge einen Gesetzesantrag stellen, das Wort ‚außerehelich‘ in § 177 StGB zu streichen.<sup>10</sup> Dieser Antrag wurde im Bundesrat ohne Diskussion abgelehnt mit nur einer Gegenstimme, der des hessischen Ministerpräsidenten.<sup>11</sup> Das 4. StrRG wurde ohne Änderung des § 177 StGB verabschiedet.<sup>12</sup>

Dann trat lange Zeit Funkstille ein. Das ist immer so, wenn ein Rechtsgebiet umfangreich geändert wurde. Der Gesetzgeber hat dann wenig Neigung, dasselbe Thema ohne neue Gründe alsbald erneut anzupacken. Auch die Frauen hatten anderes zu tun: Sie kämpften um eine Reform des § 218 StGB, und sahen die Chance einer Liberalisierung, die dann 1976 auch partiell gelang. Aber das ist eine andere lange Geschichte.

### *Trick 2: „Das Thema ist besetzt – aber von den Falschen“*

Erst in der 10. Legislaturperiode kam das Thema wieder auf. Hintergrund war, dass die Grünen in den Bundestag eingezogen waren. Als die Abgeordnete Potthast das Thema am 30. März 1983 im Parlament ansprach, verzeichnete das Protokoll „erhebliche Unruhe, Lachen und Zwischenrufe“.<sup>13</sup> Dabei wollte sie nicht einmal einen Gesetzentwurf, sondern nur die Einrichtung eines Frauenausschusses im Bundestag begründen. Der Antrag wurde abgelehnt, weil er nicht formal ordnungsgemäß gestellt wurde. Als die Abgeordnete Schoppe (Grüne) im Mai 1983 in ihrer Rede die Einführung der Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe forderte, gab es Zwischenrufe wie: „Das Liebesparlament Bastian-Kelly!“; „Wie lange lesen Sie noch vor?“<sup>14</sup> Petra Kelly fragte dann den Abgeordneten Kleinert von der CDU sehr direkt, ob er dafür sei, die Vergewaltigung in

<sup>9</sup> BTDrucks 7/80.

<sup>10</sup> BRDrucks 441/3/73 und 441/4/73.

<sup>11</sup> Verhandlungen des BR, 396. Sitzung, S. 243, 251.

<sup>12</sup> BGBl I vom 23. 11. 1973, S. 1725 ff.

<sup>13</sup> Verhandlungen des BT, 10. WP, 3. Sitzung am 30. 3. 1983, S. 34 ff.

<sup>14</sup> Verhandlungen des BT, 10. WP, 5. Sitzung vom 5. 5. 1983, S. 249.



der Ehe unter Strafe zu stellen; er antwortete darauf ebenso direkt: „Nein“ und schloss eine flammende Begründung an, aus der sich nichts weiter ablesen lässt als der Versuch, die Grünen lächerlich zu machen.<sup>15</sup>

Ich nenne diese Methode „Das Thema ist durch die Falschen besetzt“. Wenn eine parlamentarische Minderheit sich ein Thema zu Eigen macht, kann die Mehrheit bei Trick 1 bleiben, sich also darauf zurückziehen, dass das Problem allein deshalb keines ist, weil die „Falschen“ es als Problem sehen und deshalb deren Sicht auf das Problem „falsch“ ist.

*Trick 3: „Der Diskontinuitätsgrundsatz ist die Lösung!“*

Zunächst brachte das Land Hamburg im Bundesrat eine Gesetzesinitiative ein mit dem Antrag, das Wort „außerehelich“ in § 177 StGB zu streichen,<sup>16</sup> die aber Ende November 1983 im Bundesrat scheiterte. Im selben Monat gelang es den Grünen dann, einen förmlichen Gesetzesantrag auf Streichung des Wortes „außerehelich“ in § 177 StGB in den Bundestag einzubringen.<sup>17</sup> Es folgte die SPD-Fraktion mit einem ähnlichen Entwurf<sup>18</sup>, der eine Änderung der Strategie nötig machte, denn es waren nicht mehr allein „die Falschen“, sondern eine etablierte („richtige“) Fraktion hatte sich hinter das Anliegen gestellt.

Der Gesetzgeber, das heißt die Mehrheit des Bundestages, musste sich nun etwas Neues einfallen lassen. Die Lösung wurde darin gefunden zu verhindern, dass die Entwürfe dem Bundestag überhaupt zur Entscheidung vorgelegt wurden. Es mussten also die 2. und 3. Lesung verhindert werden. Die Geschichte von Dezember 1983 bis Dezember 1986 ist ein nahezu beispielloser Vorgang eines Verwirrspiels mit eben diesem Ziel.

Schon in der Aussprache zur 1. Lesung der Anträge<sup>19</sup> wurden im Bundestag alle Einwände thematisiert, die die gesamte weitere Debatte prägten: Beweisschwierigkeiten, eigene Maßstäbe des familiären Zusammenlebens, die von der außen stehenden Justiz nicht beurteilt werden könnten, die Gefahr von Erpressungen durch Ehefrauen, bestehender Strafrechtsschutz durch den allgemeinen Nötigungstatbestand, die Möglichkeit einer Scheidung als hinreichende „Sanktion“, die Würde der Frau, die durch das Institut der Ehe besser gewahrt werde als durch Strafrecht, eine nur verschwindend geringe Zahl von ehelichen Vergewaltigungen usw. Selbst die Verhaltensforschung wurde (durch den Abgeordneten Lowack) bemüht: „Ein psychologisches Argument sollen wir zudem nicht außer acht lassen. Ohne ein gewisses Maß an Aggression gibt es zwischen höheren Lebewesen keine auf Dauer ausgerichtete Lebensgemeinschaft. Fragen Sie Konrad Lorenz!“

15 Verhandlungen des BT, 10. WP, 5. Sitzung vom 5. 5. 1983, S. 251.

16 BRDrucks 411/83.

17 BTDrucks 10/562.

18 BTDrucks 10/585.

19 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10. WP, 40. Sitzung am 1. 12. 1983, S. 2795-2805.

Als Nächstes beschloss man knapp vier Monate später, im März 1984, im Rechtsausschuss<sup>20</sup>, dass praktisches Wissen über diesen Gegenstand fehle. Man müsse Materialien aus den Frauenhäusern beschaffen, um die tatsächliche Tragweite des Problems ermessen zu können. Dann müsse man die Frauen anhören, die mit diesem Problem konfrontiert seien. Auf einen dafür geeigneten Termin konnte man sich aber nicht einigen. Man beschloss ferner, eine rechtsvergleichende Untersuchung beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht in Auftrag zu geben, um sich über die praktischen Erfahrungen in den Ländern kundig zu machen, die eine entsprechende Regelung bereits eingeführt hatten.<sup>21</sup> Darüber hinaus sollte die Bundesregierung ersucht werden, auf der Grundlage einer Untersuchung von Helmken<sup>22</sup> eine Staatsanwaltschaft aufzufordern, aus der Vielzahl der eingegangenen Anzeigen wegen Körperverletzung (durch den Ehemann) diejenigen herauszufiltern, die im Zusammenhang mit einer Vergewaltigung gestanden haben könnten, um sich einen Überblick über das tatsächliche Ausmaß des Problems zu verschaffen. Der Vertreter der Bundesregierung (Poetz) gab an, die Bundesregierung werde sich bemühen, es könne aber wegen des enormen Arbeitsaufwandes im Augenblick noch keine verbindliche Zusage gemacht werden. Man vertagte sich auf unbestimmte Zeit, weil jedenfalls zu einem Termin noch vor der Sommerpause das erforderliche Material nicht zu beschaffen sei.

Erst im September standen die Entwürfe wieder auf der Tagesordnung des Rechtsausschusses.<sup>23</sup> Es wurde nun diskutiert, ob eine Anhörung überhaupt neue Erkenntnisse bringen könne; jedenfalls müsse eine Anhörung wegen der Geschäftslage des Ausschusses bis weit in das nächste Jahr verschoben werden. So geschah es dann auch mit der (zusätzlichen) Begründung, es müsse abgewartet werden, bis die Diskussion des (soeben durchgeführten) Deutschen Juristentages beim Gesetzgeber und in der Regierung ihren Niederschlag gefunden hätten. Ein vorläufig anberaumter Termin für die Anhörung wurde ein halbes Jahr später (März 1985) aufgehoben und auf unbestimmte Zeit verschoben,<sup>24</sup> in der darauf folgenden Sitzung dann aber für Juni 1986, also für ein Jahr später, angesetzt. Die Anhörung wurde tatsächlich durchgeführt,<sup>25</sup> aber kurz vor der Sommerpause, so dass der Ausschuss die Beratung über die Ergebnisse der Anhörung leider auf den Herbst<sup>26</sup> verschieben musste. In dieser Sitzung, an der im Übrigen keine weibliche Abgeordnete teilnahm, stellten zwei Abgeordnete den Antrag, ohne weitere Sachdiskussion endlich über die Gesetzentwürfe abzustimmen. Der CDU-Abgeordnete Eylmann (der später Vorsitzender des Rechtsausschusses wurde und es noch war, als über 10 Jahre später 1997 die Reform dann doch zustande kam) befand,

20 Protokoll der 18. Sitzung des Rechtsausschusses vom 28. 3. 1984, S. 46-71.

21 Diese Untersuchung erschien 1987: Barbara Paetow, Vergewaltigung in der Ehe. Eine strafrechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Vereinigten Staaten. Freiburg 1987.

22 Helmken, Vergewaltigung in der Ehe, Heidelberg 1979.

23 Protokoll der 32. Sitzung des Rechtsausschusses vom 26. 9. 1984, S. 14-21.

24 Protokoll der 47. Sitzung des Rechtsausschusses vom 27. 3. 1985, S. 12.

25 Protokoll der 91. Sitzung des Rechtsausschusses vom 26. 6. 1986, S. 1-430; siehe dazu den zusammenfassenden und kritischen Bericht von Goy, Alexandra: Über den Stand der deutschen Rechtskultur, STREIT 1986, S. 147 ff.

26 Protokoll der 94. Sitzung des Rechtsausschusses vom 1. 10. 1986, S. 31-49.

um sich mit gutem Gewissen für eine Gesetzesänderung zu entscheiden, seien weitere intensive und sorgfältige Beratungen nötig, für die die laufende Legislaturperiode keine Zeit mehr biete. Dem schloss sich die Mehrheit bei nur drei Gegenstimmen an, und so wurden auch diese Entwürfe dem Diskontinuitätsgrundsatz anheim gegeben. Sie waren damit automatisch erst einmal vom Tisch.<sup>27</sup>

#### *Trick 4: „Das Problem ist das Problem“*

Ein weiteres Mal war nun allerdings zu beobachten, dass diese Lösung nur eine vorübergehende war, denn in der 11. Legislaturperiode waren alsbald entsprechende Entwürfe der SPD<sup>28</sup> und der Grünen<sup>29</sup> wieder da, wenn auch zum Teil in modifizierter Form. Die Auswertung der Diskussionen aus der vorhergehenden Legislaturperiode hatte die Widerstände mehr als deutlich gemacht. Um die Ängste vor einem Übergriff des Staates in die ehelichen Schlafgemächer ein wenig zu dämpfen, sah der neue SPD-Entwurf nun die Möglichkeit vor, dass das Gericht von der Strafe absehen könne, wenn das im Interesse der Aufrechterhaltung der Bindung der Eheleute angezeigt sei. Die Grünen konkretisierten zugleich die Tathandlung als ein Handeln „gegen den Willen“ des Opfers und schlugen außerdem die Streichung des minder schweren Falles vor.

Nun war eine neue Abwehrstrategie nötig. Sie bestand in der Umkehrung von Trick 1, kombiniert mit Trick 4: Es wurde in der Beratung zur 1. Lesung der Entwürfe<sup>30</sup> verbal akzeptiert, dass das Problem in der Tat ein Problem sei, dass dessen Lösung aber mindestens ebenso problematisch sei. Ganz offensichtlich mit dem Ziel, die Verschleppung als erfolgreiche Strategie (Trick 4) zu wiederholen, teilten sowohl der Bundesjustizminister als auch der nunmehrige Vorsitzende des Rechtsausschusses Eylmann mit, das Problem sei so komplex und die vorgelegten Entwürfe zu seiner Lösung so wenig angemessen, dass die Bundesregierung nun selbst einen Gesetzentwurf erarbeiten und einbringen wolle. Man werde mit der Beratung der vorliegenden Anträge warten müssen, bis alle Entwürfe auf dem Tisch seien. Und genau das tat man dann auch!<sup>31</sup> Ähnliches geschah mit einem entsprechenden Gesetzesantrag, den das Land Hamburg in den Bundesrat eingebracht hatte.<sup>32</sup>

Ein Jahr später, im Juni 1988, mussten die Anträge dann doch mal wieder auf die Tagesordnung des Rechtsausschusses gesetzt werden.<sup>33</sup> Eylmann erklärte, die Frage sei

27 Ähnlich wurde in den darauf folgenden Sitzungen mit dem Entwurf der Grünen für ein Antidiskriminierungsgesetz (BTDrucks 10/6137) verfahren, der u. a. Änderungen des Sexualstrafrechts vorschlug, die (später) auf den Bereich der Ehe ausgedehnt werden sollten; vgl. Protokolle über die 104. Sitzung des Rechtsausschusses vom 3. 12. 1986 und 1. Lesung des Entwurfs im Bundestag, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 10. WP, 255. Sitzung, S. 199950-199971.

28 BTDrucks 11/474.

29 BTDrucks 11/1040.

30 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 11. WP, Sitzung vom 6. 11. 1987, S. 2511-2537.

31 Protokoll der 12. Sitzung des Rechtsausschusses vom 2. 12. 1987, S. 13-19 mit Diskussion über die Notwendigkeit, die Verhandlungen aufzuschieben.

32 BRDrucks, 568/87 und Verhandlungen des Bundesrates, 11. WP, 585. Sitzung, S. 11-13.

33 Protokoll der 27. Sitzung des Rechtsausschusses vom 16. 6. 1988, S. 8-11 sowie Protokoll der 28. Sitzung des Rechtsausschusses vom 22. 6. 1988.

innerhalb der CDU/CSU sehr umstritten. Der Vertreter des Bundesjustizministeriums erklärte, die Überlegungen im BJM seien noch nicht abgeschlossen und insbesondere noch nicht mit dem Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit abgestimmt. Die Sache sei überhaupt außerordentlich problematisch. Neben all den Argumenten, die bisher schon ausgetauscht worden waren, fand die CDU nun ein neues: Wenn man die Vergewaltigung in der Ehe unter Strafe stelle, dann könnte die Zahl der Abtreibungen steigen, denn die so genannte kriminologische Indikation nach § 218a StGB (Schwangerschaft nach einer Vergewaltigung) erlaubte die Abtreibung, sodass auch Ehefrauen mit der Behauptung, von ihrem Mann vergewaltigt worden zu sein, abtreiben könnten.

Im Oktober 1988 schließlich ließ sich eine Abstimmung über die Gesetzesanträge der Grünen und der SPD-Fraktion nicht mehr vermeiden. Der Rechtsausschuss empfahl im Ergebnis mehrheitlich die Ablehnung.<sup>34</sup> Aus welchen Gründen auch immer ging diese Empfehlung dem Bundestag aber erst im Januar 1989 zu. Im Mai 1989, unmittelbar vor der 2. Lesung der Entwürfe<sup>35</sup> brachten die Grünen einen weiteren Änderungsantrag im Bundestag ein.<sup>36</sup> Dieser Gesetzentwurf der Grünen wurde pauschal in Bausch und Bogen abgelehnt. Über den Gesetzentwurf der SPD wurde immerhin im Wege der Einzelabstimmung entschieden. Das Ergebnis war aber dasselbe: Der Entwurf wurde Satz für Satz abgelehnt. Im September 1989 unternahmen die Grünen gleichwohl einen neuen Vorstoß: Sie brachten (erneut) den Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes, nunmehr Teil 2, ein, als dessen Teil sie eine Änderung des § 177 StGB vorschlugen.<sup>37</sup> Der Entwurf wurde an die Ausschüsse überwiesen<sup>38</sup> und verschimmelte dort bis zum Ende der Legislaturperiode.

#### *Trick 5: „Einwickeln, Einpacken, Pakete schnüren“*

Das Thema war inzwischen auch öffentlich zum Thema geworden. Nun, in der 12. Legislaturperiode, hagelte es Entwürfe von allen Seiten:

- November 1991: Initiative des Landes Hamburg im Bundesrat<sup>39</sup>
- 28. November 1991: Initiative des Landes Rheinland-Pfalz im Bundesrat<sup>40</sup>
- 29. November 1991 Beschluss des Bundesrates, den Entwurf Hamburgs in den Bundestag einzubringen<sup>41</sup>

34 Protokoll der 32. Sitzung des Rechtsausschusses vom 12. 10. 1988, S. 32-48.

35 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 11. WP, S. 10699-10712.

36 BTDrucks 11/4532.

37 BTDrucks 11/5153.

38 Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 11. WP, S. 14924-14930.

39 BRDrucks 587/1/91 und 587/2/91.

40 BRDrucks 587/3/91.

41 Verhandlungen des Bundesrates, 637. Sitzung, S. 547 ff.

- 12. Dezember 1991: Antrag der SPD-Fraktion im Bundestag<sup>42</sup>
- 26. Februar 1992: Antrag des Bundesrates<sup>43</sup>
- 24. September 1992: Antrag der Grünen-Fraktion im Bundestag<sup>44</sup>

Damit war der Übergang zu Trick 5 nötig: „Einwickeln, Einpacken, Pakete schnüren“. Dabei handelt es sich um eine in der Politik geläufige Methode: Wenn mehrere, prinzipiell oder punktuell unterschiedliche Entwürfe vorliegen, muss nach mehrheitsfähigen Kompromissen gesucht werden. Diese werden häufig nicht auf der Sachebene diskutiert, sondern es wird um politische Zugeständnisse gefeilscht, für die im Gegenzug Zugeständnisse auf anderen Konfliktfeldern angeboten werden. Man kann diese Strategie deshalb auch als die im Gesetzgebungsalltag übliche „Methode Basar“ bezeichnen. Das Thema ‚Vergewaltigung in der Ehe‘ war also endlich in der parlamentarischen „Normalität“ angekommen, mit einer kleinen Ausnahme: Die Wiedervereinigung erlaubte es – ein letztes Mal und nun mit der Begründung, es gebe genügend andere und vorrangige Probleme zu lösen – auf Trick 3 zurückzugreifen: Das Feilschen dauerte solange,<sup>45</sup> bis auch diese 12. Legislaturperiode ergebnislos vorüberging.

In der nächsten, der 13. Wahlperiode, wurden dann alle bisherigen Entwürfe erneut eingebracht,<sup>46</sup> ergänzt um einen Entwurf der PDS.<sup>47</sup> Dennoch war die Ausgangslage in einigen Punkten anders als in den vorhergehenden Legislaturperioden. In der öffentlichen Diskussion war inzwischen ruchbar geworden, dass die Bundesrepublik das (damals) neben der Schweiz einzig übrig gebliebene Land der westlichen Welt war, das die Vergewaltigung in der Ehe noch nicht explizit unter Strafe gestellt hatte. Des Weiteren wird gemunkelt, der damalige Bundeskanzler Kohl habe (vielleicht auch deshalb) in der Fraktion wie auch im Kabinett durchgegriffen: Es müsse endlich ein Gesetz verabschiedet werden, aber unter Schadensbegrenzung; er wolle von diesem Thema nichts mehr hören. Auch bei dem als Vorsitzender des Rechtsausschusses amtierenden Abgeordneten Eylmann dürfte sich zu diesem Zeitpunkt ein Einstellungswandel abgezeichnet haben.<sup>48</sup> So wurde dann, wenn auch erheblich später, endlich auch ein Entwurf der CDU/CSU-Fraktion und der FDP<sup>49</sup> eingebracht. Der Basar war damit eröffnet! In dieser

42 BTDrucks 12/1818.

43 BTDrucks 12/2167.

44 BTDrucks 12/3303.

45 Siehe im Einzelnen: Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 12./Sitzung vom 15. 1. 1993; Protokoll der 135. Sitzung des Rechtsausschusses vom 16. 6. 1994; (Zwischen-)Bericht des Rechtsausschusses vom 27. 6. 1994 (BTDrucks 12/1818); Beratung über den Zwischenbericht (Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 12. WP, Sitzung vom 29. 6. 1994.)

46 Gesetzesantrag Hamburg (BRDrucks 1041/94); Gesetzentwurf des Bundesrates (BRDrucks 1041/94); Gesetzesantrag der SPD-Fraktion (BTDrucks 13/323); (allerdings erst) ein Jahr später der Antrag der Grünen (BTDrucks 13/3026).

47 BTDrucks 13/536.

48 Er hat später (Anfang 1998) in einem Gespräch, das ich in meiner damaligen Eigenschaft als Vorsitzende des Deutschen Juristinnenbundes mit ihm geführt habe, von sich aus erklärt, dass er aufgrund der langen Diskussion einen Lernprozess durchlaufen und am Ende begriffen habe, dass es sich tatsächlich nicht nur um ein relevantes Thema, sondern um ein ernsthaftes Problem handele, zu dessen Lösung der Staat beizutragen verpflichtet sei.

49 BTDrucks 13/2463.

Legislaturperiode wurde nur noch gefeilscht, ob man eine Widerspruchsklausel anfügen solle; es wurde also nicht mehr über das „Ob“, sondern nur noch über das „Wie“ einer Regelung beraten. Die Beratungen und Anhörungen im Rechtsausschuss<sup>50</sup> sowie dessen Beschlussempfehlung<sup>51</sup> zogen weitere Zusatz- und Änderungsanträge nach sich,<sup>52</sup> und schließlich hatte man es mit noch vier Gesetzentwürfen und einem Antrag zu tun, die im Bundestag in 2. und 3. Lesung beraten wurden.<sup>53</sup>

Am 24. Mai 1996 wurde der Entwurf der Regierungsfractionen im Bundestag angenommen, der die in den Sachverständigenanhörungen von allen Frauenverbänden und Vertreterinnen von Fraueninteressen – auch vom Deutschen Juristinnenbund – vehement abgelehnte Widerspruchsklausel enthielt, nach der ein Strafverfahren unzulässig sein sollte, wenn die (vergewaltigte) Ehefrau widerspricht. Der Bundesrat beschloss im Juni 1996 die Anrufung des Vermittlungsausschusses.<sup>54</sup> Der Vermittlungsausschuss empfahl die Streichung der Widerspruchsklausel.<sup>55</sup> Im Oktober 1996 lehnte der Bundestag den Vermittlungsvorschlag ab.<sup>56</sup> Der Bundesrat erhob Einspruch.<sup>57</sup> Die aufgrund der Mehrheitsverhältnisse logische Folge wäre nun gewesen, dass der Bundestag den Einspruch mehrheitlich überstimmte. Dazu kam es aber nicht, weil die weiblichen Abgeordneten des Deutschen Bundestages eine Gegenstrategie entwickelten.

### 3. *Eine erfolgreiche Abwehrstrategie und ihre Folgen*

Weibliche Abgeordnete aller Fraktionen im Deutschen Bundestag nutzten jetzt den Umstand, dass für die Abstimmung über fraktionsübergreifende Gesetzesanträge ‚aus der Mitte des Bundestages‘ kein Fraktionszwang ausgesprochen werden darf. Sie brachten deshalb gemeinsam – unterstützt von mutigen männlichen Abgeordneten – im März 1997 einen ‚neuen Entwurf‘ ein, der inhaltlich dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses entsprach, also keine Widerspruchsklausel enthielt.<sup>58</sup> Weil dieser Antrag von (62 weiblichen und 55 männlichen) Abgeordneten aller Fraktionen unterschrieben, also als fraktionsübergreifender Entwurf eingebracht worden war, waren alle Abgeordneten in der Stimmabgabe frei, das heißt nicht an die Haltung ihrer jeweiligen Fraktionen gebunden. Auf diese Weise gelang es schließlich, dem Entwurf, also dem Vorschlag des Vermittlungsausschusses im Bundestag, eine überwältigende Mehrheit zu verschaffen.<sup>59</sup>

50 Siehe im Einzelnen Protokolle der 20. (21. 6. 1995), 21. (28. 6. 1995) 26. (25. 10. 1995), 35. (6. 12. 1995 – Öffentliche Anhörung) und der 45. (8. 5. 1995) Sitzung des Rechtsausschusses.

51 BTDrucks 13/4543.

52 BTDrucks 13/4561; 13/4562; 13/4571.

53 Verhandlungen des Deutschen Bundestages 13. WP, S. 9185-9211.

54 BRDrucks 349/96.

55 BRDrucks 13/5011.

56 BTDrucks 13/5011.

57 BTDrucks 13/5871.

58 BTDrucks 13/7324.

59 Verhandlungen des Deutschen Bundestages 13. WP, S. 15785. Allerdings hat eine Bundestagsabgeordnete der CDU, die diesen Antrag unterschrieb, später dafür teuer bezahlen müssen. Sie wurde bei der nächsten Bundestagswahl (1998) als Direktkandidatin in einem aussichtslosen Wahlkreis von ihrer Partei nur noch auf einen gleichfalls aussichtslosen Listenplatz gesetzt.

Vom 5. Juli 1997 bis zum 31. März 1998<sup>60</sup> galt danach folgende Fassung des entsprechenden Paragraphen im Strafgesetzbuch:

„§ 177. Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung.

Wer eine andere Person mit Gewalt, durch Drohung mit gegenwärtiger Gewalt für Leib oder Leben oder unter Ausnutzung einer Lage, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist, nötigt, sexuelle Handlungen des Täters oder einer dritten Person an sich zu dulden oder an dem Täter oder einer dritten Person vorzunehmen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft. In minder schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren. In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere, wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird oder der Täter das Opfer bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder es durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt. Verursacht der Täter durch die Tat leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren.“

#### 4. *Die Moral von der Geschichte: „Wenn Katzen über Mäuse entscheiden ...“*

Die Geschichte der Reform des § 177 StGB lehrt uns, dass wir, wenn es um Gesetzgebung geht, den Blick nicht nur auf die Wirkungen von Gesetzen auf Frauen, also auf die „strukturelle Diskriminierung“, zu richten haben. Wir müssen vielmehr zugleich die umgekehrte Perspektive einnehmen, um nicht erst an den Symptomen herumzukurieren, sondern schon nach Wegen zur Behebung von Ursachen suchen zu können. Nimmt man die Urheber von Gesetzen in den Blick, wird deutlich, dass wir es in der Gesetzgebung mit ‚struktureller Befangenheit‘ zu tun haben: Was passiert eigentlich, wenn Katzen über die Verhältnisse von Mäusen entscheiden? Die Mäuse dürften keine faire Chance haben, solange sich Katzen gern und primär von Mäusen ernähren. In der einfachen Grundkonstellation, dass nur *eine* Katze über die Geschicke nur *einer* Maus entscheidet, ist das so offensichtlich, dass unsere Rechtsordnung dafür einen Begriff hat: *Befangenheit*.

#### *Befangenheit einzelner Entscheidungsträger*

Unsere Rechtsordnung kennt in nahezu allen Rechtsgebieten das Verbot der Mitwirkung von befangenen Personen an Entscheidungen.<sup>61</sup> Für Gerichte versteht sich ein sol-

60 Mit Wirkung zum 1. April 1998 trat eine vor allem in den Qualifikationen geänderte Fassung in Kraft, die auf dem 6. Strafrechtsreformgesetz beruhte, durch das der Besondere Teil des StGB insgesamt weitreichend verändert, wenn auch nicht unbedingt verbessert wurde. Substanziell hat sich allerdings mit Blick auf Vergewaltigung in der Ehe nichts mehr geändert.



ches Verbot nahezu von selbst, wenn man deren Funktion in der Streitschlichtung sieht oder darin, eine verbindliche Entscheidung zu treffen, die durch ein rechtsstaatliches Verfahren legitimiert ist. Unparteilichkeit und Neutralität sind – auch verfassungsrechtlich abgesicherte – Grundvoraussetzungen dafür, dass durch Rechtsprechung Rechtssicherheit oder wenn man es emotional ansprechender formulieren will, Rechtsfrieden, hergestellt werden kann. Da auch Verwaltungsbeamte Entscheidungsträger sind und die ihrer Entscheidungsmacht Unterworfenen vom Staat, der ihnen in Gestalt der Exekutive gegenübertritt, eine *gerechte* Regelung ihrer Angelegenheiten beanspruchen können, wird auch von Amtsträgern eine unparteiische Amtsführung erwartet: Befangene Amtsträger haben sich der Amtsführung zu enthalten.

Befangen ist man im Übrigen, wenn es auch in den einzelnen Gesetzen teils unterschiedlich formuliert wird, nicht erst, wenn tatsächlich objektive Gründe vorliegen, die eine unparteiliche Amtsführung unmöglich machen, sondern schon dann, wenn die „Besorgnis“ der Befangenheit besteht, also Tatsachen vorliegen, die (nur) „Zweifel“ an der Unparteilichkeit begründen. Um es wieder auf das Bild zurückzuführen: Katzen fressen Mäuse. Auch eine Katze, die über Rechtsverhältnisse von Mäusen oder gar über die Rechte von Mäusen in einer Gesellschaft von Katzen zu entscheiden hat, gehört als Katze zur Gattung der Mäuse fressenden Lebewesen. Die *Besorgnis* der Befangenheit gründet sich also auf ihr Katzentum, und deshalb *ist* sie befangen, auch wenn sie im Einzelfall tatsächlich und objektiv Mäuse als Futter verabscheuen würde, etwa weil sie längst gelernt hätte, dass die Filetspitzen, mit denen ihr menschlicher Dosenöffner sie unterhält, ihr besser schmecken.

### *Folgen von Befangenheit*

Auch wenn das Phänomen der Befangenheit in allen Rechtsgebieten bekannt ist, sind die Regelungen über die sich daran knüpfenden Folgen sehr unterschiedlich. Am einfachsten ist die Regelung des Gesellschaftsrechts: Die Stimme des befangenen Organmitglieds oder Entscheidungsträgers zählt nicht. Wer befangen ist, kann alles tun, was andere auch tun. Er oder sie kann bei der Abstimmung anwesend sein, sich äußern oder sogar die Hand heben, wenn die Stimmen ausgezählt werden, aber man überhört und übersieht ihn oder sie einfach. Vornehme Leute signalisieren deshalb von vornherein eine Enthaltung bei Entscheidungen, Abstimmungen oder Wahlen, die sie selbst betreffen, machen also damit deutlich, dass sie befangen sind, weil man sie für befangen halten könnte.

Die Befangenheitsregeln für Richterinnen und Richter nach den Regeln der einschlägigen Verfahrensordnungen kennen zwei Arten von Rechtsfolgen, die als unterschiedliche „Befangenheitsgründe“ formuliert sind: *Ausschlussgründe* und *Ablehnungsgründe*. Bei den Ausschlussgründen handelt es sich um einen Katalog von Situationen, in denen man generell und typischerweise von Befangenheit ausgehen muss, die Befangenheit

61 Für Richter z. B. §§ 22, 23 StPO, 41 ZPO, 54 VwGO; für Verwaltungsbeamte z. B. § 20 VwVfG; selbst für Mitglieder von Gesellschaftsorganen, denen das Stimmrecht versagt wird für Entscheidungen, die sie unmittelbar als Person (vorteilhaft) betreffen z. B. § 136 AktG.



also unwiderleglich vermutet wird. Ich will hier nur Beispiele aus der Strafprozessordnung nennen. Ein Richter ist schon kraft Gesetzes, also automatisch, von der Ausübung des Richteramtes ausgeschlossen, wenn er zum Beispiel selbst Opfer der Straftat ist, über die er entscheiden soll, mit dem Beschuldigten in gerader Linie verwandt ist oder in derselben Sache früher schon als Staatsanwalt tätig war (§ 22 StPO). Liegt dagegen – ganz allgemein – „ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit“ des Richters zu rechtfertigen, ist er nicht automatisch (kraft Gesetzes) an der Mitwirkung gehindert, sondern erst dann, wenn er durch die Verfahrensbeteiligten „abgelehnt“ und die Ablehnung für begründet erklärt wurde. Ähnlich verhält es sich mit Verwaltungsbeamten, die für ihre Behörde schon kraft Gesetzes nicht tätig werden dürfen, wenn sie beispielsweise von der Entscheidung selbst betroffen sind, und das heißt ausdrücklich, wenn sie durch die Entscheidung einen unmittelbaren Vor- oder Nachteil erlangen können (§ 20 Abs. 1 S. 2 VwVfG).

Entscheidend für die Wirksamkeit solcher Verbote sind die Sanktionen. Wirken befangene Richter oder Amtsträger trotz Vorliegens von Ausschlussgründen oder bei begründeter Ablehnung wegen Befangenheit an der Entscheidung mit, so hat das Auswirkungen auf die Entscheidung als solche: Sie ist regelmäßig anfechtbar (§ 44 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG) und kann jedenfalls oder muss sogar in einigen Fällen bei entsprechender Rüge aufgehoben werden (z. B. § 338 StPO). Dieser Effekt wiederum wirkt zugleich präventiv. Kann geltend gemacht werden, dass der Amtsträger ausgeschlossen oder befangen ist, kann seine Ersetzung verlangt werden, wie auch der Amtsträger selbst sich wegen Besorgnis der Befangenheit ablehnen kann, sodass es gar nicht erst zu einer Entscheidung kommt, gegen die man nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen muss.

### *Befangenheit bei Gruppeninteressen*

Die Frage ist nun, ob es auch so etwas wie Befangenheit von Gruppen, Gremien oder sogar Parlamenten gibt. Um im Katzenbeispiel zu bleiben: Ist aus der Sicht von Mäusen auch eine Gruppe, die als solche entscheidet, befangen, wenn sie ausschließlich oder überwiegend aus Katzen besteht?

Nach den formalen Regeln unserer Rechtsordnung ist das nicht der Fall. Das ist für Verwaltungsbeamte sogar ausdrücklich geregelt. In der einschlägigen Befangenheitsregel (§ 20 Abs. 1 S. 3 VwVfG) heißt es: „Dies (...) gilt nicht, wenn der Vor- oder Nachteil nur darauf beruht, dass jemand einer Berufs- oder Bevölkerungsgruppe angehört, deren gemeinsames Interesse durch die Angelegenheit berührt wird.“ Auch eine Befangenheitsregel für einzelne Abgeordnete oder den Deutschen Bundestag als Ganzen gibt es nicht. Die einzige Vorkehrung insoweit ist ein – weitgehend wirkungslos formulierter – Straftatbestand der Abgeordnetenbestechung und eine Art freiwilliger Selbstkontrolle des Parlaments in Gestalt von „Verhaltensregeln“ für die Abgeordneten.<sup>62</sup> So haben die

62 Anlage 1 zur GO BT v. 21. 9. 1972, BGBl I., S. 2025; vergleichbare Regeln gibt es in den Bundesländern; vgl. die Zusammenstellung bei Burhenne, *Recht und Organisation der Parlamente*, Bd. I S. 099989 ff.

Mitglieder des Deutschen Bundestages beispielsweise entgeltliche wirtschaftliche Tätigkeiten offen zu legen, die sie neben ihrem Mandat ausüben, Gutachtentätigkeiten, oder sonstige Ämter in leitenden oder verwaltenden Organen von Gesellschaften, öffentlichen Anstalten, Vereinen oder Stiftungen mit überörtlicher Bedeutung, u. ä. anzuzeigen. Rechtliche Folgen für die Wirksamkeit ihrer Abstimmung im Parlament hat das aber nicht. Hier wird offenbar strukturell auf die neutralisierende Wirkung der Mehrheitsbildung bei einer großen Zahl von Abgeordneten gesetzt; ähnlich wie bei der Abstimmung in Organen von Aktiengesellschaften, wo man einfach die einzelne Stimme des befangenen Mitglieds nicht zählt, der (Mehrheits-)Beschluss der übrigen Mitglieder wirksam bleibt und von der Mitwirkung eines befangenen Organmitglieds nicht beeinflusst wird.

Ein Parlament kann also, jedenfalls rechtlich, als solches nicht „befangen“ sein, und selbst der Nachweis der tatsächlichen Befangenheit eines jeden einzelnen konkreten Abgeordneten bei der Abstimmung über ein spezielles Gesetz kann, jedenfalls praktisch, nicht geführt werden.

### *Strukturelle Befangenheit*

Gleichwohl gibt es, wie ich meine durch die Gesetzesgeschichte belegt zu haben, so etwas wie strukturelle Befangenheit. Diskriminierung ist immer ein Produkt eines ausgrenzenden Verhaltens. Ist eine Gruppe überwiegend aus Personen zusammengesetzt, die bestimmte, sie mehrheitlich begünstigende Strukturen erhalten wollen, ist die Gruppe Teil eines *befangenen* Systems, das auf Selbsterhaltung zum eigenen Vorteil gerichtet ist. Nebenfolge ist zwangsläufig, dass die (Gruppen-)Interessen von Personen, die durch solche Strukturen benachteiligt werden, von diesem *befangenen* System nicht oder allenfalls dann zur Kenntnis genommen werden, wenn das *befangene*, zu seinem Vorteil agierende System ansonsten gestört oder destabilisiert werden könnte.

So verhält es sich meines Erachtens mit dem Deutschen Bundestag. Die Beteiligung von Frauen vollzog sich dort zunächst sehr schleppend. Der Frauenanteil bewegte sich bis 1987 stets unter 10 Prozent. Von 1961 bis 1976 sank er sogar auf nur 5,8 Prozent und stieg erst nach 1987 – mit Hilfe der in mehreren Parteien eingeführten Frauenquote – in der 14. Wahlperiode auf 30,9 Prozent und liegt seit 2002 bei 32,8 Prozent. Das ist von einer dem Bevölkerungsanteil entsprechenden Mehrheit noch immer zu weit entfernt, um die strukturelle Befangenheit des Gesetzgebers aufzulösen.

### 5. *Was tun?*

Es ist bereits hilfreich, wenn die Tricks erkannt und mit Gegenstrategien unterlaufen werden, wie die lange Geschichte der Reform des § 177 StGB zeigt, deren erfolgreiches Ende nur auf diese Weise erreicht werden konnte. Diese Strategie hat sich dann einige

Jahre später bei der aufgrund der Wiedervereinigung erforderlich gewordenen Suche nach einer gesamtdeutschen Lösung für das Abtreibungsstrafrecht ebenfalls bewährt.

Gender Mainstreaming als die europäisch induzierte Strategie der genderspezifischen Analyse jedes Vorhabens, des Controllings und der Evaluation ist nur begrenzt geeignet, strukturelle Befangenheit zu eliminieren. Bezogen auf das Parlament hieße das nämlich nur, dass es die Katzen selbst bleiben, die ihren Umgang, nämlich den von Katzen, mit Mäusen selbst kontrollieren sollen.

Eine sinnvolle Lösung wäre es aus meiner Sicht, wenn der Gesetzgeber die Bevölkerung auch in seiner Zusammensetzung repräsentieren würde. Solange die Konstruktion „Geschlecht“ noch immer die entscheidende ist, müssten also mindestens die Sitze unter Männern und Frauen entsprechend ihrem Anteil an der Gesamtbevölkerung aufgeteilt werden. Dann müssten, da Frauen 52 % der Bevölkerung stellen, auch 52 % der Abgeordneten weiblich sein. Diese Forderung ist angesichts der Tatsache, dass Kinder kein Wahlrecht haben und es in der Lebenswirklichkeit noch immer regelmäßig Frauen sind, die faktisch für die Sorge für die Kinder zuständig sind, noch zu „zahn“. Frauen sollten auch in der Politik die Interessen der Kinder vertreten können. Das würde bedeuten, dass Kinder – hier nur Kinder unter 15 Jahren gerechnet –, deren Zahl bei 12,6 Millionen liegt, durch Volksvertreterinnen zu repräsentieren wären. Da weibliche Kinder in dem Frauenanteil bereits enthalten sind, hieße das, dass rund 6,3 Millionen Jungen zu den 42,6 Millionen Frauen hinzuziehen wären.<sup>63</sup> Der Anteil der Parlamentarierinnen müsste dann bei knapp unter 60 % liegen.

So unbescheiden will ich aber gar nicht sein. Es würde mir eine Verfassungsänderung reichen, die vorsähe, dass jeder Sitz im Deutschen Bundestag ein gesplitteter ist, der von den Abgeordneten nur paarweise eingenommen werden kann. Die Parteien müssten dann für jeden Wahlkreis und jeden Listenplatz jeweils einen Kandidaten und eine Kandidatin gleichzeitig benennen, und auch die Wählerinnen und Wähler müssten ihre Stimme nur für beide als „Doppelpack“ abgeben können.

---

63 Zahlen: Statistisches Bundesamt, Stand 16. 12. 2002.

