Schriften zur Gleichstellung 27

Mechthild Koreuber / Ute Mager (Hrsg.)

Recht und Geschlecht

Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz

Nomos

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schriften zur Gleichstellung der Frau

herausgegeben von

Prof. Dr. Jutta Limbach
Prof. Dr. Heide Pfarr
Marion Eckertz-Höfer

Band 27

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mechthild Koreuber / Ute Mager (Hrsg.)

Recht und Geschlecht

Zwischen Gleichberechtigung, Gleichstellung und Differenz

Nomos Verlagsgesellschaft
Baden-Baden

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

ISBN 3-8329-0782-3

1. Auflage 2004
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2004. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Geleitwort

Philip Kunig

„Recht und Geschlecht" heißt dieses Buch und hieß die Ringvorlesung am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin, auf die er zurückgeht. „Recht und Geschlecht" kann verschiedene Assoziationen auslösen. Immer geht es dabei um Gleichheit, historisch gesehen wie gegenwärtig allerdings mehr um Ungleichheit als um Gleichheit und weniger um die Herstellung von Gleichheit als vielmehr zunächst um den Abbau von Diskriminierung. Das war so im Feudalismus, als das Recht bestimmte Geschlechter (Familien, Clans, Männer und Frauen gleichermaßen) bevorzugte gegenüber anderen. In manchen Teilen der Welt dauert dies an, letztlich weniger abgebildet im Recht, aber doch zu greifen in der Realität. Gegenwärtig stellt sich die Gleichheitsfrage auch für die verschiedenen geschlechtlichen Orientierungen, wiederum gleich für Männer wie für Frauen. Darum geht es vorliegend nicht, sondern um die Gleichheit von Mann und Frau im Recht. Alle Menschen sind zwar gleich (wofür u. a. Immanuel Kant gestritten hat), aber alle Menschen sind entweder Mann oder Frau und – nicht nur – insofern ungleich (woraus – etwa – Immanuel Kant heute nicht mehr akzeptable Schlüsse zog).

„Die Gleichheitsfrage ist eine Gerechtigkeitsfrage" – so setzt die von Mechthild Koreuber und Ute Mager verfasste Einführung in diesen Band ein. Wenn und soweit die Rechtswissenschaft eine Wissenschaft ist, die zur Verwirklichung von Gerechtigkeit jedenfalls beitragen soll und will, dann müsste das Thema der Gleichheit von Mann und Frau – eigentlich und sogar: seit jeher – eines ihrer zentralen Themen sein. Jedermann weiß: Das ist nicht so, auch wenn rechtswissenschaftlich arbeitende Männer und Frauen in soweit Beiträge von erheblicher Tragweite geleistet haben. Auch im vorliegenden Zusammenhang gilt, dass die entscheidenden Impulse für verändernde Verbesserungen des Rechts häufig von Gesetzgebern, also „der Politik", und (manchmal) von Gerichten ausgehen als von der vornehmlich begleitenden und nachvollziehenden Rechtswissenschaft. Es ist hier nicht der Ort, den Ursachen der langjährigen Vernachlässigung der Frage nach Geschlechtergerechtigkeit in weiten Teilen der deutschen Rechtswissenschaft nachzugehen. Der vorliegende Band ist ein weiterer Ausdruck diesbezüglicher Umkehr; dass an ihm nur Autorinnen, keine Männer, beteiligt sind, aber dennoch signifikant. Erst wenn eine solche Ringvorlesung hinsichtlich der Auswahl der Mitwirkenden geschlechtsneutral konzipiert wird, werden wir (noch) weiter sein.

Die Themen des vorliegenden Buches sind weit gespannt. Sie gelten zivilrechtlichen, strafrechtlichen, öffentlich-rechtlichen Fragestellungen. Sie richten den Blick auf Gesetzgebung, administrativen Gesetzesvollzug und kontrollierende Rechtsprechung. Sie behandeln verfassungsrechtliche und europarechtliche Vorgaben. Sie reflektieren grundsätzlich und rechtstheoretisch, und sie führen dies alles zusammen in praxisnah ausfallenden Analysen zu aktuellen Einzelproblemen. Sie sind konzentriert in allererster Linie auf die deutsche Rechtsordnung und Rechtswirklichkeit. Das könnte vielleicht fortge-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

setzt werden unter Einbeziehung auch des Völkerrechts und vor allem den Kontinent Europa überschreitender Rechtsvergleichung. Denn der interkulturelle Vergleich, die Erkundung des Anderen bei der Suche nach dem konsensfähigen Gemeinsamen – das sind wichtige Aufgaben (auch) der Rechtswissenschaft in dem Kontext der so genannten Globalisierung.

Die Ringvorlesung an der Freien Universität Berlin und der aus ihr erwachsene Sammelband vereinen Autorinnen unterschiedlichen Lebensalters, die ihre Erfahrungen mit dem Recht, seiner Ungleichheit und seinen Gleichheit fördernden und fordernden Potenzialen in unterschiedlichen Rollen gemacht haben, oft in mehreren Rollen, und nicht selten auch im politischen Bemühen. Vielen von ihnen gemeinsam ist eine wenigstens teilweise oder zeitweise berufliche Bezüglichkeit zum Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin. Langjährig hatte hier Jutta Limbach gewirkt, Elke Gurlit und Ute Mager gehören zu dem Kreis der fünf Habilitandinnen , die hier ihr Verfahren in den letzten Jahren erfolgreich abgeschlossen haben. Beate Rudolf gehört seit 2003 zu den beiden ersten berufenen Hochschullehrerinnen, nachdem durch den Weggang von Jutta Limbach lange Zeit keine Professorin mehr am Fachbereich lehrte. Dies hat die diesbezüglichen so genannten Frauenquoten am Fachbereich Rechtswissenschaft in die Höhe schnellen lassen, was übrigens im Bereich der Doktorandinnen und Doktoranden und der Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter schon länger galt und selbstverständlich geworden ist.

So schließe ich dieses Geleitwort optimistisch. Wenn auch von Gerechtigkeit in Bezug auf die Geschlechterfrage noch nicht in befriedigendem Maße die Rede sein kann, wie es viele Beiträge des vorliegenden Buches eindrücklich belegen, so hat sich doch das Tempo der Schnecke (Sabine Berghahn) deutlich beschleunigt.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Inhalt

Philip Kunig
Geleitwort 5

Mechthild Koreuber, Ute Mager
Recht und Geschlecht – Eine interdisziplinäre Einführung 9

I. Perspektiven und Entwicklungslinien

Susanne Baer
Justitia ohne Augenbinde? – Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft 19

Beate Rudolf
Verankerung des Gleichstellungsgebots auf Europaebene –
Fortschritt oder Regression? 33

Sabine Berghahn
Der Ritt auf der Schnecke –
Rechtliche Gleichstellung in der Bundesrepublik Deutschland 59

II. Recht und Wirklichkeit

Ursula Nelles
Der Gesetzgeber und die Interessen der Frauen 81

Alexandra Goy
Sexuelle Belästigung – Ein juristisch unscharfer Sachverhalt? 99

Konstanze Plett
Das unterschätzte Familienrecht – Zur Konstruktion von Geschlecht durch Recht 109

Christine Fuchsloch
Moderne und geschlechtergerechte Anforderungen an eine Alterssicherung 121

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

III. Frauenförderung

Margot Gebhardt-Benischke
Gender Mainstreaming, Frauenförderung und Rechtsentwicklung im Hochschulbereich – Vom Machtverhältnis zum Rechtsverhältnis und Verfahren 137

Elke Gurlit
Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument der Frauenförderung 153

Marion Eckertz-Höfer
Frauenförderung im öffentlichen Dienst – Wirksamkeitsfragen 171

IV. Ein Fazit

Jutta Limbach
Wie männlich ist die Rechtswissenschaft? 193

Verzeichnisse

Autorinnen, Mitarbeiterinnen und Autor 207
Abkürzungen 213

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Recht und Geschlecht – Eine interdisziplinäre Einführung

Mechthild Koreuber, Ute Mager

Die Gleichheitsfrage ist eine Gerechtigkeitsfrage. Aber was ist Gerechtigkeit? Einigkeit besteht hierüber allenfalls in den luftigen Höhen der Abstraktion und der Ideale, nur selten bei der Lösung der Konflikte des täglichen Lebens. Bei Aristoteles gibt es die grundlegende Unterscheidung zwischen der austeilenden Gerechtigkeit und der ausgleichenden Gerechtigkeit. Die ausgleichende Gerechtigkeit ist die Tauschgerechtigkeit, die ihren rudimentärsten Ausdruck in dem Grundsatz Auge um Auge, Zahn um Zahn findet. Außerrechtliche Wertzumessungen, Vorstellungen oder bestehende Verhältnisse erhalten allerdings Bedeutung, sobald nicht mehr Dinge derselben Sorte, sondern unterschiedlicher Art ausgetauscht oder im Falle des Schadens ersetzt werden sollen. Dies zeigt sich zum Beispiel am Bundesangestelltentarif, wenn Arbeiten, die typischerweise Frauen verrichten, schlechter bezahlt werden als Arbeiten, die typischerweise Männer ausführen, wie Gertraude Krell u. a. 2001 in der Studie „Diskriminierungsfreie Bewertung von (Dienstleistungs-)Arbeit" nachgewiesen haben.

Die austeilende Gerechtigkeit findet ihren Ausdruck in dem Satz „Jedem das Seine". Nach welchen Kriterien aber bestimmt sich das „Seine" oder das „Ihre"? Es ist der Siegeszug des Individualismus über die Vorstellungen einer vorgegebenen Ordnung, durch den es uns heute selbstverständlich ist, dass jeder Mensch nur kraft seines Menschseins, das heißt unter Absehung von aller tatsächlichen Verschiedenheit, den Anspruch auf denselben Rechtsstatus hat wie alle anderen Menschen auch. Während es im Rahmen einer vorgegebenen Ordnung völlig selbstverständlich war, dass Abstammung, Religionszugehörigkeit oder Geschlecht den Rechtsstatus definierten, ist es angesichts des Individualismus ebenso selbstverständlich, dass jedem Menschen die Selbstbestimmung über sich zukommt. Es ist Ausdruck dieser Anerkennung der Fähigkeit und des Rechts jeder Einzelnen sich selbst zu bestimmen, wenn die Diskriminierungsverbote verlangen, bestimmte tatsächliche Verschiedenheiten als irrelevant zu ignorieren. Deutlich wird damit aber auch: Das Problem der Gleichheit stellt sich nicht im Falle der Identität; Gleichheit ist vielmehr deshalb eine Gerechtigkeitsfrage, weil es darum geht, zu bestimmen, an welche tatsächlichen Verschiedenheiten eine unterschiedliche Behandlung geknüpft werden soll und an welche nicht.

Das Problem der Gleichheit verweist damit auf das Grundproblem des Rechts, das darin besteht, dass Sein und Sollen zwar aufeinander bezogen, aber doch unüberbrückbar zwei verschiedene Kategorien sind. Das Recht als Sollensordnung knüpft an die Seinsordnung an, muss aber auch von ihr abstrahieren, muss typisieren und damit die Komplexität der Wirklichkeit reduzieren. Hierbei kann Relevantes verloren gehen. Die Wirklichkeit ist aber nicht nur im so genannten Tatbestand einer rechtlichen Regelung Ausgangs- und Anknüpfungspunkt. Rechtliche Regelungen haben auch eine Rechtsfolgenseite. Mit der Rechtsfolge soll Einfluss auf die Wirklichkeit genommen werden. Dieser Einfluss kann sich tatsächlichen Veränderungen entgegenstellen und bewahrend

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sein, er kann aber auch tatsächliche Veränderungen befördern oder überhaupt erst herbeiführen. Nicht zuletzt kann sich die Wirklichkeit gegenüber rechtlich gesollten Veränderungen auch als resistent erweisen oder aber das angestrebte Ziel wird verfehlt. Recht ist nach alledem ein Mittel der Sozialgestaltung, ein sehr mächtiges sogar, aber es ist keineswegs das einzige und sein Verhältnis zur Wirklichkeit ist einerseits komplex, andererseits begrenzt.

Da die Beurteilung tatsächlicher Verschiedenheit als relevant oder irrelevant das Grundproblem des Rechts ausmacht, lassen sich für die beschriebenen Beziehungen zwischen Wert- und Gerechtigkeitsvorstellungen, geltendem Recht und Wirklichkeit aus dem Bereich der Geschlechterverhältnisse anschauliche Beispiele geben. So hat es in Deutschland bis weit in das 20. Jahrhundert hinein gedauert, dass das im Individualismus angelegte Postulat von der Gleichheit der Menschen Frauen einbezog und damit das Geschlecht als ein für die Rechtsstellung irrelevantes Merkmal kennzeichnete; und es hat weiter das ganze 20. Jahrhundert gedauert, bis das Postulat von der Irrelevanz des Geschlechts für die Rechtsstellung jedes Menschen die anhaltende Überzeugung von der Relevanz der Geschlechtszugehörigkeit abgebaut hatte und die an die Typik der überkommenen Arbeitsteilung zwischen Männern und Frauen anknüpfenden Regelungen in den verschiedensten Rechtsbereichen jedenfalls im Wortlaut beseitigt waren.

Die inzwischen praktisch verwirklichte Geschlechtsneutralität der Gesetzessprache und der gesetzlichen Regelungen hat jedoch keineswegs zu tatsächlicher Chancengleichheit und tatsächlich gleicher Behandlung von Männern und Frauen geführt, womit die kategoriale Verschiedenheit von Sein und Sollen überdeutlich wird. Obwohl vom bürgerlichen Recht lange nicht mehr vorgegeben, ist die Familienarbeit tatsächlich nach wie vor ganz überwiegend Sache der Frauen und die damit verbundenen Belastungen werden den Frauen auch typisierend zugerechnet. Derartige Resistenz der Wirklichkeit schlägt sich wiederum im Recht nieder, wenn etwa im Rentenrecht die Typisierung im Tatbestand der Rechtsnorm an typischen Lebensumständen von Männern orientiert ist. Hier besteht die Notwendigkeit, die geschlechtsneutralen Formulierungen auf die zugrunde gelegte typisierte Wirklichkeit zu untersuchen, um nunmehr mittelbare Diskriminierung überhaupt zu erkennen.

Die Erkenntnis, dass geschlechtsneutrale Gesetzessprache allein nicht genügt, hat inzwischen auf der verfassungsrechtlichen Ebene zur Anerkennung der Notwendigkeit von Frauen fördernden Maßnahmen geführt. Mit der 1994 geänderten Formulierung des Artikels 3 Absatz 2 des Grundgesetzes durch die Ergänzung um den Satz „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Männern und Frauen und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin" wurde nicht nur die gesellschaftliche Realität der Benachteiligung von Frauen festgestellt, sondern auch ein Handlungsauftrag für den Staat formuliert. Bei der Umsetzung dieses Postulats stellen sich allerdings zahlreiche auch rechtliche Probleme. Zunächst stehen Maßnahmen, die an die tatsächliche Verschiedenheit der Lebensumstände von Männern und Frauen anknüpfen, in einem latenten Spannungsverhältnis zum Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts. Des Weiteren stellt sich die Frage, an welchem Bild von Gleichstellung die Förderung orientiert sein soll. Sollen Frauen so leben können/müssen wie Männer? Sollen Männer so leben müssen/können wie Frauen? Soll das Leben von Männern und

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frauen auf ein ganz neues Leitbild hin verändert werden? Insoweit ist auch zu bedenken, dass das Recht der individuellen und familiären Selbstbestimmung einem gesetzgeberischen Leitbild der Lebensführung Grenzen setzt.

Ein weiteres Problem ist die Zielgenauigkeit von Maßnahmen. So ist es eine bekannte Tatsache, dass etwa Regelungen zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf, die zwar keine Frauenförderung im eigentlichen Sinne darstellen, aber angesichts der tatsächlichen Verhältnisse durchaus im Interesse von Frauen erlassen wurden, wegen der damit verbundenen Kosten und Ausfallzeiten zu Vorbehalten gegenüber der Einstellung von Frauen führen. Nicht zu unterschätzen ist schließlich die Resistenz der Wirklichkeit. So ist die in Anzeigen für Stellen des öffentlichen Dienstes regelmäßig zu findende Aufforderung an Frauen, sich zu bewerben, vielfach kaum mehr als ein Lippenbekenntnis. Die Einstellungsentscheidung wird von ganz anderen Ritualen und Verbindungen bestimmt als von der gesetzlich verlangten Absichtserklärung, den Anteil von Frauen innerhalb einer bestimmten Stellenkategorie zu erhöhen.

Direkt konfrontiert mit der Diskrepanz von Sein und Sollen, der Resistenz der Wirklichkeit und den Fragen der Wirksamkeit von Gesetzen sind Tag für Tag die Frauen- und Gleichstellungsbeauftragten. Während sich die Rechtswissenschaft theoretisch Fragen von Gerechtigkeit „stellt", sind Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte „eingestellt", Gerechtigkeit praktisch umzusetzen. Sie sind qua Amt mit der Frage von (Geschlechter-)Gerechtigkeit, deren alltäglicher Verwirklichung und der Vermeidung der „Aushöhlung" von Gesetzen befasst. Ihre Stütze sind die rechtlichen Bestimmungen vom Europarecht über das Grundgesetz bis zu den Frauenförderplänen einzelner Einrichtungen, denen sie versuchen, Geltung zu verschaffen und an deren Gestaltung sie zugleich als Expertinnen für Geschlechterfragen teilhaben oder teilhaben sollten.

Das Thema „Recht und Geschlecht" ist nach alledem exemplarisch für das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit und es ist ebenso komplex und vielgestaltig. Es führt notwendig zu Fragestellungen, die über die reine Rechtsdogmatik, dass heißt die Analyse und systematische Durchdringung des geltenden Rechts, hinausgehen. Es zeigt die Rechtswissenschaft in ihren Überschneidungsbereichen mit der Philosophie in der Frage nach dem gerechten Recht, mit der Geschichtswissenschaft in der Frage nach den Entstehungs- und Entwicklungsbedingungen rechtlicher Lösungen, mit der Soziologie in der Frage nach den Voraussetzungen und Wirkungen des Rechts als Instrument der Sozialgestaltung und mit der Politologie in der Frage nach den Machtstrukturen.

In vier Kapiteln widmet sich das Buch ohne Anspruch auf Vollständigkeit verschiedenen Facetten der Geschlechterfrage in und durch die Rechtswissenschaft. Mit *Perspektiven und Entwicklungen* wird die grundsätzliche Frage nach der Möglichkeit der Integration der Kategorie Geschlecht in die Rechtswissenschaft diskutiert. Untersuchungen über das Verhältnis von Rechtsgestaltung und Rechtsprechung auf europäischer und nationaler Ebene zeigen die Schwierigkeiten, aber auch die Möglichkeiten, durch Recht gleichstellungspolitisch wirksam zu sein.

In bewusster methodischer Vielfalt befasst sich die feministische Rechtstheorie mit der Frage des Geschlechterverhältnisses. Sie bezieht neben den schon genannten Nachbardisziplinen zur Rechtswissenschaft auch Erkenntnisse weiterer Disziplinen wie etwa der Sprachforschung, der Psychologie, der Erziehungswissenschaft, der Biologie und

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Medizin ein. *Susanne Baer*, Inhaberin eines Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien, zeigt mit ihrem einführenden Beitrag die Arbeitsweise der feministischen Rechtstheorie. Sie nimmt künstlerische Darstellungen der „Justitia" mit und ohne Augenbinde zum Ausgangspunkt, um die Wirkungen der Geschlechtsblindheit von Recht und die Notwendigkeit einer Geschlechtssensibilisierung des Rechts zu untersuchen. Es geht ihr um die Aufdeckung von Vorverständnissen und das Infragestellen von vermeintlich Selbstverständlichem. Indem Baer die Frage aufwirft, was es bedeutet, die Rechtswissenschaft unter Einbeziehung der Kategorie Geschlecht zu beleuchten, kritisiert sie die Defizite dieser Wissenschaft und entwickelt eine innerhalb der eigenen Disziplin angelegte feministische Kritik.

Anstöße für die Entwicklung des Rechts der Gleichstellung von Männern und Frauen sind immer wieder vom Europarecht und von den Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs ausgegangen. Seit dem Vertrag von Amsterdam aus dem Jahre 1999 ist der Begriff des Gender Mainstreaming in aller Munde. Auch die Namen der grundlegenden Entscheidungen des EuGH zur Frage der Quotierung zugunsten der Einstellung von Frauen, insbesondere Marshall und Kalanke sind über die Rechtswissenschaft hinaus bekannt. *Beate Rudolf*, eine der ersten Juniorprofessorinnen in der Rechtswissenschaft und wohl die einzige mit einer Ausrichtung auf Geschlechterfragen, stellt in ihrem Beitrag umfassend, anschaulich und kommentierend die Entwicklung des europäischen Gleichstellungsrechts dar. Ihre Analyse der gleichstellungsrechtlichen Bedeutung des Amsterdamer Vertrages und ihre Unterscheidung zwischen rechtlicher und gerichtlicher Ebene sind insbesondere für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte interessant, die mit diesem Vertragswerk und seiner Handlungsverpflichtung für die Mitgliedsländer eine Veränderung der frauenpolitischen Debatte erwarten.

Das Pendant zur deutschen Rechtsentwicklung bietet der Beitrag der Juristin und Politikwissenschaftlerin *Sabine Berghahn*, deren Forschungsschwerpunkt seit Jahren das Verhältnis von Recht und gesellschaftlicher Realität ist. Der Titel ihres Beitrags „Der Ritt auf der Schnecke" ist bildhaftes Fazit ihrer Untersuchung, die nicht nur die verfassungsrechtliche Entwicklung nachzeichnet, sondern etwa auch das Familienrecht, das Sozialrecht und das Strafrecht einbezieht. Berghahn macht deutlich, dass die Mobilisierung von Fraueninteressen nur selten gelingt, was nicht zuletzt daran liegt, dass das Geschlecht allein nicht notwendig reicht, um eine Interessengemeinschaft zu begründen. Kommt allerdings Rudolf zu dem Ergebnis, dass die Rechtsentwicklung mit dem Amsterdamer Vertrag auf europäischer Ebene deutlich fortgeschritten ist und die europäische Rechtsprechung hinterher hinkt, so stellt Berghahn eine gegenteilige Entwicklung auf nationaler Ebene fest. Ihr Beitrag zeigt, dass es jedenfalls in Deutschland die Gerichte waren, vor allem das Bundesverfassungsgericht, das die Gleichberechtigung und die Gleichstellung von Männern und Frauen vorangetrieben hat, und keineswegs der Gesetzgeber. Möglicherweise ist auch die Zusammensetzung der jeweiligen Entscheidungsgremien relevant für die entsprechende Entwicklung im Recht, wie exemplarisch der Beitrag von Elisabeth Selbert, 1948/49 Mitglied des Parlamentarischen Rats, zur Formulierung des Grundgesetzes zeigt.

Dass *Recht und Wirklichkeit* stark auseinanderklaffen können, ist ein grundsätzliches Problem der Rechtswissenschaft, es zeigt sich jedoch überdeutlich, sobald die Frauen-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

frage ins Spiel gebracht wird. Mit vier Beiträgen werden in Kapitel II nicht nur Probleme spezifischer Bereiche des Rechts (Strafrecht, Arbeitsrecht, Familienrecht, Rentenrecht) untersucht, sondern zugleich die Mechanismen und Strategien aufgezeigt, mit denen es Entscheidungsträgern immer wieder gelingt, fortschrittliche Gesetzesvorhaben zu verwässern oder zu Fall zu bringen.

Nur selten gelingt es Frauen in der Rechtswissenschaft, die höchsten Weihen zu erhalten. Die „gläserne Decke" zeigt sich trotz aller frauenpolitischen Bemühungen weiterhin stabil, gehalten durch geschickte Argumentationsstrukturen, wie *Ursula Nelles*, Strafrechtsprofessorin und langjährige Vorsitzende des Deutschen Juristinnenbundes, zu Beginn ihres Beitrags darlegt. Schwerpunkt ihrer Untersuchung ist die Geschichte des Gesetzesvorhabens zur Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe, in der sie exemplarisch das Verhältnis des Gesetzgebers zu den Interessen der Frauen aufzeigt. Nelles präsentiert eine scharfsinnige Beobachtung eines Gesetzgebungsprozesses als wahres Lehrstück gesellschaftlicher Realität. Ihre entlarvende Analyse von Strategien zur Verhinderung von Gesetzesvorhaben, die angewandt werden, wenn „Katzen über Mäuse entscheiden" und ihr Vorschlag zur angemessenen Repräsentation von Frauen und Kindern im Parlament zeigt die Kreativität rechtswissenschaftlicher Arbeit, die mehr ist als nur Rechtsdogmatik.

Das Verhältnis von Recht und Wirklichkeit wird in der Praxis maßgeblich durch die Beweisbarkeit bestimmt, aber auch durch die Interpretation von Tatsachen. Dieses Problem ist bekannt für den strafrechtlichen Tatbestand der Vergewaltigung und spielt eine erhebliche Rolle im Zusammenhang mit der sexuellen Belästigung im Arbeitsleben. Die Berliner Rechtsanwältin *Alexandra Goy*, spezialisiert auf Fälle sexueller Belästigung und Gewalt, gibt eine nüchterne Analyse der Rechtslage nach dem Beschäftigtenschutzgesetz, dessen Anwendungsbereich nicht nur Beschäftigte in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst betrifft, sondern auch die Mitglieder einer Hochschule, Studierende, StipendiatInnen, PrivatdozentInnen usw. umfasst. Sie weist nach, dass die Schwierigkeit weniger in der juristischen Begriffsdefinition liegt, da Menschen sehr gut wissen, wo die Grenze zur sexuellen Belästigung verläuft, als in der Umsetzung rechtlicher Vorgaben im Arbeitsalltag. Und dennoch ist auch die rechtliche Situation deutlich verbesserungsfähig und sei es nur, dass entsprechende Angleichungen an EU-Vorgaben vorgenommen werden.

Die Rechtswissenschaftlerin und Sprecherin des Zentrums für Feministische Studien, *Konstanze Plett*, befasst sich mit dem Verhältnis von Recht und Wirklichkeit in einer historisch weit gespannten Perspektive am Beispiel des Familienrechts. Ihre Analyse des Familienrechts, das in der Rechtswissenschaft trotz seiner überragenden praktischen Relevanz eher ein Schattendasein fristet, zeigt, wie Recht über sein konkretes Anwendungsfeld hinaus in der Herstellung und Befestigung von Rollenzuweisungen und damit Geschlechterkonstruktionen wirksam ist. Ausgehend von den im Laufe der Zeit sich ändernden Funktionen von Familie wendet sie sich ausblickend gegen die weiterhin trotz aller Veränderungen in der Lebenswirklichkeit – rechtlich gewollte, jedenfalls positiv bewertete Verbindung von Ehe und Familie und schlägt vor, den Familienbegriff auf alle Lebens- und Beistandsgemeinschaften zu erstrecken. Dies mag ein Beispiel dafür sein, dass nicht das Geschlecht allein Interessengemeinschaften begründen kann,

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

denn die Wertvorstellungen hinsichtlich Ehe und Familie dürften unter Frauen ebenso unterschiedlich sein wie unter Männern.

Die Rentenproblematik ist heutzutage in aller Munde und „Riester" schien lange die Antwort auf alle Fragen zu sein. Tatsächlich, so weist *Christine Fuchsloch*, Richterin am Sozialgericht, Rentenexpertin des Deutschen Juristinnenbundes und ehemals wissenschaftliche Mitarbeiterin am Bundesverfassungsgericht, nach, ist „Riester" orientiert an einer männlichen Normalbiografie, die heute, angesichts von Massenarbeitslosigkeit, vermutlich auch manchem Mann nicht entspricht, geschweige denn für weibliche Erwerbsbiografien je gepasst hat. Fuchslochs Untersuchung der Reform der gesetzlichen Rentenversicherung auf ihre Auswirkungen für typische Frauenbiografien, etwa unter dem Gesichtspunkt der Teilzeitarbeit sowie der Hinterbliebenenversorgung gibt nicht nur einen verständlichen Einblick in das höchst komplizierte Rentenrecht, sie bestätigt leider auch einmal mehr das Fazit von Nelles, was geschieht, „wenn Katzen über Mäuse entscheiden".

Der Artikel 3 Absatz 2 Satz 2 des Grundgesetzes formuliert die Beseitigung der Benachteiligung von Frauen als staatliche Aufgabe und damit auch als Handlungsauftrag an den Gesetzgeber. Geht es also einerseits darum, Diskriminierung von Frauen durch das Gesetz, wie etwa bei der Vergewaltigung in der Ehe, abzubauen, ist es ebenso notwendig sich des Gesetzes als starkem Instrument der Sozialgestaltung zu bedienen, um Maßnahmen der *Frauenförderung* zu etablieren. Kapitel III nähert sich dieser Frage aus sehr unterschiedlichen Perspektiven an.

Die Rechtswissenschaftlerin *Margot Gebhardt-Benischke*, langjährige Frauenbeauftragte an der Universität Wuppertal, beginnt ihren Beitrag mit einer äußerst kritischen Analyse der Modernisierung des Familienrechts in den 1970er Jahren, die als Effekt im Wesentlichen die Doppelbelastung von Frauen als Haushälterin und Berufstätige herbeiführte, an den Machtverhältnissen zugunsten von Männern jedoch nichts änderte. Angesichts dieses Effekts wurde die Notwendigkeit spezifischer Frauenförderung erkannt. Die zentrale Frage des Beitrags von Gebhard-Benischke gilt dem Verhältnis von Gender Mainstreaming und Frauenförderung. Ist das mit Einführung von Gleichstellungsgesetzen und Frauenbeauftragten gewonnene spezifische Rechtsverhältnis und damit die rechtliche Etablierung von Frauenförderung in Gefahr, durch Gender Mainstreaming abgelöst zu werden? Und wird dann die Intention aller frauen- und gleichstellungspolitischen Debatten, die Verhältnisse zugunsten von Frauen zu gestalten, im Zuge der Etablierung von Gender Mainstreaming zu einem bürokratischen (Abfrage-)Verfahren, das niemanden mehr beunruhigen muss?

Kann und darf der Staat eine gleichstellungspolitische Strategie mit der Vergabe von Aufträgen an die Privatwirtschaft die Frage der Frauenförderung verbinden? Diese Form der Frauenförderung auf mittelbarem Wege ist Gegenstand des Beitrags von *Elke Gurlit*, Professorin für Öffentliches Recht und Europarecht. Sie diskutiert die Möglichkeiten einer auf Frauenförderung bezogenen politischen Steuerung über die Auftragsvergabe. Als ein nicht nur juristisch interessantes Thema widerstreitender Rechte umfasst es die grundsätzliche Frage, welche Instrumente zur Frauenförderung eingesetzt werden können, wie es um ihre Wirksamkeit bestellt ist und welche juristischen Argumentationsstrategien zu ihrer Verhinderung verwendet werden. Gurlits Beitrag zeigt,

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

welche Vielzahl an rechtlichen Gesichtspunkten zu prüfen und Hindernisse zu überwinden sind, um Frauenförderung im Rahmen staatlichen Handelns zur Geltung zu bringen. Auch dies kann als Gender Mainstreaming verstanden werden.

Einen sehr viel direkteren Zugriff auf die Privatwirtschaft zur Durchsetzung der Gleichstellung von Männern und Frauen enthielt der am Ende gescheiterte Versuch, ein Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft zu verabschieden. Hierüber wurde in den Medien ausführlich diskutiert. Wenig thematisiert wurde dabei, dass der Staat sich, bezogen auf den öffentlichen Dienst, schon lange nicht mehr auf die Einsicht von Entscheidungsträgern verlässt, sondern über Gleichstellungsgesetze die Förderung und Gleichstellung von Frauen einfordert. Doch wie wirksam ist dieses Instrument? Die Vorsitzende Richterin am Bundesverwaltungsgericht und langjährige Frauenbeauftragte dieses Gerichts, *Marion Eckertz-Höfer*, geht vor dem Hintergrund ihrer Erfahrungen als Beamtin in einem Frauenministerium, als Frauenbeauftragte und als Richterin dieser Frage nach und veranschaulicht damit die oben beschriebene Problematik des Rechts als Mittel der Sozialgestaltung. Sie legt dar, welchen Mindestinhalt Gleichstellungsgesetze haben müssen, um Wirksamkeit entfalten zu können und betont die Notwendigkeit der institutionellen Absicherung von Fördermaßnahmen durch Frauenbeauftragte.

Das letzte Kapitel ist nicht nur ein *Fazit* des Buches, sondern ein Fazit, das eine Frau zieht, die über viele Jahrzehnte in unterschiedlichsten Positionen die Rechtsentwicklung begleitet und gestaltet hat.

Jutta Limbach, ehemalige Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts, frühere Berliner Justizsenatorin und emeritierte Professorin des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin beschließt den Band mit der Frage „Wie männlich ist die Rechtswissenschaft?" Mit der Wahl dieses Titels schlägt sie einen zeitlichen Bogen zu einem von ihr verfassten Text gleichen Titels in dem für die Geschlechterforschung so wichtigen 1989 erschienenen Buch von Karin Hausen „Wie männlich ist die Wissenschaft". Diese Frage lässt sich in Bezug auf die personelle Repräsentation des Faches ebenso stellen wie in Bezug auf seinen Inhalt und die Art und Weise der Vermittlung an der Universität, schließlich in Bezug auf Personal und Modus der verschiedenen Formen seiner praktischen Anwendung. Limbachs Antwort bezieht zugleich auch Fragen nach den Veränderungen und den Erfolgen der Frauenforschung und Gleichstellungspolitik der letzten 15 Jahre in den Rechtswissenschaften mit ein.

Der Überblick über den Inhalt dieses Buches hat die geneigte Leserin hoffentlich ebenso neugierig gemacht wie den geneigten Leser. Dieses Buch ist zwar von Frauen geschrieben, es ist jedoch keineswegs ausschließlich für Frauen geschrieben. Dies versteht sich für das Publikum eines ausschließlich von Männern geschriebenen Buches von selbst, bedarf für den umgekehrten Fall aber möglicherweise noch der Erwähnung. Immerhin wird der Vorname der zunächst unbekannten Autorin der Harry-Potter-Bücher auf dem Cover der englischen Originalausgaben zu J. K. abgekürzt, dem Gerüchte nach, weil Männer angeblich nicht gerne Bücher lesen, die erkennbar von Frauen geschrieben wurden.

Da die Entstehung dieses Buches und damit auch die Geschichte des Projekts „Geschlechterforschung in der Rechtswissenschaft" an der Freien Universität Berlin exemplarisch für erfolgreiche Gleichstellungspolitik stehen kann, soll an dieser Stelle noch

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kurz darauf eingegangen werden. In der Debatte um die Modernisierung der Universitäten einerseits und ihrer immer schwieriger werdenden Finanzsituation andererseits haben eine Reihe von modernen Steuerungsinstrumenten Furore gemacht. Eines der Zauberworte in diesem Kontext heißt „Zielvereinbarungen" und das Präsidium der Freien Universität begann bereits 1999 entsprechende Verhandlungen unter Einbeziehung des Aspekts Gleichstellung mit den Fachbereichen.

Als ein Ergebnis dieser Zielvereinbarungen bot der Fachbereich Rechtswissenschaft eine Ringvorlesung zum Thema „Recht und Geschlecht" an, die sowohl für Fachpublikum als auch für VertreterInnen anderer Fachkulturen konzipiert wurde. Durch die interdisziplinär ausgerichtete Veranstaltungsreihe gelang es, Geschlechterforschung in die Rechtswissenschaft an der Freien Universität einzubringen und Rechtswissenschaft als einen Ort der Auseinandersetzung mit Fragen der Geschlechterforschung einzuführen. Ein nachwuchsfördernder Aspekt der Ringvorlesung war zudem die Präsentation verschiedener Tätigkeitsfelder für Juristinnen, vertreten durch die Vortragenden: von der Wissenschaftlerin über die Frauenbeauftragte, die Rechtsanwältin bis hin zur obersten Richterin. Mittelbar führten die Ringvorlesung und der sich daraus entwickelnde Diskurs zur Bestätigung der Relevanz von Geschlechterforschung in der Rechtswissenschaft auch in personeller Hinsicht: Die Freie Universität richtete zum Wintersemester 2003/04 eine Juniorprofessur mit der Denomination „Öffentliches Recht und Gleichstellungsrecht" ein – mit einer der Autorinnen dieses Bandes, Beate Rudolf, besetzt.

Zwar war die Idee der Herausgabe eines Buches schon während der Vortragsreihe präsent, doch erst die überaus positive Reaktion der Beteiligten und des Publikums ließ das Vorhaben konkret werden. Die Beiträge des Buchs orientieren sich an den Themen der Vorlesung, greifen jedoch auch andere Fragestellungen auf, gehen auf neueste Entwicklungen im Recht ein und sind dadurch keine bloße Dokumentation dort gehaltener Vorträge. Die Realisierung des Buchprojekts erfuhr von zwei Seiten finanzielle Unterstützung und wäre ohne diese nicht durchführbar gewesen: Sowohl dem Fachbereich Rechtswissenschaft als auch dem Präsidium der Freien Universität Berlin ist in dieser Hinsicht zu danken. Wir danken Herrn Kunig für das Geleitwort, das er noch als Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaft schrieb, und für die Unterstützung, die er dem Projekt „Recht und Geschlecht" in seiner Amtszeit angedeihen ließ und das er sicherlich darüber hinaus unterstützen wird. Wir danken der Juristin Julie Linnert-Epple, die noch als Studentin und Frauenbeauftragte des Fachbereichs die Ringvorlesung tatkräftig unterstützte ebenso wie der Publizistin Valeska Falkenstein, die in ihrer Eigenschaft als stellvertretende Frauenbeauftragte der Freien Universität Berlin die Entstehung des Buches vom ersten Redigieren der Texte bis zur Erstellung der Druckfahnen begleitete.

Ausdrücklich sei den Autorinnen für ihre inspirierenden Vorträge und für ihr Engagement, ihr Vortragsthema noch einmal in einem Aufsatz aufzunehmen und in die aktuelle Diskussion einzubinden, gedankt. Ohne sie gäbe es dieses Buch nicht und die Rechtswissenschaft wäre um viele kritische Impulse ärmer.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

I. Perspektiven und Entwicklungslinien

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Justitia ohne Augenbinde?
Zur Kategorie Geschlecht in der Rechtswissenschaft

Susanne Baer

Die Allegorie ist bekannt: Justitia als Personifikation der Gerechtigkeit. Sie hat sich mit ihrem lateinischen Namen in unserer Kultur stärker verankert als Dike aus der griechischen Mythologie. Dike bedeutet Weisung im Sinne der rechten, der gerichteten Ordnung. Dike ist Tochter von Zeus und Themis und ihre Tochter Hesychia ist die Ruhe und die Sicherheit. Wer das Recht auf seiner Seite weiß, kann sich also beruhigt zurücklehnen. Diese Ruhe, die Verlässlichkeit, die – psychologisch gesprochen – Sicherheitsillusion, in der wir uns alle mehr oder minder ungebrochen bewegen; diese Ruhe sichert – lateinisch – Justitia, die Justiz, die staatliche Rechtspflege, die institutionalisierte Sorge um Gerechtigkeit. Die anhaltende Sorge um Gerechtigkeit ist Thema dieses Buches.

Welche Gerechtigkeitsfragen stellen sich mit Blick auf das Geschlecht? Auf diese Frage gibt es zahlreiche Antworten. Der vorliegende Beitrag kann nur auszugsweise vermitteln, wie groß das Spektrum feministischer Rechtswissenschaft mittlerweile ist.[1] Die Forschung, die im Ausland immer noch institutionelle Vorsprünge vor den Möglichkeiten in Deutschland genießt, hat alle Rechtsgebiete und alle Grundlagenfächer der Rechtswissenschaft erreicht. Zudem wird die Geschlechterperspektive heute deutlicher im Zusammenhang mit anderen Kategorien sozialer Differenzierung, insbesondere mit *race* und auch *class*, diskutiert. Schließlich mehrt sich der Bedarf an Wissen um die Komplexität des Geschlechterverhältnisses, denn Strategien nationaler und lokaler Verwaltungen oder auch wirtschaftlicher Unternehmen, sich sowohl um Männer als auch um Frauen zu kümmern – das *Gender Mainstreaming*[2] –, werfen immer wieder die Frage auf, was genau denn das bedeutet, auf welche sozialen Realitäten es ankommt und wie Interventionen in diese wirken.

1 Es lässt sich auch nach Zielsetzungen oder nach Gegenständen feministischer Rechtswissenschaft fragen. Bezeichnungen sind – insbesondere in den nordischen Ländern – „Frauenrecht", andernorts „feministisches Recht". „Frauenrecht" hieß eine Beilage zur Zürcher Post, die Emilie Kempin, die erste deutschsprachige promovierte Juristin und Frauenbewegte, um 1890 redigierte. Sie gründete 1893 den ersten europäischen Frauenrechtsschutzverein und inspirierte die deutschen Initiativen. Zu ihnen Geisel, Beatrix: Klasse, Geschlecht und Recht. Vergleichende sozialhistorische Untersuchung der Rechtsberatungspraxis von Frauen- und Arbeiterbewegung (1894-1933), Baden-Baden 1997.

2 Dazu Baer, Susanne: Gender Mainstreaming als Operationalisierung des Rechts auf Gleichheit, in: Bothfeld, Silke/Gronbach, Sigrid/Riedmüller, Barbara (Hrsg.): Gender Mainstreaming – eine Innovation in der Gleichstellungspolitik, Frankfurt 2002, S. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Die Gestalten der Gerechtigkeit – die Ambivalenz des Rechts

Justitia begegnet uns in unterschiedlicher Gestalt. So finden wir mehr oder minder prononcierte Martialität – ein großes oder ein kleines Schwert –, mehr oder minder akzentuierte Sexualität – bedeckte oder blanke Brüste –, und nicht immer, aber oft verbundene Augen. Martialität und Sexualität oder besser Sexualisierung sind zwar auch Themen einer feministischen Rechtswissenschaft, doch steht hier die Augenbinde im Vordergrund.

Die verbundenen Augen sind in ihrer Bedeutung ambivalent: Entweder befähigt nur die Blindheit, gerechte Urteile ohne Ansehen der Person zu fällen, also Gerechtigkeit zu sichern. Oder aber die Blindheit führt dazu, Urteile in Ignoranz und Missachtung der Person zu fällen, was Gerechtigkeit nicht sichern kann.[3] In der Augenbinde der Justitia offenbart sich damit eine Grundfrage feministischer Rechtswissenschaft, die sich mit dem Geschlecht im Recht systematisch auseinander setzt. Es ist die Frage, ob ein geschlechtsneutrales, also mit verbundenen Augen agierendes Recht oder aber ein geschlechtssensibles, also mit offenen Augen die Geschlechterdifferenzen wahrnehmendes Recht das bessere, und also das gerechtere Recht sei.

Ist es konkreter gedacht sinnvoll, im Arbeitsrecht und im Recht des öffentlichen Dienstes eine explizite Frauenförderung zu verankern, also sehenden Auges nach Geschlechtern zu differenzieren, oder wäre es nicht besser, beim Personal gänzlich davon abzusehen, mit der Kategorie Geschlecht zu arbeiten, also die Binde anzulegen? An diesem einschlägigen, auch rechtspolitisch dominanten Beispiel der *Quote* zeigt sich, wie schwer Gleichberechtigung im Recht zu fassen ist. Kompliziert ist dies auch im Fall der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand an private Unternehmen, die aktiv gegen Diskriminierung vorgehen. Dann wird die direkte Förderung von Personen durch die Anreizförderung von Politiken ersetzt.[4]

Die Grundfrage, ob eine Justitia mit oder ohne Augenbinde Gerechtigkeit sichert, stellt sich aber auch jenseits der Frauenförderung. Das Spektrum der Geschlechterfrage im Recht reicht eben in alle Rechtsgebiete hinein. So ist fraglich, ob es ein Fortschritt ist, wenn das reformierte Sexualstrafrecht von „Menschen" spricht, oder aber ob es von Blindheit zeugt, dass Gesetze nun nicht mehr von sexueller Gewalt von Männern gegenüber Frauen künden, auch wenn dies empirisch der weit häufigere und juristisch traditionell ignorierte Sachverhalt ist.[5]

Die Frage nach der Augenbinde stellt sich auch im Verwaltungsrecht. Sollen Belange von Frauen als öffentlich relevante Abwägungsgesichtspunkte im Planungsrecht explizit verankert werden, was die „neutrale" Verwaltung zwingt, hinzuschauen, oder ist es viel gerechter, von abstrakten Bedürfnislagen aus zu handeln, also mit der Augenbinde zu arbeiten? Der Gesetzgeber könnte regeln, dass stadtplanerische Bedürfnisse von allein erziehenden Menschen oder Menschen, die familiäre Pflegeleistungen übernehmen, zu

3 So auch Gerhard, Ute (Hrsg.): Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart, München 1999, S.11.

4 Dazu Elke Gurlit und Marion Eckertz-Höfer in diesem Buch.

5 Dazu Alexandra Goy, feministische Rechtsanwältin der ersten Stunde, in diesem Buch.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

berücksichtigen sind, was dazu führen würde, dass Belange von Frauen (denn um diese handelt es sich statistisch überwiegend) in die Abwägung eingestellt werden. Dann stellt sich die Frage, inwieweit die Stadtplanung Orte präferiert, die sozial primär Männern zur Verfügung stehen, und damit Orte vernachlässigt, die beiden Geschlechtern zugänglich sind.

Daneben gibt es Fragen im allgemeinen Verwaltungsrecht: Ist es von Vorteil, organisationsrechtlich eine Verwaltung ohne Sondereinrichtungen zu fördern, oder ist es doch besser, Beauftragte und Gremien mit Frauen zu besetzen, um Interessen und Bedürfnisse von Frauen und Männern gleichermaßen zur Geltung gelangen zu lassen? Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte gibt es heute in Verwaltung und privater Wirtschaft, in Stiftungen und Großunternehmen – aber sie werden ebenso heftig kritisiert wie sie sich aus der Sicht diskriminierter Frauen als unverzichtbare Stütze und meist als unentbehrliche Störung eines normalen, aber eben nicht geschlechtssensiblen Ablaufes erweisen. Es zeigt sich, dass diese Beauftragten ob des Zusammenhanges zwischen Ablehnung, Störungsauftrag und institutioneller Sonderstellung nur begrenzt Erfolge haben können. Daher wird heute über weitere Mittel und Wege nachgedacht, die Geschlechterfrage nicht in der – von diesen keinesfalls gewollten – Nische der Frauenbeauftragten zu lassen. Gender Mainstreaming operationalisiert die Hoffnung, mit Geschlechterfragen *alle* zu befassen, die an gesellschaftlich relevanten Prozessen und Entscheidungen beteiligt sind.[6] Zudem ist Gender Mainstreaming ausweislich der Art. 2, 3 Abs. 2 des Amsterdamer Vertrages eine europarechtliche Vorgabe an die Mitgliedstaaten. Es ist die verfahrens- und organisationsrechtliche Variante, Justitia in allen Bereichen zu einem geschlechtssensiblen Wesen werden zu lassen.[7]

Gender Mainstreaming ist damit auch das, was die feministische Rechtswissenschaft für die Rechtswissenschaft fordert. Wenn die Frage nach *Gender* in den *Mainstream* der juristischen Ausbildung gelangen würde, wäre es ganz selbstverständlich, in Vorlesungen und Seminaren, auf Tagungen und Colloquien, in jedem Rechtsgebiet auch die Frage nach dem Geschlecht zu stellen. Es wäre normal, im Verfassungsrecht Frauen und neuerdings auch immer häufiger Männer als Männer, also als auch qua Geschlecht definierte Menschen, nicht nur zu erwähnen, wenn Art. 3 Abs. 2 und 3 GG oder auch Art. 33 Abs. 2 GG auf dem Plan stehen, sondern natürlich auch, wenn es beispielsweise um Freiheitsrechte geht. Wäre *Gender* im *Mainstream* des Verfassungsrechts, dann wäre der paradigmatische Grundrechtsträger auch nicht mehr ganz selbstverständlich ein Wesen, das zwar Mensch oder Person oder Subjekt heißt, aber letztlich männlich konnotierte Eigenschaften, Fähigkeiten und Präferenzen hat.[8] Grundrechtsberechtigung wäre vielmehr ein Konglomerat möglicher Individualitäten, was zu sehr komplizierten

6 Davon haben Feministinnen zwar immer geträumt und dies auch immer gefordert. Doch sind bislang weder Wille noch Kompetenzen breit genug gestreut, um Geschlechterfragen in allen Bereichen angemessen zu integrieren.

7 Dazu Margot Gebhardt-Benischke und Beate Rudolf in diesem Band; Baer (2002), a. a. O.

8 Dazu Baer, Susanne: Komplizierte Subjekte zwischen Recht und Geschlecht. Eine Einführung in feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft, in: Kreuzer, Christine (Hg.): Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven. Baden-Baden 2001, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Fragen führt, was welche von wem definierte Freiheit in einem sozialen Miteinander bedeuten kann. So weit sind wir allerdings noch nicht.

2. *Geschichte(n) zwischen Skepsis und Begeisterung*

Die Geschichte des Eindringens der Geschlechterfragen in die Rechtswissenschaft wird eben noch geschrieben. Es gilt weiter, was Henriette Fürth anlässlich eines Wäscherinnenstreiks 1898/99 formulierte, „von der Erledigung des subjektiven Einzelfalles in die Sphäre objektiver Rechtsfindung aufzusteigen".[9] Objektiv bedeutet hier aber, genauer gefasst, geschlechtssensibel Reflektiertes.

An dieser Entwicklung zunehmender Geschlechtersensibilität waren in Deutschland auch ungewöhnliche Menschen beteiligt.[10] Marie Stritt, eine erfolgreiche Schauspielerin, zeigte sich von der Sache so begeistert, dass sie sich um 1900 nach dem Abgang von der Bühne für den Rest ihres Lebens den Frauenrechtsfragen widmete. Allerdings ist Stritt eher die Ausnahme als die Regel. Die Geschichte der Geschlechtersensibilisierung im Recht ist eine lange Geschichte der sie begleitenden Skepsis. Georg Jellinek, berühmter Staatsrechtler der Weimarer Zeit, formulierte damals, er sei „besorgt, ob die Frauen nicht Unsinn machen". Er meinte insbesondere die Aktivitäten seiner Frau Camilla, die, nicht zuletzt auf Anregung von Frauen wie Stritt, Leiterin einer Frauenrechtsschutzstelle und rechtspolitische Sprecherin des Bundes Deutscher Frauenvereine wurde. Camilla machte keinen Unsinn. Georg Jellinek selbst bekannte etwas später die Wandlung, wie er sagte, vom Saulus zum Paulus; ein großer Staatsrechtler war damals für die feministische Rechtswissenschaft und -politik gewonnen. Es bedurfte seiner Unterstützung besonders in einer Zeit, in der Frauen noch nicht studieren und dann zwar studieren, aber nicht praktizieren durften. Heute hat sich der damals rechtlich fixierte Zusammenhang zwischen Gehirn und (männlichem) Geschlecht glücklicherweise derart gelockert, dass es zwar weiterhin erfreulich wäre, große Staatsrechtler für die Sache zu gewinnen, aber nun auch Frauen professionelle Räume erobern können, wo dieses Denken selbst geleistet wird.[11]

9 Bei Geisel, a. a. O., S. 190.

10 Vgl. dazu den Beitrag von Ute Gerhard, die zeitgenössische prominenteste Forscherin zur Frauenbewegungs- und Frauenrechtsgeschichte in Deutschland, in diesem Buch; auch Majer, Diemut: Der lange Weg zu Freiheit und Gleichheit. 14 Vorlesungen zur Rechtsstellung der Frau in der Geschichte, Wien 1995; Hausen, Karin/Wunder, Heide: Frauengeschichte/Geschlechtergeschichte, Frankfurt 1996. Zum Folgenden umfassend Geisel, a. a. O.

11 Dazu Limbach in diesem Band.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. *Die Relevanz des Geschlechts*

Ein Ausgangspunkt dieses Denkens ist eben Justitia. Die feministische Forschung kann an sie bereits eine neue Frage stellen: Justitia steht für die Gerechtigkeit – spielt es nun eine Rolle, dass sie eine *Frau* ist? Die kultur- und kunstwissenschaftliche Geschlechterforschung würde sofort emphatisch mit „Ja!"[12] antworten. Die Rechtswissenschaft aber hat sich die Frage erst gar nicht gestellt. Für das juristische Selbstverständnis und den juristischen Geltungsanspruch war es bislang geradezu zwingend, das Geschlecht für irrelevant zu halten. Gerade für Juristen und Juristinnen ist die Abstraktion vom nur Individuellen ein Garant für Gerechtigkeit, ist die Abspaltung des Irrelevanten eine hohe Kunst der Rechtsfindung, ist das Denken in juristischen und eben nicht emotionalen, sexuellen oder sonstigen Bahnen zwingender Teil ihres Tuns. Aber zwingt das auch dazu, über Geschlecht nicht zu sprechen? Meines Erachtens tut es das nicht. Der Rechtssoziologie und jeder kritischen Rechtstheorie ist bekannt, dass die Auseinandersetzung mit „Vorverständnissen", also eben mit rationalen, aber unausgesprochenen, mit emotionalen, aber auch sexuellen oder sonstig gefärbten Bahnen unserer Wahrnehmung ein wichtiger Teil reflektierter und damit gerechter Rechtsfindung ist. Insofern liegt eigentlich auf der Hand, dass die Auseinandersetzung mit dem Geschlecht in allen rechtlichen Fragen notwendig ist. Dies gilt auch für Rechtstheorie und Rechtsdogmatik.

Als Wissenschaftlerin ist zudem davon auszugehen, dass nichts – also auch nicht das Geschlecht Justitias – dem Zufall überlassen ist. Deshalb ist die These, etwas hätte nichts mit dem Geschlecht zu tun, die geschlechterpolitischen Kritiken oft entgegengehalten wird, gewissermaßen wissenschaftsfeindlich. Sie erweist sich auch regelmäßig als unhaltbar.[13] Den angeblichen Zufall und die angebliche Bedeutungslosigkeit des Geschlechts in einer angeblich neutralen Rechtswissenschaft gibt es nicht. Justitia entpuppt sich schnell als weibliche Allegorie auf exklusive und reduzierend männliche Fiktionen. Sie steht für die Sorge, also angeblich typisch Weibliches, verhindert aber so den historischen Ausschluss von Frauen aus der Rechtsordnung nicht, sondern bedingt bevormundende Rollenzuweisungen. Solche explizit und einseitig geschlechtsbezogenen Allegorien sind wichtiger Bestandteil institutioneller und insbesondere nationalstaatlicher Mythenbildung. Sie formieren unsere Visionen von Gerechtigkeit und richtiger Ordnung auf ganz fundamentaler Ebene immer noch mit.

12 Vgl. Veronika Schmidt-Linsenhoff zu Frauenbilder und Weiblichkeitsmythen in der Bildpublizistik der Französischen Revolution, in Gerhard, Ute u. a.: Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, Frankfurt a. M. 1990, S. 46.

13 Interessanter ist es dagegen, die geradezu ketzerisch anmutende, aber typische Frage der feministischen Rechtswissenschaft zu stellen, ob das Recht denn in der Lage sei, Geschlechterpolitik wirksam zu beeinflussen. Dazu Marion Eckertz-Höfer in diesem Buch.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. *Von expliziten zu subtilen Diskriminierungen*

Geschlechterbilder prägen also das Verständnis von der familiären Keimzelle der Gesellschaft und des Staates, in der Frauen und Männer deutlich voneinander abgegrenzte und hierarchisierte Aufgaben übernehmen. Das setzt sich in den Variationen über die Männlichkeit des Staates fort, die bis weit ins 20. Jahrhundert reichen. Beispielsweise trägt eine spezifische Körper-Metaphorik dazu bei, den Staat männlich, nämlich entsexualisiert, auf Reproduktion nicht angewiesen, hierarchisch konstruiert und junge Frauen als Symbole der Nation begehrend zu denken. Es findet sich heute auch in subtilen Konstruktionen und Rekonstruktionen ein Geschlechterverhältnis ganz bestimmter Prägung.

Die Zeit der expliziten Diskriminierungen in der deutschen Rechtsordnung ist allerdings weitestgehend beendet. Das verdanken wir weniger dem Gesetzgeber und mehr den Gerichten. So entschied das Bundesverfassungsgericht 1992, dass eine Regelung, die Arbeiter vor weiblicher Konkurrenz in gut bezahlten Schichten wie der Nachtarbeit schützt, nicht unter dem Deckmantel des Schutzes von Frauen aufrechterhalten werden kann. Vielmehr meinte das Gericht, Gleichheit in der Verfassung meine nicht nur abstrakte Gleichheit in der Theorie, sondern erstrecke sich auf die Lebenswirklichkeit. Daraus folge, dass auch Frauen in „Männerberufen" nachts arbeiten dürfen. Schon vorher sah das Recht diese Möglichkeit für all die Bereiche vor, in denen Frauen dringend gebraucht werden, also zum Beispiel in Krankenpflege und Gastronomie. Nun musste es dahingehend geändert werden, dass Frauen auch als Schlosserinnen oder Packerinnen nachts – mit allen Zuschlägen – arbeiten dürfen.[14]

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat entschieden, dass Frauen nicht mehr von den zentralen Feldern eines der größten öffentlichen Arbeitgeber fern gehalten werden dürfen, der Ausbildungen in fast allen Männerberufen und auch semiprofessionelles Training in vielen Sportarten bietet. Mit der Entscheidung im Fall Tanja Kreil[15] wurde – übrigens gegen den Widerstand nicht weniger Staatsrechtslehrer, die insofern nicht in die Fußstapfen eines Georg Jellinek treten – die Bundeswehr für Frauen geöffnet. Im gleichen Verfahren entschied der EuGH auch, dass der Wehrdienst nur für Männer das europäische Gleichheitsgebot nicht verletze, da die Gestaltung desselben nationale Angelegenheit sei. Ob dies einem umfassenderen Gebot der Wehrgerechtigkeit entspricht, darf ebenso bezweifelt werden wie die Sinnhaftigkeit einer Wehrpflicht, die zumindest die Tradition der Maskulinität des Militärs aufrecht erhält.[16] Das Argument, so werde die Belastung der Frauen mit reproduktiven Pflichten kompensiert, überzeugt meines Erachtens jedenfalls auf Anhieb nicht.

14 Umfassend Schiek, Dagmar: Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen. Gleichberechtigung durch Deregulierung? Baden-Baden 1992, i. Ü. BverfG 85, 191.

15 EuGH, Rs. C 285/98 (Kreil), STREIT 2000, S. 34; s. a. BVerfG, B. v. 20. 2. 2002 – 2 BvL 5/99 –. Zur europäischen Dynamik Beate Rudolf; zur Entwicklung der Gesetzgebung Ursula Nelles, beide in diesem Buch.

16 Vgl. Berger, Maurice/Wallis, Brian/Watson, Simon (Hrsg.): Constructing Masculinity, New York 1999.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Explizite Geschlechterklischees sind also jedenfalls ausweislich der Rechtsprechung „out". Dennoch besteht immer die Gefahr ihrer impliziten Rekonstruktion.[17] Geschlechtssensible Rechtsgeschichte schreibt sich nicht linear. Um die impliziten, mittelbaren Zuschreibungen zu finden, bedarf es allerdings eines geschulten Blicks. Das zeigt sich gerade in komplizierten Bereichen wie dem Sozialrecht.[18] In jedem Rechtsgebiet ist die Grundlage dieser Analysen ein differenziertes Verständnis von *Geschlecht.* Was genau bedeutet *Frau,* was bedeutet *Mann,* was bedeutet eben *Geschlecht.* Woran denken Sie, wenn Sie einen Buchtitel „Recht und Geschlecht" lesen?

5. *„Geschlecht" – das unbekannte Wesen*

Geschlecht impliziert in unserer Kultur in Alltagsdiskursen meist nicht offensichtlich Männer, sondern Frauen. Wer Geschlechterforschung betreibt, ist weiblich, wer Geschlechterfragen stellt, stellt Fragen nach den Frauen und aus deren Perspektive, wer Geschlecht zum Gegenstand der Rechtswissenschaft macht, sucht nach dem Frauenrecht. Natürlich stimmt das alles nicht: Geschlechterforschung betreiben Menschen, die eben darüber und nicht nur über etwas anderes nachdenken, und aufgrund einer immer auch politischen Geschichte der Entwicklung von Wissen sind dies bislang überwiegend Frauen. Geschlechterfragen sind Fragen nach Männlichkeiten und Weiblichkeiten (und vielem mehr). Geschlechterforschung stellt Weiblichkeit und Männlichkeit in Frage und sucht nach gerechtem Recht. Interessant ist allerdings, dass die Einführung des Geschlechts als Bezugspunkt der Forschung assoziativ nicht etwa Anlass ist, über Männer, Männlichkeit und männliche Rationalitäten nachzudenken, sondern dazu anzuregen scheint, erstmals (!) auch an Frauen zu denken.

Historisch und wissenschaftstheoretisch ist dieses Phänomen der einseitigen Wahrnehmung plausibel. Das Männliche war als Allgemeines gesetzt, Männer waren die selbstverständlichen Akteure, maskuline Formulierungen avisierten einen Menschen, der sozial männliche Biografien lebte. Daher bedeutet die Auseinandersetzung mit Geschlecht zunächst einmal die Frage nach denen, die nicht so allgemein und selbstverständlich und empirisch wahrgenommen wurden. Geschlechterforschung beginnt als Frauenforschung mit der Suche nach den blinden Flecken, und Geschlecht lässt sich hier noch als biologisches Faktum verstehen. Die „blinden Flecken" sind konkret die Verschwiegenen, die Frauen und andere „Andere", also alle, die nicht in das Muster des Normmenschen passen.

In kürzester Zeit wird jedoch offenkundig, dass keineswegs so klar ist, wie genau dieses biologische Faktum eigentlich beschaffen ist, wer also Normmensch, wer ausgeschlossen ist. Der Medizinhistoriker Thomas Laqueur konstatiert, „das biologische Ge-

17 Moderne Rechtsordnungen tendieren dazu, nicht explizite, sondern subtile, mittelbare Konstruktionen tradierter Geschlechterverhältnisse im Recht zu statuieren, im traditionellen und das heißt in diesem Zusammenhang in einem für Frauen nachteiligen, also diskriminierenden Sinne. Dogmatik fasst dies als mittelbare Diskriminierung.

18 Dazu Christine Fuchsloch in diesem Buch.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schlecht ist ein wackliges Fundament".[19] Nicht zuletzt das Recht hat – gemeinsam mit der ähnlich mächtigen Medizin – immer wieder neue Definitionen dieses angeblichen Faktums, dieser Natur geliefert. Geschlecht entpuppt sich bei näherem Hinsehen dann als medizinisch-soziale, unter maßgeblicher Beteiligung des Rechts entworfene Ordnung einer spezifischen Zweigeschlechtlichkeit. Natur ist mit Kultur in einem unentwirrbaren Ausmaß verbunden. Das zeigt das historische Schwanken zwischen der These, es gebe nur ein Geschlecht, das in zwei Spielarten vorkomme, und jener These, es gebe zwei radikal verschiedene Geschlechter, denen dann verschiedenste biologische Phänomene wechselnd zugeordnet werden.[20] Die Verflechtung zwischen Natur und Kultur zeigt auch das Schwanken zwischen der These, es komme nur auf das Verhalten an, und jener, allein der Körper sei entscheidend. Juristisch ist das nicht nur bei der Reaktion auf Transsexualität von Bedeutung.[21] Wichtig ist, dass hier nicht lediglich Verschiedenes oder Unterschiede, also eine Symmetrie zweier Geschlechter beschrieben werden. Vielmehr geht es immer wieder um die Fixierung einer Hierarchie. In allen Modellen steht der Mann oder das Männliche für die Vollkommenheit (nur ein Beispiel: Adam) und die Frau für das weniger Vollkommene (die Rippe). Wieder juristisch gesprochen: der Mann ist der Normal- und die Frau ist der Sonderfall, der Mann ist das Allgemeine, die Frau die besonders zu regelnde Abweichung.[22]

Erst die Geschlechterforschung beraubt das Geschlecht dieser Natürlichkeit, dieser Selbstverständlichkeit der Hierarchie. Was Geschlecht bedeutet, ist veränderbar. Geschlecht funktioniert, so eine These der Forschung, als „sozialer Platzanweiser".[23] Damit stellt sich nicht mehr nur die Frage nach den blinden Flecken, also nach den vergessenen Frauen im Recht. Jetzt stellt sich auch die Frage, wer welchen Platz warum und wie erhält.[24] Geschlecht als Platzanweiser wird sozial hergestellt; es wird konstruiert, aber auch als Realität erfahren. Es ist nicht schlicht wegzudenken, sondern muss als ständig in der sozialen Interaktion hergestellte Erfahrung aufgenommen werden. Wir alle, das zeigt die Ethnomethodologie ebenso wie die phänomenologisch ausgerichtete Philosophie, tun alltäglich genau das: Geschlechterordnungen herstellen. Im Alltag des *doing gender* orientieren wir uns in einer Welt des Geschlechts. Menschen werden als Männer oder als Frauen wahrgenommen, Stimmen als weiblich oder männlich gehört, Gesten und Kleidung als weiblich oder männlich gedeutet, Verhaltensweisen als typisch

19 Laqueur, Thomas: Auf den Leib geschrieben. Inszenierung der Geschlechter von der Antike bis Freud, München 1996, S. 157.

20 Laqueur, a. a. O., auch Honegger, Claudia: Die Ordnung der Geschlechter. Die Wissenschaften vom Menschen Weib, München 1996; Lindemann, Gesa: Das paradoxe Geschlecht. Transsexualität im Spannungsfeld von Körper, Leib und Gefühl, Frankfurt 1993, S. 196 ff.

21 Laqueur, a. a. O., S. 158.

22 Lindemann, a. a. O., S. 213 ff., weist nach, dass dies auch heute noch in Begutachtungsverfahren nach dem TSG der Fall ist. Es ist leichter, ein Mann zu werden, als nachzuweisen, dass frau eine Frau ist. S. a. S. 262 ff.

23 Vgl. Becker-Schmidt, Regina/Knapp, Gudrun-Axeli (Hrsg.): Das Geschlechterverhältnis als Gegenstand der Sozialwissenschaften, Frankfurt a. M./New York 1995.

24 Es geht somit auch darum, herauszufinden, was eigentlich das Männliche im Recht, die Maskulinität einer Rechtsordnung ausmacht, und was eine Geschlechterordnung dann als hierarchische Ordnung etabliert.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

weiblich oder typisch männlich klassifiziert. Letzteres fällt oft erst dann auf, wenn etwas Untypisches getan wird, also ein Mensch, den Sie als Frau wahrnehmen, plötzlich „seinen Mann steht", oder ein Mann plötzlich „verweichlicht" zur Frau wird, in den Variationen „Heulsuse" oder „Muttersöhnchen" (wer war das nicht?) oder heute „Warmduscher".

6. *„Doing gender" im Recht*

Dieses *doing gender* (etwas, woran wir alle im Alltag beteiligt sind) findet sich auch im Recht und in der juristischen Praxis. Als *doing gender* ließe sich beschreiben, wenn in Strafverfahren „Glaub*würdig*keitsgutachten" in erster Linie bei Frauen durchgeführt werden, während Aussagen von Männern glaub*haft* sein müssen, die Würdigkeit der Person also nicht in Frage steht. Hier setzt sich der historische Ausschluss von Frauen von der Zeugnisfähigkeit in gerichtlichen Verfahren subtil fort. Konstruiert wird damit eine Vollrechtsfähigkeit von männlichen und eine erst zu beweisende Rechtswertigkeit von weiblichen Wesen.

Ein weiterer Fall des *doing gender* findet sich im Arbeitsrecht. Dort lässt sich hervorragend nachweisen, wie Tätigkeiten mit dem Geschlecht kombiniert werden und so zu einer Aufwertung des Männlichen und einer Abwertung des Weiblichen führen. Erneut kommt die hierarchische Struktur der Geschlechterordnung ins Blickfeld. Im Arbeitsrecht hat das pekuniäre Folgen, denn Abwertung zeigt sich im anhaltenden Problem, dass erwerbstätige Frauen im Durchschnitt etwa 70 % dessen verdienen, was Männer für ihr Tun erhalten. Auch hier werden, immer mit Unterstützung des Rechts, Geschlechter definiert, Geschlechterrollen zugewiesen, Geschlechterordnungen geschaffen.

Das Geschlecht als Platzanweiser, als hergestelltes Phänomen, zeigt also Wirkungen. Es wird als Lebenspraxis, oder wie die Soziologin und Rechtstheoretikerin Andrea Maihofer es definiert, als „Existenzweise" erfahren. In diesem Sinne haben wir alle ein Geschlecht, eine Identität, in der wir uns einrichten, mit der wir umgehen, die wir immer wieder inszenieren, mit der wir arbeiten und spielen. In diesem Sinne sind wir Frauen oder Männer, oder versuchen, uns irgendwo in einem Spektrum zu platzieren. Davon kündet der insbesondere unter Juristinnen beliebte Satz, sie würden am liebsten nur als Mensch behandelt werden und wüssten nicht, warum ihr Frau-Sein eine Rolle spielen sollte, und die von Juristen oft gehörte Sentenz, ihres Erachtens würde das Geschlecht überhaupt keine Rolle spielen. Dies sind unterschiedlich motivierte Versuche, die Signifikanz, die Geschlecht heute hat, zu kaschieren. Interessant ist zudem, dass oft kein Widerspruch erkannt wird, wenn es im gleichen Atemzug heißt, Frauen würden die Atmosphäre im Seminar oder am Arbeitsplatz verbessern (sind also doch die netteren Menschen?) oder Frauen müssten nur etwas durchsetzungsfähiger, ein bisschen mehr wie die Kommilitonen oder die Kollegen werden, um Erfolg zu haben (also doch ein

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bisschen männlich sein?).[25] Demgegenüber könnte ernsthaft versucht werden, eine Welt zu konstruieren und sozial zu praktizieren, die Geschlechter *anders* wahrnimmt, sozial *anders* bewertet, dem Geschlecht in verschiedensten Ausprägungen *andere*, nämlich keine hierarchische Bedeutung zukommen lässt.

7. *Von der Biologie zur Asymmetrie – vom Ausschluss zur Partizipation*

Mit der tradierten Annahme einer natürlichen Geschlechterordnung hat der heutige Stand der Geschlechterforschung auch im Recht nur noch insofern zu tun, als Geschlechterforschung darüber aufklären kann, wie sehr unser „Wissen" von Vorurteilen geprägt ist. Geschlecht wird angemessener, so formuliert es die Kulturhistorikerin Ute Frevert, als „zentrales Strukturprinzip" begriffen, das alle unsere „Repräsentationssysteme durchwebt" und insofern zum „Leitbegriff" der Forschung werden kann.[26] Von der Biologie gelangen wir zum Platzanweiser, zur Existenzweise, zur asymmetrischen Bewertung. Auch im Recht werden die Dinge damit immer komplizierter.

Die komplizierten Wirkungen eines anspruchsvollen Verständnisses von Geschlecht lassen sich am Beispiel der Demokratie ablesen. Demokratische Herrschaft wurde geschlechtsblind oder auch heimlich hierarchisierend konzipiert, doch vermittelten diese Legitimation – schon ob des Wahlrechts – nur männliche Subjekte. Die Privatsphäre wurde gleichzeitig zum Herrschaftsraum des Bürgers nicht zuletzt über Frauen. Der erste Schritt auf dem Weg zu mehr Geschlechtergerechtigkeit bestand nun darin, die Geschlechtsblindheit, die als Präferenz für das männliche Geschlecht wirkt, zu unterminieren. Seit der Déclaration der „Droits de la Femme et de la Citoyenne", die Olympe de Gouges 1791 neben die Menschen- und eigentlich Männerrechtserklärung der „Droits de l'Homme et du Citoyen" stellte[27], seit der „Vindication of the Rights of Women" von Mary Wollstonecraft von 1872, seit der „Declaration of Sentiments" von Seneca Falls im Staat New York, in der Amerikanerinnen schon früh die Gleichheit in der Differenz einforderten, und seit der ersten Frauenbewegung in Deutschland, deren einer Flügel nur deshalb „radikal" genannt wurde, weil er nicht nur moralisch-sittliche, sondern gerade auch politische Gleichheit forderte – seitdem bedeutet Demokratie auch, dass Männer und Frauen wählen dürfen. Darauf folgt ihre Präsenz in gewählten Körperschaften, die beispielsweise im französischen Kommunalrecht gesetzlich geregelt ist und in Deutschland über Quoten in politischen Parteien angestrebt wird. Dazu gehört die Präsenz in Gremien, die das – wenn auch weithin unbekannte und kaum implementierte – Bundesgremienbesetzungsgesetz vorschreibt.

25 Eine systematische Analyse dazu findet sich bei Fuchs Epstein, Cynthia: Women in Law, 1983, S. 158 ff.; bei MacKinnon, Catherine: Women as Women in Law, in Feminism Unmodified, 1987.

26 Frevert, Ute, „Mann und Weib, und Weib und Mann". Geschlechter-Differenzen in der Moderne, München 1995, S. 10.

27 Dazu ausführlicher Gerhard, Ute: Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht, München 1990; pointiert Friederike Hassauer in Gerhard u. a., a. a. O., S. 320.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ein zweiter Schritt, den wir heute machen, besteht darin, Demokratie als Geschlechterdemokratie tiefgreifender zu verstehen und einzufordern. Neben der personellen Präsenz steht dann die inhaltliche Präsenz der heterogenen Interessen unterschiedlicher Frauen an allen Orten politischen Entscheidens. Was genau bedeutet das? Im Rahmen des erwähnten Gender Mainstreaming müssen *alle* Geschlechterfragen *immer* mitdenken. Regelungen zwingen dazu, Interessen und Bedürfnisse aller Menschen – und nicht nur die der Normmänner – gleichberechtigt einzubeziehen, also Perspektiven zu verändern. Ein illustratives Beispiel dazu ist das Recht der öffentlichen Haushalte. In Staaten wie Australien, Großbritannien und Kanada, oder aber Südafrika oder Tansania gibt es ebenso wie im schweizerischen Kanton Basel-Stadt Analysen öffentlicher Haushaltspläne, in denen geprüft wird, ob Ressourcen so verteilt werden, dass sie tradierte und damit hierarchische Geschlechterordnungen stützen. Dazu gehört die Frage, ob in den makroökonomischen Analysen die Leistungen von Frauen (so genannte „Hausarbeit") verschwiegen werden. Im Bericht zum Dritten „Women's Budget" Südafrikas von 1998 wird erläutert, es gehe nicht um ein Budget für Frauen, also um die kleine Frauenecke im Finanzwesen, sondern um eine Analyse aller Haushaltsentscheidungen im Hinblick auf ihre geschlechtsspezifische Wirkung. Konkret ermittelt dann ein Ministerium oder auch die Weltbank Daten, die Aussagen über Geschlechtverhältnisse zulassen. Untersucht wird die Frauenarmut ebenso wie die ungleiche Verteilung sozialer Leistungen beispielsweise in der Arbeitsförderung, in der Förderung von Unternehmensgründungen oder, in ländlichen Regionen entscheidend, in der Verteilung des Zugangs zu Land und Wasser. Auf dieser Grundlage wird dann anders verteilt.

Es gibt auch universitätsnahe Beispiele, die diese Vorgehensweise illustrieren. In den USA gibt es eine Bestimmung des Civil Rights Act, die staatliche Zuschüsse an Einrichtungen untersagt, die diskriminieren. Diese Frage stellt sich bei Bildungseinrichtungen wie beispielsweise Universitäten, die viel Geld in Männersportarten und wenig in Frauensport investieren oder die viel Geld in hauptsächlich von Studenten bevölkerten Studiengängen und wenig in jene „stecken", die primär Studentinnen wählen. Eine Subventionspraxis, die das mittelbar fördert, verstößt gegen die gleichheitsrechtlichen Bindungen der öffentlichen Hand. Die bereits erwähnte These, es handele sich dabei um zufällige Verteilungen, überzeugt nicht. Es ist längst nachgewiesen, dass gerade Sportarten wie auch Berufe an Geschlechterbilder gebunden sind, und dass sich dies unmittelbar in monetäre Wertungen übersetzt. Geschlechterdemokratie würde hier nicht nur bedeuten, Frauen gleichberechtigt an Verteilungsentscheidungen mitwirken zu lassen, sondern auch, zu prüfen, welche Entscheidungen problematische Auswirkungen im Geschlechterverhältnis haben, und diese zu revidieren.

8. Sicherheit für Lebensgemeinschaften oder Vorgabe nur einer Lebensform?

Wird Geschlecht also als soziale Konstruktion verstanden, als hierarchisierendes Muster, dann gerät das bislang Allgemeine, Selbstverständliche und als neutral Behauptete unter Verdacht. Das gilt natürlich auch für klassische juristische Orte des Geschlechter-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

verhältnisses, also für Ehe und Familie. Auch dort sind zwar die explizit patriarchalischen Zeiten vorbei: Heute gibt es keinen Stichentscheid für Männer und auch nicht mehr das Recht, der Ehefrau das Arbeiten zu verbieten – wobei es sich natürlich um das Arbeiten außer Haus handelte, denn Arbeit im Haus war und ist jedenfalls ausweislich der Rechtsordnung nicht wirklich Arbeit. Auch der Konnex Elternschaft und Weiblichkeit ist nicht mehr so eng oder so „natürlich", dass nur Frauen als Sorgende für Kinder vorstellbar sind. Dennoch ist die Problematik eines Vertrages, der eine komplizierte Mischung aus Emotionen und Rationalitäten abbildet, noch lange nicht in Gänze erfasst. Bei nüchterner Betrachtung, die um die Tücken des Geschlechterdenkens weiß, ist die Ehe eine rechtlich gesicherte Gemeinschaft Erwachsener. Regeln braucht sie für den Fall des Konflikts[28], den des Scheiterns der Verbindung[29] oder für den Notfall, wo klar sein muss, wer was für wen rechtsverbindlich erfahren, tun und lassen kann.

Im Einzelnen ist zum Recht der Lebensgemeinschaften auch in der feministischen Forschung vieles umstritten. Die Diskussion um die 2001 im Deutschen Bundestag verabschiedete rechtliche Anerkennung von Gemeinschaften, die nicht dem patriarchalischen heterosexuellen Leitbild entsprechen, zeigt aber, wie notwendig gerade hier eine aufgeklärte Betrachtung ist. Einige Gegner der neuen Regelung sprechen vom Untergang des Abendlandes. Sie lassen – neben der problematischen Funktionalisierung des „Abendlandes" – außer Acht, dass immerhin die Verfassung und jetzt noch deutlicher der EG-Vertrag konstatieren, dass niemand Nachteile erleiden darf, weil er oder sie einem und nicht dem anderen Geschlecht angehört. Ein Eherecht, das ausdrücklich nach dem Geschlecht differenziert und einigen Menschen aufgrund ihres Geschlechts gleiche Chancen und Bedingungen in dieser Gesellschaft verwehrt, ist damit nicht vereinbar. Andere kritisieren, dass hier eine „Ehe *light*" geschaffen werde, die einem problematischen, historisch patriarchalen Vorbild verhaftet ist, aber nicht einmal Gleichstellung sichere. Diese Position gründet zwar in einer kritischen Analyse der Geschlechtergeschichten des Rechts, sichert aber nicht die Interessen derjenigen, die in Lebensgemeinschaften eigene Rechte benötigen, um Ungerechtigkeit zu verhindern. Und es gibt hier weitere wichtige Fragen. Die geschlechtssensible Rechtswissenschaft führt also kaum je zu einer einzigen rechtspolitischen Option. Wichtig ist nur, dass sich Rechtswissenschaft überhaupt diesen Fragen öffnet.

9. *Rechtswissenschaft und Gender*

Die Jurisprudenz stellt sich im Ausland heute den Fragen nach *Gender* selbstverständlicher als hier. In Deutschland heißt es immer noch häufig, in der Geschlechterforschung werde keine Wissenschaft, sondern nur Politik, oder jedenfalls nichts Interessantes (also

28 Im Konfliktfall bedarf es eines Regelungsgerüstes, das – um die Tücken der Geschlechterhierarchie zu meiden – für gleiche Chancen in der Durchsetzung der eigenen Wünsche sorgt, also weit über das Familienrecht hinaus in das Arbeits- und Sozialrecht hineinreicht.

29 Im Fall des Scheiterns bedarf es – wie im Gesellschaftsrecht – der Regelung für die sachgerechte Auflösung der Gemeinschaft.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nur Irrelevantes) betrieben, gerade wenn keine eindeutigen Ergebnisse vorgelegt werden. So wird eine Falle konstruiert: Ergebnisse werden als partikular und interessengeleitet desavouiert und Ergebnisoffenheit als Misserfolg abgetan. Demgegenüber zeugt gerade die Ergebnisoffenheit der rechtswissenschaftlichen Geschlechterforschung von kritischer Selbstreflexion, die auch die Frage stellt, warum es zu diesen Fragen kommt. Feministische Rechtswissenschaft postuliert eben keine Heilslehren und gibt nicht vor, die *eine* Antwort auf komplizierte Fragen zu kennen, sondern eröffnet Räume für das kritische Nachdenken über das Geschlecht im Recht. Sie ist nicht platt politisch, sondern reflektiert den politischen Kontext des Juristischen.

So wie es ohne eine Bewegung der Verbrauchenden keinen Verbraucherschutz, ohne engagierte Konsumentinnen und Konsumenten kein AGB-Gesetz und ohne Umweltschützende kein Umweltrecht gäbe, weil sie alle Dinge zu Themen machten, die dann in die Rechtsordnung Eingang fanden, so gäbe es ohne die Frauenbewegung keine systematische Analyse der rechtlichen Gestalten der Geschlechterverhältnisse. Das nicht nur offen zu bekunden, sondern auch zu hinterfragen, ist der Vorteil dieser Forschungsrichtung. Die Entschleierung des lange Kaschierten, die Aufdeckung des Verborgenen, die Infragestellung bequemer Selbstverständlichkeiten ist also vorrangige Aufgabe. Ein bisschen unbequem müssen daher auch Bücher wie das Vorliegende sein.

Die radikale Frauenrechtlerin Anita Augspurg formulierte 1885 in der ersten Ausgabe der Zeitschrift „Die Frauenbewegung" von Minna Cauer und Lily von Gizycki programmatisch: „Die Frauenfrage ist eine Rechtsfrage"[30]. In diesem Buch wird die Gleichheitsfrage als eine Gerechtigkeitsfrage gestellt. Es steht zu hoffen, dass diese Fragen nicht nur öfter, sondern in Zukunft auch immer systematischer gestellt werden. Justitia muss dann ihre Augenbinde lüpfen – und sich vielleicht eine Brille zulegen, um den Blick zu schärfen.

30 Gebt acht, solange es noch Zeit ist!, Frauenbewegung 1985, Nr. 1, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verankerung des Gleichstellungsgebots auf Europaebene – Fortschritt oder Regression?

Beate Rudolf

„Verankerung des Gleichstellungsgebots auf Europaebene – Fortschritt oder Regression?" – für den strenggläubigen Europäer ist schon die Fragestellung eine Provokation, ja sogar eine Bedrohung des eigenen Seelenheils. Denn bei einem „Nein" auf die Frage nach dem Fortschritt droht die europarechtliche Exkommunizierung. Schließlich beruht die Europäische Union auf dem gleichen Dogma wie der Sozialismus: Beide schreiten unaufhörlich voran. Aber da es die Aufgabe der Wissenschaft ist, Dogmen zu hinterfragen, möchte ich versuchen, die mir von den Herausgeberinnen gestellte Frage zu beantworten.

Zunächst werde ich auf die Änderungen im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft eingehen, die die Revisionen von Amsterdam und Nizza bewirkt haben. Dabei behandele ich auch die Änderungen im sekundären Gemeinschaftsrecht, speziell der so genannten zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie. Anschließend untersuche ich kritisch, ob und wie sich diese Änderungen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs niedergeschlagen haben. Im Mittelpunkt sollen dabei drei Bereiche stehen: Die Frage nach der Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes, die sich im Zusammenhang mit dem Zugang von Frauen zu Berufsstreitkräften gestellt hat, das Verbot der mittelbaren Diskriminierung, das insbesondere bei der Ungleichbehandlung von Voll- und Teilzeitarbeitskräften relevant wird, und schließlich die Zulässigkeit von Maßnahmen, durch die Frauen gegenüber Männern bevorzugt werden, Stichwort „Frauenquoten".

Vorweg noch kurz zur Begrifflichkeit: Der Terminus „Gleichstellung" findet sich im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft erst, seitdem im Mai 1999 der Amsterdamer Vertrag[1] in Kraft getreten ist. Vor diesem Zeitpunkt war im EG-Vertrag nur die Rede vom „Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit". Was ist nun mit „Gleichstellung" gemeint? Der Begriff „Gleich*stellung*" betrifft die Lebenswirklichkeit: Es geht um die Durchsetzung der Gleichberechtigung in der Praxis. Diese setzt notwendigerweise die rechtliche Gleichheit voraus. Es fällt auf, dass der EG-Vertrag in anderen Sprachen keinen vergleichbar deutlichen Begriff verwendet. Im Englischen findet sich beispielsweise „equality", im Französischen „égalité". Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass Gleichberechtigung in tatsächlicher Hinsicht nicht gemeint ist. Denn zumindest an einer Stelle, in Art. 141 Abs. 4 EG, verwendet der englische Text für den Begriff der Gleichstellung die Formulierung „equality in practice". Vor diesem Hintergrund dürfte sich die Wahl des Terminus „Gleichstellung" im Deut-

1 Vom 2. 10. 1997, BGBl 1998 II, S. 387, ber. BGBl 1999 II, S. 416, in Kraft getreten am 1. Mai 1999, Bek. v. 6.4.1999, BGBl 1999 II, S. 296. Der Praxis des EuGH folgend werden Bestimmungen des geänderten Vertrages mit „EG" abgekürzt und solche der Fassung vor „Amsterdam" mit „EGV".

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schen durch den Einfluss der Verfassungsentwicklung in Deutschland erklären. Er hat in der Änderung von Art. 3 Abs. 2 GG Aufnahme in die Verfassung gefunden und wird auch in zahlreichen neueren Landesverfassungen verwendet.[2] Halten wir also fest: Auch der EG-Vertrag bezeichnet mit Gleichstellung eine doppelte Zielsetzung – die Herstellung der rechtlichen und der tatsächlichen Gleichheit von Frauen und Männern.

1. Das Gleichstellungsgebot im Amsterdamer Vertrag

Betrachte ich nun die textlichen Änderungen des EG-Vertrages im Hinblick auf die „Gleichstellung von Frau und Mann", so brachte der Vertrag von Amsterdam diesbezüglich fünf Neuerungen. Sie betreffen die Art. 2, 3, 13, 137 und 141 EG, also die Grundsätze der Gemeinschaft sowie das Kapitel über die Sozialpolitik.

Gleichstellung als Ziel der Gemeinschaft (Art. 2 EG)

Die erste Neuerung findet sich in Art. 2 EG: Die „Gleichstellung von Männern und Frauen" stellt nunmehr ein Ziel der Gemeinschaft dar. Wie alle anderen Ziele ist auch dieses durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie – besonders wichtig – durch die Durchführung der gemeinsamen Politiken und Maßnahmen nach den Art. 3 und 4 EG zu fördern. Das bedeutet umgekehrt, dass die Gemeinschaft in den ihr zugewiesenen Bereichen Gleichstellungspolitik durchführen muss. Hierauf werde ich bei Art. 3 EG gleich noch einmal zurückkommen.

Bedeutsam ist das Fehlen einer Begrenzung auf das Wirtschaftsleben, wie es etwa bei dem Ziel einer nachhaltigen Entwicklung der Fall ist. Die Gleichheit der Geschlechter ist also ein Ziel um seiner selbst willen. Es ist damit die einzige genuin grundrechtliche Aufgabe unter dem EG-Vertrag. Verlangt ist die tatsächliche Gleichstellung, denn auch die übrigen Vertragsziele sind auf Verwirklichung in der gesellschaftlichen Realität angelegt.[3] Was bedeutet es nun in rechtlicher Hinsicht, dass die Gleichstellung ein Ziel der Gemeinschaft bildet? Trotz seiner sehr allgemeinen Fassung ist es für die Gemeinschaftsorgane rechtlich verbindlich. Das hat drei wesentliche Auswirkungen: Die politischen Organe sind verpflichtet, die Gleichstellung bei ihrer Politikgestaltung zu verfolgen. Der EuGH kann und muss sie bei der Auslegung (und Fortbildung) des Gemeinschaftsrechts als Auslegungsmaßstab heranziehen.[4] Von dem einmal erreichten

2 Art. 10 Abs. 3 S. 2 Berlin, Art. 12 Abs. 3 S. 2 Brandenburg, Art. 13 S. 1 Mecklenburg-Vorpommern, Art. 8 Sachsen, Art. 34 Sachsen-Anhalt und Art. 6 S. 1 Schleswig-Holstein, zitiert nach Pestalozza, Christian (Hrsg.): Verfassungen der deutschen Bundesländer, 6. Aufl. München 1999.

3 v. Bogdandy, Armin: Rdnr. 26 zu Art. 2, in: Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union, Kommentar (Loseblatt, Stand Januar 2000).

4 So allg. v. Bogdandy, a. a. O., Rdnr. 8 zu Art. 2 und Zuleeg, Manfred: Rdnr. 3 und 7 zu Art. 2, in von der Groeben, Hans/Thiesing, Jochen/Ehlermann, Claus-Dieter (Hrsg.): Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. Baden-Baden 1997 (noch zum Maastrichter Vertrag); ausdrücklich für die

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Stand der Verwirklichung von Vertragszielen dürfen keine Abstriche gemacht werden.[5] Diese Verpflichtungen gelten auch für die Mitgliedstaaten, allerdings nur, soweit sie im Rahmen des EG-Vertrages tätig werden.[6] Außerhalb dessen wirkt das Vertragsziel „Gleichberechtigung" für sie nur mittelbar über Art. 10 EG.[7] Danach müssen die Mitgliedstaaten alle Tätigkeiten unterlassen, durch die die Vertragsziele gefährdet werden können. Hingegen begründet Art. 2 EG keine subjektiven Rechte.[8] Die Norm ist insofern Staatszielbestimmungen im deutschen Verfassungsrecht vergleichbar. Allerdings können Unionsbürger – oder wohl häufiger Unionsbürgerinnen – indirekt von dem Gleichstellungsgebot profitieren, nämlich bei der Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den EuGH.[9]

Mit der Bestimmung der Gleichstellung als Querschnittsaufgabe entsteht das Problem des Konflikts mit anderen Zielvorgaben des EG-Vertrages. Ein Blick in den neuen Art. 2 EG zeigt: Mit dem Amsterdamer Vertrag ist die Anzahl der Ziele der EG von fünf auf zehn angestiegen. Damit nimmt die Gefahr von Zielkonflikten zu.[10] Wie sind diese zu lösen? Der EuGH gesteht den Gemeinschaftsorganen hier eine weite Einschätzungsprärogative zu. Sie sind lediglich verpflichtet, zwischen den konkurrierenden Zielen Konkordanz herzustellen.[11] Allerdings bedeutet das nicht, dass alle Ziele in gleichem Maße optimiert werden müssen. Nach Ansicht des Gerichtshofs soll es vielmehr auch zulässig sein, einem Ziel zeitweise den Vorrang einzuräumen.[12] Dieses Verständnis lässt sich unter der Geltung der Querschnittsklausel für Gleichstellung (und übrigens auch für Umweltschutz, Art. 6 EG, sowie für Gesundheitsschutz, Art. 152 Abs. 1 EG) nicht mehr aufrecht erhalten. Diese Belange dürfen in einer Zielabwägung nicht mehr einfach „weggewogen" werden.

Ob der EuGH den Abwägungsprozess allerdings kontrollieren wird, ist mehr als zweifelhaft: Er hat nämlich eine Untätigkeitsklage für unzulässig erachtet, die das völlige Fehlen einer vertraglich vorgesehenen Politik rügte.[13] Dies lässt sich meines Erachtens unter der Geltung der Querschnittsklauseln nicht mehr aufrecht erhalten, denn da-

---

Gleichstellung: Dieball, Heike: Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben – neue Vorgaben des EG-Vertrages, EuR 2000, S. 274-284 (277) und Mayer, Ingrid Alice: Gleichberechtigung von Frauen im Aufgaben- und Zielkatalog der EU, djb aktuell 1/1999, S. 15-16 (16).

5 Ukrow, Jörg: Rdnr. 5 zu Art. 2 EG, in Calliess, Christian/Ruffert, Matthias: (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.

6 v. Bogdandy, a. a. O., Rdnr. 52 zu Art. 2 und Ukrow, a. a. O., Rdnr. 27 zu Art. 2 EG.

7 So allg. v. Bogdandy, a. a. O., Rdnr. 8 zu Art. 2, unter Verweis auf Rs. C-265/95 (Kommission ./. Frankreich), Urt. v. 9. 12. 1997, Slg. 1997, I-6959, Rdnr. 24-25, gemeint ist aber wohl Rdnr. 32.

8 Ukrow, a. a. O., Rdnr. 27 zu Art. 2 EG.

9 v. Bogdandy, a. a. O., Rdnr. 9 zu Art. 2.

10 Zur vergleichbaren Problematik im deutschen Arbeits- und Sozialrecht: Scheiwe, Kirsten: Geht die Gleichstellungspolitik im ‚Regelungsgestrüpp' des Arbeits- und Sozialrechts unter? Streit 2000, S. 147-151.

11 Zuleeg, a. a. O., Rdnr. 12 zu Art. 2 und Ukrow, a. a. O., Rdnr. 28 zu Art. 2 EG m. Nachw. zur st. Rspr. des EuGH.

12 EuGH, Rs. 5/73 (Balkan Import-Export GmbH ./. HZA Berlin-Packhof), Urt. v. 24. 10. 1973, Slg. 1973, S. 1091, Rdnr. 24.

13 So entschieden in Rs. 13/83 (Parlament ./. Rat), Urt. v. 22.5.1985, Slg. 1985, S. 1513, zur Verkehrspolitik.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mit sind Ziele formuliert, die bei der Abwägung nicht mehr zurückgestellt werden dürfen. Die Entscheidungsprärogative der Gemeinschaftsorgane ist insofern beschränkt. Daher könnte der EuGH jedenfalls evidente Verstöße gegen eines dieser Ziele feststellen. Dies ist auch Verfassungsgerichten bei Staatszielen nach innerstaatlichem Verfassungsrecht möglich.[14]

Gleichstellung als Tätigkeitsbereich der Gemeinschaft (Art. 3 EG)

Die zweite Änderung betrifft Art. 3 EG. Er umreißt die einzelnen Tätigkeitsfelder der Gemeinschaft und konkretisiert ihre Ziele und Aufgaben.[15] Neu hinzugekommen ist die Querschnittsklausel in Abs. 2 der Vorschrift. Danach müssen die Gemeinschaften bei allen Tätigkeiten darauf hinwirken, „Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern". Dies verpflichtet die Gemeinschaft auf die Strategie des „Gender Mainstreaming":[16] Vor jeder Entscheidung über Politiken und Programme sind demnach die geschlechtsspezifischen Folgen der verschiedenen Vorschläge zu analysieren und bei der Entscheidung zu berücksichtigen.[17] In der Praxis der Europäischen Kommission wirkt sich das in fünf Schwerpunktbereichen aus: Beschäftigungspolitik, Bildung, Forschung, Strukturfonds und Bekämpfung von Gewalt.[18]

Der Vertrag legt sich nicht auf ein bestimmtes Konzept von Gleichstellung fest. Die Beurteilung, ob eine bestimmte Maßnahme geeignet ist, das Ziel zu erreichen, obliegt den Gemeinschaftsorganen und kann vom EuGH nur unter Beachtung der diesen zustehenden Einschätzungsprärogative überprüft werden.[19] Allerdings ist es den Gemeinschaftsorganen verboten, hinter dem einmal erreichten Standard, als dem *acquis communautaire*, zurückzubleiben. Das folgt aus der Funktion von Art. 3 Abs. 2 EG als Verschlechterungsverbot.[20]

Die Ermächtigung zur Diskriminierungsbekämpfung (Art. 13 EG)

Als dritte Änderung ist Art. 13 EG zu nennen – eine völlig neue Vorschrift, die den Rat ermächtigt, „geeignete Vorkehrungen zu treffen", um bestimmte Diskriminierungen zu bekämpfen. Angeführt werden zum einen „herkömmliche" Diskriminierungsgründe, nämlich Geschlecht, Rasse, ethnische Herkunft, Religion und Weltanschauung, sowie –

14 Sommermann, Karl-Peter: Staatsziele und Staatszielbestimmungen, Tübingen 1997, S. 437-438.

15 Zu dieser Funktion siehe v. Bogdandy, a. a. O., Rdnr. 2 zu Art. 3.

16 Dieball, a. a. O., S. 276. Das Gender Mainstreaming in der EU vor dem Amsterdamer Vertrag analysieren Pollack, Mark A./Hafner-Burton, Emilie: Mainstreaming Gender in the European Union, J. of Eur. Public Policy 7 (2000), S. 432-456.

17 Dieball, a. a. O., S. 276, allerdings ohne den Schluss auf eine allgemeine Berücksichtigungspflicht.

18 Siehe etwa „Chancengleichheit für Frauen und Männer in der EU" (Bericht der Kommission an den Rat, das EP, den Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen), KOM (2000) 123 endgültig (vom 8. 3. 2000), S. 6.

19 Ukrow, a. a. O., Rdnr. 24 zu Art. 3 EG.

20 Allgemein zu dieser Wirkung: Ukrow, a. a. O., Rdnr. 25 zu Art. 3 EG; ihm folgend v. Bogdandy, a. a. O., Rdnr. 21 zu Art. 3.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

erstmals in einem völkerrechtlich verbindlichen Text – Behinderung, Alter und sexuelle Ausrichtung. Der Rat kann aber nur in den Politikbereichen tätig werden, in denen der Gemeinschaft Zuständigkeiten zustehen.[21] Für die Bekämpfung von Diskriminierung aufgrund des Geschlechts hat Art. 13 EG eine eigenständige Bedeutung nur außerhalb des Arbeits- und Sozialrechts, das durch die Art. 137 und Art. 141 EG gesondert geregelt ist.

Art. 13 EG enthält die Zielsetzung, Diskriminierung zu bekämpfen, aber keine ausdrückliche Verpflichtung zur Förderung der Gleichstellung von Angehörigen diskriminierter Gruppen. Daraus wird zum Teil geschlossen, dass der Rat keine Maßnahmen der positiven Diskriminierung ergreifen oder vorschreiben könne.[22] Diese Schlussfolgerung vermag aber nicht zu überzeugen: Das Diskriminierungsverbot ist Ausdruck des Gleichheitsgrundsatzes. Versteht man Gleichheit nicht nur als formale, sondern auch als materielle, so kann es – wie bei der Bekämpfung der Diskriminierung der Frau im Arbeitsrecht vom EuGH anerkannt – erforderlich werden, positive Maßnahmen zu ergreifen.[23] Die Entscheidung über die Erforderlichkeit liegt allein in der Entscheidungsprärogative des Gemeinschaftsgesetzgebers. Der im Rahmen der Vertragsrevision von Nizza angefügten Abs. 2 des Art. 13 EG unterstützt nunmehr diese Auffassung. Danach kann der Rat „gemeinschaftliche Fördermaßnahmen" zur Verwirklichung der genannten Zielsetzung erlassen – allerdings unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten.

Die rechtliche Qualifizierung von Art. 13 EG wirft Fragen auf: Hat die Norm unmittelbare Wirkung und damit Grundrechtscharakter? Für die Gleichstellung von Mann und Frau ist dies unerheblich, da der EuGH in ständiger Rechtsprechung das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts als (ungeschriebenes) Gemeinschaftsgrundrecht betrachtet.[24] Für die übrigen durch Art. 13 EG verbotenen Diskriminierungsgründe gilt das hingegen nicht. Da diese Frage von meinem Thema wegführt, möchte ich dazu hier nur anmerken, dass aus meiner Sicht Art. 13 EG geeignet ist, in der Zukunft unmittelbare Wirkung zu entfalten. Die Wortlautargumentation ist nicht zwingend, wie ein Vergleich mit den beiden Sätzen des Art. 12 EG ergibt, und die entgegenstehende Entstehungsgeschichte verliert mit zunehmender Verankerung der Diskriminierungsverbote auf sekundärrechtlicher Ebene[25] an Überzeugungskraft.

---

21 Epiney, Astrid: Rdnr. 5 zu Art. 13, in Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.

22 Flynn, Leon: The Implications of Article 13 EC – After Amsterdam, Will Some Forms of Discrimination Be More Equal than Others?, CMLRev 36 (1999), S. 1127-1152 (1136-1137).

23 So geschehen in Art. 5 der Richtlinie 2000/43/EG des Rates 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl EG L 180/22 vom 19. 7. 2000.

24 Seit Rs. 149/77 (Gabrielle Defrenne ./. Sabena) „Defrenne-III", Urt. v. 15. 6. 1978, Slg. 1978, 1365, Rdnr. 26/29.

25 Siehe hierzu die Richtlinie 2000/43/EG, a. a. O., sowie die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl EG L 303/16 vom 2. 12. 2000 (bzgl. Diskriminierung wegen der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Chancengleichheit als Mittel zur Durchsetzung der sozialpolitischen Ziele der Gemeinschaft (Art. 137 EG)

Die letzten beiden Neuerungen sind im Kapitel über die Sozialpolitik enthalten. Der durch den Amsterdamer Vertrag neu gefasste Art. 137 EG inkorporierte das Maastrichter Sozialprotokoll,[26] das für das Vereinigte Königreich nicht anwendbar war, in den EG-Vertrag. Seit dem bestehen damit wieder für alle Mitgliedstaaten einheitliche Rechtsgrundlagen. Dies wird als „Haupterrungenschaft der Regierungskonferenz [von Amsterdam] im Sozialbereich" gefeiert.[27] Art. 137 Abs. 1 EG sieht – auch nach der neuerlichen Vertragsrevision von Nizza – bezüglich der „Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz" vor, dass die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf diesem Gebiet „unterstützt und ergänzt". Hierzu überträgt Abs. 2 der Vorschrift dem Rat die Befugnis, durch Richtlinien Mindestvorschriften zu erlassen.[28] Völlig unklar ist, wie diese Regelung von Art. 141 Abs. 3 EG abzugrenzen ist. Darauf werde ich gleich noch einmal zurückkommen.

Aus der von Art. 137 Abs. 1 EG verwendeten Formulierung, dass die Gemeinschaft die Tätigkeit der Mitgliedstaaten auf dem Gebiet der Chancengleichheit unterstützt, lässt sich schließen, dass auch die Mitgliedstaaten bei ihrer Sozialpolitik auf die Verwirklichung der Gleichstellung verpflichtet sind. Damit geht die Vorschrift noch über Art. 2 EG hinaus. Dieser enthält ja – wie wir bereits gesehen haben – eine solche Verpflichtung nur hinsichtlich der Tätigkeiten der Mitgliedstaaten bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht.

Die Erweiterung des Grundsatzes gleichen Entgelts (Art. 141 EG)

Die fünfte und letzte Neuerung betrifft den alten Art. 119 EGV, also die Vorschrift über den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen. Durch „Amsterdam" wurden mit Art. 141 EG die ersten beiden Absätze neu gefasst; sie enthalten inhaltlich aber nichts Neues. Gleiches Entgelt ist nunmehr ausdrücklich auch bei „gleichwertiger" Arbeit geschuldet.[29] Dieses Gebot hat unmittelbare Wirkung, wie der EuGH schon in der

26 Protokoll Nr. 14 zum Vertrag von Maastricht, geändert durch die Beitrittsakte 1994 vom 24. 6. 1994 (ABl EG C 241/24 vom 29. 8. 1994) i. d. F. des Beschlusses 95/1/EG, Euratom, EGKS des Rates vom 1. 1. 1995 (ABl EG L 1/1 vom 1. 1. 1995).

27 Thun-Hohenstein, Christoph: Der Amsterdamer Vertrag, Wien 1997, S. 84 (Einfügung durch die Verfasserin).

28 Gemäß Art. 137 Abs. 4 EG bleiben einzelstaatliche – strengere – Gleichstellungsmaßnahmen zulässig, wenn sie im Übrigen mit dem Vertrag vereinbar sind. Unvereinbar ist etwa die Bevorzugung von Frauen bei öffentlicher Auftragsvergabe, die in den Bereich des gemeinschaftsrechtlich geregelten Vergaberechts fällt, welches strikt an dem Kriterium des günstigsten Angebots festhält. Zur Rspr. des EuGH siehe die Nachweise bei Krebber, Sebastian: Rdnr. 24 zu Art. 137, in Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.

29 Das war bislang nur sekundärrechtlich statuiert, vgl. Art. 1 der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwen-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vergangenheit geurteilt hat.[30] Art. 141 Abs. 2 EG stellt klar, dass der Begriff „Entgelt" nicht nur den Lohn umfasst, sondern auch alle sonstigen Vergünstigungen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses direkt oder indirekt an den Arbeitgeber leistet. Auch dies entspricht dem bereits geltenden Sekundärrecht,[31] der Rechtsprechung des EuGH[32] und im Übrigen auch völkerrechtlichen Standards.[33] Darüber hinaus erfuhr Art. 141 EG eine inhaltliche Erweiterung durch seine Absätze 3 und 4. Abs. 3 überträgt dem Rat die Befugnis, „Maßnahmen zur Gewährleistung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen" zu beschließen. Dies erweitert den bisherigen Anwendungsbereich des Gleichstellungsgebotes über den Aspekt des Entgelts hinaus: Es ist nunmehr als allgemeines Gebot zu verstehen, die Gleichstellung der Geschlechter im Arbeitsleben zu fördern.[34]

Problematisch ist das Verhältnis der Vorschrift zu Art. 137 Abs. 2 EG, also der Befugnis zum Erlass von Mindeststandards im Wege der Richtlinie. Denn wie soll man „Maßnahmen zur Gewährleistung des Grundsatzes der Chancengleichheit und der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen" (so Art. 141 Abs. 3 EG) abgrenzen von „Chancengleichheit von Männern und Frauen auf dem Arbeitsmarkt und Gleichbehandlung am Arbeitsplatz" (so Art. 137 Abs. 1 EG)? Die erste Formulierung „Arbeits- und Beschäftigungsfragen" scheint weiter zu reichen als die zweite, die bloß „Arbeitsmarkt" und „Arbeitsplatz" nennt. Was tun? Muss man überhaupt abgrenzen? Beide Vorschriften ordnen dasselbe Rechtssetzungsverfahren (Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EG und Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses) an. Aber Art. 137 Abs. 2 EG ermächtigt nur zum Erlass von Mindestnormen durch Richtlinien. Also ist eine Abgrenzung notwendig. Natürlich lässt sich die Frage in der Erwartung ignorieren, dass Art. 137 Abs. 2 EG praktisch bedeutungslos wird.[35] In der Tat hat die Europäische Kommission ihre Änderungsrichtlinie zur zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG[36] auf Art. 141 Abs. 3 EG gestützt, ohne Art. 137 Abs. 2 EG überhaupt nur zu erwähnen; Rat und Parlament haben auf dieser

dung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl EG L 45/19 vom 19. 2. 1975.

30 Rs. 61/81 (Kommission ./. Vereinigtes Königreich), Urt. v. 6. 7. 1982, Slg. 1982, 2601, (Rdnr. 7 und 8). Er hat sich dabei auf einen Gleichlauf von Art. 119 EGV und Richtlinie 75/117/EWG, a. a. O., gestützt.

31 Richtlinie 75/117/EWG, a. a. O.

32 Übersicht bei Krebber, a. a. O., Rdnr. 23-35 zu Art. 141.

33 Art. 1 des Übereinkommens Nr. 100 der ILO über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 29. Juni 1951, BGBl 1965 II, S. 24.

34 Oppermann, Thomas: Europarecht, 2. Aufl. München 1999, Rdnr. 1661, ihm folgend Dieball, a. a. O., S. 281 und Thun-Hohenstein, a. a. O., S. 85.

35 So Oppermann, a. a. O., Rdnr. 1661.

36 Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl EG Nr. L 39/40 vom 14. 2. 1976.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsgrundlage die Änderung beschlossen.[37] Doch praktische Erwägungen können rechtliche nicht ersetzen. Bislang ist in der Literatur kein praktikabler Abgrenzungsvorschlag gemacht worden.[38] Auch ich habe keine Zauberformel. Ich meine aber, dass Art. 141 Abs. 3 EG seinem Wortlaut nach jedenfalls die speziellere Norm für Regelungen ist, die den Grundsatz des gleichen Entgelts betreffen. Hier kann der Rat „Maßnahmen" beschließen, was (mangels weiterer Beschränkung[39]) Rechtsakte gleich welchen Typs – also auch Verordnungen – umfasst.[40] Problematisch bleibt dann immer noch die Abgrenzung zwischen den übrigen von Art. 141 EG erfassten Bereichen und Art. 137 EG.

Große Aufmerksamkeit hat schließlich der durch „Amsterdam" geänderte Art. 141 Abs. 4 EG gefunden. Er statuiert, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, „zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen". Wie es in einer Erklärung zum Amsterdamer Vertrag heißt, soll diese Vorschrift[41] „in erster Linie der Verbesserung der Lage der Frauen im Arbeitsleben dienen".[42] Vom Wortlaut des alten Art. 2 Abs. 4 der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie (Richtlinie 76/207/EWG), der im Streit um die Zulässigkeit von „Frauenquoten" entscheidend war, unterscheidet sich Art. 141 Abs. 4 EG in mehrfacher Hinsicht. Er erlaubt spezifische Vergünstigungen zur Erleichterung der Berufstätigkeit, aber auch zur Verhinderung oder zum Ausgleich von Benachteiligungen. Demgegenüber durften nach der alten Richtlinienregelung nur die tatsächlich bestehenden Ungleichheiten beseitigt werden. Insbesondere kann der Ausgleich von Benachteiligungen unter Umständen ein Einfallstor bieten, um Frauen für Benachteiligungen in der Vergangenheit zu entschädigen.[43] In sachlicher Hinsicht dürften beide Klauseln weitgehend identisch sein: Es geht um das gesamte Arbeitsleben, von der Berufsausbildung über den Berufseinstieg bis hin

37 Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl EG Nr. L 269/15 vom 5. 10. 2002, vgl. auch dort Erwägungsgrund 5.

38 Siehe etwa den Versuch von Krebber, a. a. O., Rdnr. 97 zu Art. 141, der ihn aber selbst wieder verwirft.

39 Wie etwa in Art. 40 EG: „Der Rat trifft gemäß dem Verfahren des Artikels 251 und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses durch Richtlinien und Verordnungen alle erforderlichen Maßnahmen, um (...)" oder in Art. 150 Abs. 4 EG: „(...) Maßnahmen" im Verfahren des Artikels 251 „unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften".

40 So zu Recht Bröhmer, Jürgen: Rdnr. 7 zu Art. 57, in Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.): Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied 1999.

41 Sie geht auf Art. 6 Abs. 3 des Maastrichter Sozialprotokolls, a. a. O., zurück. Diese Vorschrift betraf nur den Grundsatz des gleichen Entgelts, enthielt keine Verweisung auf die „effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung" und galt nur für Maßnahmen zugunsten von Frauen.

42 Protokollerklärung Nr. 28 des Amsterdamer Rates zu Art. 141 Abs. 4, BGBl 1998 II, S. 448.

43 Ähnlich Fenwick, Helen: From Formal to Substantive Equality: The Place of Affirmative Action in Europe, EPL 4 (1998), S. 507-516 (515), nach deren Ansicht „broad societal disadvantages" erfasst sein könnten.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zum beruflichen Aufstieg. Allerdings fehlt in Art. 141 Abs. 4 EG ein ausdrücklicher Verweis auf die soziale Sicherheit. In welchem Verhältnis die beiden Vorschriften zueinander stehen, bedarf der genaueren Klärung. Der EuGH hat im Jahr 2000 in zwei Urteilen, die ich gleich behandeln werde, beide Vorschriften nebeneinander angewendet. Die Kommission war hingegen der Ansicht, Art. 141 Abs. 4 EG habe den alten Art. 2 Abs. 4 der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie (Richtlinie 76/207/EWG) ersetzt und schlug daher vor, die letztgenannte Norm ersatzlos zu streichen.[44] Hierauf komme ich im thematischen Zusammenhang noch einmal zurück.

2. *Weitere Entwicklungen im Europäischen Recht: Die Gleichbehandlungsrichtlinie, der Vertrag von Nizza und die Charta der Grundrechte*

Inzwischen wurde die zweite Gleichbehandlungsrichtlinie als Richtlinie 2002/73/EG neu gefasst. Sie hebt nunmehr die Pflicht der Mitgliedstaaten hervor, das Ziel der Gleichstellung „aktiv zu berücksichtigen"; diese Pflicht obliegt ihnen bei ihrer Rechtsetzung und -anwendung sowie ihrer Politikgestaltung im Bereich von Berufszugang, -ausübung und sozialer Sicherheit (Art. 1 Abs. 1a Richtlinie 2002/73/EG). Damit hat der Begriff der Gleichstellung von Art. 141 Abs. 4 EG seinen Weg ins Sekundärrecht gefunden und betont hier, auf der Ebene der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts, ebenfalls die aus dem Gleichheitssatz fließende Notwendigkeit, die Gleichheit von Frauen und Männern auch in der Rechtswirklichkeit zu erreichen.

Eine weitere bedeutende Änderung betrifft die Voraussetzung für die mitgliedstaatliche Befugnis, bestimmte berufliche Tätigkeiten vom Anwendungsbereich der Richtlinie auszunehmen: Es kommt nicht mehr darauf an, ob das Geschlecht für diese Tätigkeit „auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt", sondern darauf, ob das geschlechtsbezogene Merkmal „eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt" (Art. 2 Abs. 6 Richtlinie 2002/73/EG). Dies lässt sich als kleiner Fortschritt verstehen, weil nun nicht mehr jedes geschlechtsbezogene Anforderungskriterium es rechtfertigt, eine Diskriminierung zuzulassen, sondern nur Kriterien von herausgehobener Bedeutung für die berufliche Tätigkeit. Zudem lässt sich das Kriterium der „angemessenen Anforderung" dahingehend verstehen, dass der mitgliedstaatliche Gestaltungsspielraum einer stärkeren gerichtlichen (Verhältnismäßigkeits-)Kontrolle unterliegen soll. Ob der EuGH diese Gelegenheit nutzt, bleibt abzuwarten. Da aber Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie nicht geändert wurde,

44 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juni 2000 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsausbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, KOM (2000) 334 endgültig, Dok-Nr. 2000/0142 (COD), 7. Erwägungsgrund, Art. 1 Abs. 3 lit. d und Begründung Rdnr. 30.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bleibt es bei der Möglichkeit, stereotype Rollenfixierungen in die Bewertung einfließen zu lassen.

Außerdem definiert die Richtlinienänderung – in Übereinstimmung mit den anderen beiden neuen Nichtdiskriminierungsrichtlinien – die Begriffe „unmittelbare" und „mittelbare Diskriminierung" (Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 2002/73/EG). Sie lehnt sich dabei weitgehend an die Rechtsprechung des EuGH an und bringt daher keine Rechtsveränderungen mit sich. Neu und bedeutsam ist hingegen die Einbeziehung von Belästigung und sexueller Belästigung in den Diskriminierungsbegriff (Art. 2 Abs. 3 Richtlinie 2002/73/EG) und deren Definition in Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie. Damit reagiert das Europarecht endlich auf diese in der Arbeitswelt häufig anzutreffende Form der Diskriminierung, allerdings in denkbar schwacher Form: (Sexuelle) Belästigung am Arbeitsplatz wird nämlich nur dann einem Arbeitgeber zugerechnet, wenn er selbst handelt oder die Anweisung hierzu gibt (Art. 2 Abs. 4 Richtlinie 2002/73/EG); im Übrigen sind die Mitgliedstaaten nur verpflichtet, die Arbeitgeber zu „ersuchen", (sexueller) Belästigung vorzubeugen. Damit bleibt die Bekämpfung dieser Übergriffe entscheidend der Einsicht eines Arbeitgebers überlassen, dass solche Praktiken auch für ihn nachteilig sind, etwa wegen der verringerten Produktivität aufgrund des vergifteten Arbeitsklimas oder wegen negativer Außenwirkung.

Der am 1. Februar 2003 in Kraft getretene Vertrag von Nizza[45] hat im Bereich der Gleichstellung keine bedeutende Textänderung des EG-Vertrages mit sich gebracht. Insbesondere bleibt das Verhältnis von Art. 137 Abs. 2 EG (jetzt lit. b) zu Art. 141 Abs. 4 EG ungeklärt. Einzige Neuerung ist die Befugnis des Rates, Maßnahmen zur Förderung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten anzunehmen, um den Wissens- und Erfahrungsaustausch zwischen diesen zu verbessern (Art. 137 Abs. 2 lit. a EG). Allerdings dürfte der praktische Nutzen dieser Befugnis sehr begrenzt sein; ein Staat, der sich bei den anderen Mitgliedstaaten über Erfolg versprechende Wege zur Gleichstellung informieren wollte, konnte dies auch schon vor der Vertragsänderung.

Schließlich ist noch ein kurzer Blick auf die Charta der Grundrechte der EU[46] geboten. Das in Art. 21 Abs. 1 der Charta statuierte Diskriminierungsverbot weist einen Katalog verbotener Diskriminierungsgründe auf, der weiter reicht als Art. 13 EG.[47] Er nennt noch die verbotenen Unterscheidungskriterien Hautfarbe, soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen und Geburt. Da diese Gründe aber nur beispielhaft aufgezählt werden, ist Art. 21 Abs. 1 der Charta als allgemeines Diskriminierungsverbot zu verstehen. Durch beide Eigenschaften geht diese Vorschrift über Art. 13 EG hinaus.

45 Vom 26. 2. 2001, ABl EG C 80/1 vom 10. 3. 2001.

46 Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000, ABl EG C 364/1 vom 18. 12. 2000.

47 „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten".

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sollte die Charta rechtsverbindlich werden – wie dies der Entwurf eines Verfassungsvertrages für die Europäische Union vom Juli 2003 vorsieht[48] – erübrigt sich die Frage der unmittelbaren Wirkung von Art. 13 EG. Solange sie hingegen nur als feierliche Erklärung verabschiedet worden ist, kann sie von den Gemeinschaftsorganen zumindest als Auslegungshilfe herangezogen werden und so mittelbar wirken.[49] Für die Gleichstellung von Frauen und Männern formuliert Art. 23 der Charta die Pflicht des Staates, „die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts", sicherzustellen. Kritisch anzumerken ist hier, dass der Entwurf ohne Not hinter den Sprachgebrauch des Amsterdamer Vertrages zurückfällt und den Begriff der Gleichstellung nicht verwendet. Das öffnet die Tür für eine restriktive Auslegung.

3. *Europäische Rechtsprechung zu Fragen der Gleichstellung*

Die neuere Rechtsprechung des EuGH nach dem In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrages hat zu einer Reihe interessanter Urteile und Begründungen im Bereich der unmittelbaren, der mittelbaren und der positiven Diskriminierung geführt, die ich im Hinblick auf die Ausgangsfrage diskutiere.

3.1 Das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts

Im Zusammenhang mit der Frage nach der Reichweite des Verbots der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts haben die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Angela Sirdar[50] und Tanja Kreil[51] heftige Diskussionen ausgelöst, vor allem in Deutschland. Beide betrafen den Ausschluss von Frauen aus den Streitkräften, im ersten Fall nur aus bestimmten Einheiten, im zweiten Fall einen fast generellen Ausschluss. Der Fall Alexander Dory rundet diese Rechtsprechung insofern ab, als nach dem Urteil in der Rechtssache Kreil noch die Frage nach der Vereinbarkeit der *Wehrpflicht* mit dem Gemeinschaftsrecht offen war, ging es den Klägerinnen Sirdar und Kreil doch um den *freiwilligen Zugang* zu Beschäftigungsverhältnissen in den nationalen Streitkräften. Die Fälle sind ausgiebig in der Tages- und der Fachpresse behandelt worden. Ich greife daher nur einige, mir wichtig erscheinende Punkte aus der Debatte auf.

48 Siehe Teil II des „Entwurfs eines Vertrages über eine Verfassung für Europa", vom Europäischen Konvent angenommen am 13. Juni und 10. Juli 2003, Dok. CONV 850/03.

49 Eine gleiche Funktion hatte für den Europäischen Gerichtshof die Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission vom 5. April 1977, ABl EG C 103/1 vom 27. 4. 1977.

50 Rs. C-273/97 (Angela Maria Sirdar ./. The Army Board und Secretary of State for Defence), Urt. v. 26. 10. 1999, Slg. 1999, I-7403.

51 Rs. C-285/98 (Tanja Kreil ./. Bundesrepublik Deutschland), Urt. v. 11. 1. 2000, Slg. 2000, I-69.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Geltung des Diskriminierungsverbots im Bereich der Streitkräfte?

Die zentrale Kritik vonseiten der Rechtswissenschaft an den Entscheidungen Sirdar und Kreil richtet sich gegen die Feststellung des Gerichtshofs, dass der Zugang zu den Streitkräften in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages falle.[52] Dabei untersucht der Gerichtshof nur, ob der Vertrag eine allgemeine Ausnahme aus Gründen der öffentlichen Sicherheit anerkenne,[53] und kommt zu einem negativen Ergebnis. Das konnte nicht überraschen, weil er sich auf ein Urteil aus dem Jahr 1986 stützen konnte. Damals hatte er im Fall Johnston festgestellt, dass die Tätigkeit im Polizeidienst unter die Sozialvorschriften des Gemeinschaftsrechts fiel.[54] Aber damit konnte der EuGH den grundsätzlichen Einwand nicht wirksam entkräften, dass der Bereich der Verteidigung nicht in die Kompetenzen der Gemeinschaft falle.

Das Gegenargument des Gerichtshofs kommt nur *en passant* daher. Er verweist darauf, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung allgemeine Geltung habe.[55] Mit anderen Worten, es gibt keine Bereichsausnahmen für den Gleichheitssatz im Sozialrecht. Das drückt eine – für den Europarechtler selbstverständliche – Erkenntnis aus: Soweit die Kompetenzen der Gemeinschaft wirtschaftliche Tätigkeiten betreffen, sind sie Querschnittskompetenzen. Sie können deshalb in Bereiche hineinragen, die im Übrigen der Gemeinschaft entzogen sind.[56] So hat der EuGH – richtigerweise – schon früher geurteilt, als er Rechtswirkungen des Gemeinschaftsrechts für die Bereiche Sport, Kultur und Bildung bejahte.[57] Die Besonderheiten einzelner Bereiche vermögen allenfalls Beschränkungen der allgemeinen Regeln zu rechtfertigen, nicht aber ihren völligen Ausschluss. Das gilt für die Notwendigkeit, die Kampffähigkeit einer Armee zu erhalten,

52 Vgl. etwa Arndt, Claus: Waffeneinsatz von Frauen bei der Bundeswehr, NJW 2000, S. 1461-1462 (1461); Doehring, Karl: Vorwärts, Amazonen, RIW 3/2000, Die erste Seite; Dreist, Peter: Das Gebot der Stunde: Streitkräfteöffnung für Frauen, NZWehrR 2000, S. 65-81 (65-66); Eichen, Klaus: Erosion der deutschen Wehrverfassung durch sekundäres Gemeinschaftsrecht?, NZWehrR 2000, S. 45-65 (51-54); Scholz, Rupert: Frauen an die Waffe kraft Europarechts? DÖV 2000, S. 417-420 (419); Stein, Torsten: Anmerkung zu EuGH Urt. v. 11. 1. 2000, EuZW 2000, S. 213-214 (214). Hiergegen schon vor der Entscheidung des EuGH: Zuleeg, Manfred: Frauen in die Bundeswehr, DÖV 1997, S. 1017-1025 (insbes. 1021-1022).

53 Der Gerichtshof verweist insoweit auf den Ausnahmecharakter der Schranken zu einzelnen Grundfreiheiten (etwa Art. 30 S. 1, Art. 39 Abs. 3, Art. 46 Abs. 1 EG), vgl. Rs. Sirdar, a. a. O., Rdnr. 15-20 und Rs. Kreil, a. a. O., Rdnr. 15-19. Hiergegen schon BVerwG, NVwZ 1999, S. 1343-1345 (1344-1345).

54 Rs. 222/84 (Marguerite Johnston ./. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary), Urt. v. 15. 5. 1986, Slg. 1986, 1651, Rdnr. 26.

55 Dieses Argument des EuGH übersieht Kämmerer, Jörn Axel: Gleichberechtigung am Gewehr, EuR 2000, S. 102-118 (108-109), bei seiner Kritik an der Heranziehung der Ausnahmebestimmungen des EG-Vertrages, weil der Grundsatz der Gleichbehandlung nur sekundärrechtlich geregelt sei.

56 So auch Stahn, Carsten: Zu den Auswirkungen der EuGH-Urteile Sirdar und Kreil auf das deutsche Recht, EuGRZ 2000, S. 121-135 (126).

57 Vgl. die Nachweise bei Streinz, Rudolf: Frauen an die Front, DVBl 2000, S. 585-595 (589-590). Siehe auch Götz, Volkmar: Anmerkung: Zugang für Frauen zum Dienst in bewaffneten Einheiten, JZ 2000, S. 413-416 (414).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

genauso wie für die Notwendigkeit, die Fußballnationalmannschaft aus eigenen Staatsangehörigen zusammenzusetzen.[58]

So lässt sich die in Deutschland geübte Kritik letztlich auf ein kulturell erklärliches, aber nicht sachlich begründetes Unbehagen zurückführen, Berufssoldaten – oder, wie im Fall Bosman,[59] Berufssportler – als gewöhnliche Berufstätige anzusehen,[60] die wegen dieser Eigenschaft in den Regelungsbereich des EG-Vertrages fallen.[61] Es hat sogar Autoren gegeben, die die Ansicht vertraten, die Bundesregierung hätte den Ausschluss von Frauen aus der Bundeswehr als nationale Grundentscheidung rechtfertigen sollen. Sie sei Teil der nationalen Identität (!). Dann – so diese Meinung – hätte sie sich auf den Schutz der nationalen Identität nach Art. 6 Abs. 3 des Vertrages über die Europäische Union (EU) berufen können.[62] Die Haltlosigkeit dieses Arguments zeigt schon die Tatsache, dass die Änderung von Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG von der Öffentlichkeit fast unbemerkt verabschiedet wurde.[63]

Allerdings ist dem EuGH vorzuwerfen, dass er sich nicht mit der Tatsache auseinander gesetzt hat, ob sich die zweite Gleichbehandlungsrichtlinie nach ihrem Normzweck auf die Streitkräfte der Mitgliedstaaten erstrecken sollte.[64] Denn das Problem wurde bei Erlass der Richtlinie im Jahre 1976 nicht diskutiert. Das wirft die Frage auf, ob hieraus auf eine Begrenzung ihres Anwendungsbereichs zu schließen ist. Nach meiner Ansicht ist aber zu berücksichtigen, dass sich in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft eine Tendenz weg von der Wehrpflichtarmee und hin zur Berufsarmee zeigt. Armeen werden daher zunehmend als normaler Teil der Exekutive und damit als gewöhnlicher öffentlicher Arbeitgeber angesehen.[65] Ein derartiger Wandel in den sozialen Anschauungen kann – und muss – die Auslegung des Gemeinschaftsrechts beeinflussen. Gerade solche dynamische Auslegung wird dem Integrationsziel einer „immer engeren Union" (Art. 1 Abs. 2 EU) gerecht. Sie stößt nur an die Grenzen des Wortlauts einer Norm; dieser bereitet aber bei der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie keine Schwierigkeiten.

Von besonderer Bedeutung für die deutsche Rechtsordnung im Zusammenhang mit der Organisation der nationalen Verteidigung ist schließlich das Urteil im Fall Dory, welches die Frage betraf, ob die Beschränkung der Wehr*pflicht* auf Männer mit der

58 Rs. 36/74 (Walrave und Koch ./. Association Union Cycliste Internationale), Urt. v. 12. 12. 1974, Slg. 1974, S. 1405, Rdnr. 4 und 76.

59 Rs. C-415/93 (Union royale belge des sociétés de football ./. Jean-Marc Bosman u. a.), Urt. v. 15. 12. 1995, Slg. 1995, I-4921, Rdnr. 69-73.

60 Sehr deutlich wird das bei Doehring, a. a. O., und Stein, a. a. O., S. 214, die die Frage stellen, ob Kriegsdienst als normales Beschäftigungsverhältnis anzusehen sei, da die typische Konsequenz der Einsatz des eigenen Lebens sei, während die Tätigkeit von Polizisten lediglich gefahrgeneigt sei. Demnach wäre nämlich auch die Tätigkeit als Leibwächter kein Beruf, der in den Anwendungsbereich des EG-Vertrages fällt.

61 Zum Wandel der sozialen Anschauungen als Grund für die „Entdeckung" der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie für den Bereich der Berufsstreitkräfte siehe auch Kämmerer, a. a. O., S. 107-108.

62 Stein, a. a. O., S. 213.

63 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 12a GG) vom 19. 12. 2000, BGBl 2000 I, S. 1755.

64 So die zutreffende Kritik von Kämmerer, a. a. O., S. 108-109.

65 Kämmerer, a. a. O., S. 108-109. Siehe hierzu auch Stelzenmüller, Constanze: Bürgerin in Uniform, Die Zeit Nr. 3/2000 v. 13. 1. 2000, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie vereinbar sei.[66] Der EuGH wiederholt darin seine Feststellung aus den Fällen Sirdar und Kreil, wonach das Militär nicht generell vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sei.[67] Er nimmt dann aber – im Ergebnis nicht überraschend – den Wehrdienst hiervon aus. Denn dieser zähle zu den „Entscheidungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der militärischen Organisation, die die Verteidigung ihres Hoheitsgebiets oder ihrer unabdingbaren Interessen zum Ziel haben" und deshalb nicht unter das Gemeinschaftsrecht fielen.[68] Zwar hätten in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallende Entscheidungen über ihre militärische Organisation zwangsläufig Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt wie Verzögerungen in der beruflichen Laufbahn der Wehrpflichtigen. Dies genüge jedoch nicht für die Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts.[69]

Unausgesprochen differenziert der Gerichtshof also zu Recht danach, ob ein gewöhnliches Arbeitsverhältnis – so bei Berufssoldaten – oder ein einseitig-hoheitlich aufgezwungenes Dienstverhältnis besteht. Im ersten Fall kommt die zweite Gleichbehandlungsrichtlinie zur Anwendung, im zweiten Fall ist der Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts nicht eröffnet. Allerdings ist dieses Abgrenzungskriterium, die Ausgestaltung der militärischen Organisation zur Verteidigung des Staatsgebietes, nicht handhabbar, weil auch die Entscheidung zugunsten einer Berufsarmee eine solche Ausgestaltung ist. Noch schwerer als diese dogmatische Kritik wiegt allerdings ein anderer Umstand: die Tatsache, dass der Gerichtshof die von der deutschen Regierung vorgetragenen Begründungen für die Wehrpflicht in seiner Schlussfolgerung wiedergibt, ohne zu untersuchen, ob sie überhaupt in einem inneren Zusammenhang mit der Differenzierung nach dem Geschlecht stehen. Diese Gründe (Beitrag der Wehrpflicht zur demokratischen Transparenz des Militärapparats, zum nationalen Zusammenhalt, zum engen Kontakt zwischen Streitkräften und Bevölkerung sowie zu der im Verteidigungsfall erforderlichen Mobilmachungsfähigkeit der Streitkräfte)[70] erklären nämlich nicht, weshalb Frauen von dieser Bürgerpflicht ausgeschlossen werden. Der Gerichtshof erkennt damit implizit einen nicht nachprüfbaren Entscheidungsbereich der Mitgliedstaaten an, welcher sich daraus erklärt, dass eine ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten in Frage stand. Dennoch bleibt ein Unbehagen darüber, dass der EuGH sich kritiklos und ohne Notwendigkeit auf eine Position stützt, die Frauen den Rang als gleichwertige Bürgerinnen abspricht und damit stillschweigend alte Rollenklischees perpetuiert.

66 Rs. C-186/01 (Alexander Dory ./. Deutschland), Urt. v. 11. 3. 2003, Slg. 2003, I-2479; dazu Hühn, Uta: Erneut zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf die Organisation der nationalen Streitkräfte, Verwaltungsrundschau 2003, S. 364-367, die den sachlichen Anwendungsbereich der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie für nicht eröffnet hält (366-367); a. A. schon vor der Entscheidung des EuGH: Zuleeg, Manfred: EuZW 2002, S. 545.

67 Rs. Dory, a. a. O., Rdnr. 34, unter Berufung auf Rs. Sirdar, a. a. O., Rdnr. 28, und Rs. Kreil, a. a. O., Rdnr. 25.

68 Rs. Dory, a. a. O., Rdnr. 35.

69 Rs. Dory, a. a. O., Rdnr. 41.

70 Rs. Dory, a. a. O., Rdnr. 37.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Ausnahme vom Diskriminierungsverbot

Noch zwei Anmerkungen zur Prüfung des Gerichtshofs, ob der Ausschluss von Frauen aus den Streitkräften eine gerechtfertigte Diskriminierung darstellt:

Nach dem alten Art. 2 Abs. 2 der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie (Richtlinie 76/207/EWG) konnten die Mitgliedstaaten bestimmte berufliche Tätigkeiten von ihrem Anwendungsbereich ausschließen. Davon erfasst waren Tätigkeiten, „für die" – wie es hieß – „das Geschlecht auf Grund ihrer Art oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine unabdingbare Voraussetzung darstellt".[71] Es liegt nun nahe, hierunter nur biologische Unterschiede zwischen den Geschlechtern zu verstehen. So hat es der Generalanwalt im Fall Kreil vorgeschlagen und als Beispiele die Tätigkeit als Tänzer, Mannequin oder Schauspieler genannt.[72] Der Gerichtshof ist ihm hierin nicht gefolgt, sondern bleibt bei seiner Auslegung, dass die Mitgliedstaaten bei der Festlegung von Ausnahmen einen Gestaltungsspielraum haben.[73] Damit besteht ein Einfallstor für stereotype Rollenfixierungen fort. Das ist zwar rechtspolitisch bedenklich, ergibt sich aber aus einer systematischen Auslegung der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie. Deren unverändert gebliebener Art. 9 Abs. 2 verpflichtet nämlich die Mitgliedstaaten, „in regelmäßigen Abständen" die von ihnen ausgeschlossenen beruflichen Tätigkeiten zu überprüfen. Ziel ist es, „*unter Berücksichtigung der sozialen Entwicklung* festzustellen, ob es gerechtfertigt ist, die betreffende Ausnahme aufrecht zu erhalten". Das zeigt, dass die zulässige Ausnahme von Tätigkeiten nicht auf biologischen Unterschieden beruhen muss, sondern auch auf soziale Anschauungen zurückzuführen sein darf.[74] Insofern wäre es sinnvoll gewesen, die Ausnahmeregelung des Art. 2 Abs. 2 Richtlinie 76/207/EWG bei Änderung der Richtlinie enger zu fassen. Wie gesehen, ist dies mit Art. 2 Abs. 6 Richtlinie 2002/73/EG nur in begrenztem Maße geschehen.

Betrachtet man die Gründe, die die Bundesregierung im Fall Kreil zur Rechtfertigung des Ausschlusses von Frauen vorgebracht hat, so wird eines schnell klar: Der Gerichtshof hatte gar keine andere Wahl, als den Ausschluss für unverhältnismäßig zu halten. Denn die Argumente erweisen sich als fadenscheinig. Ich möchte hier nur das Hauptargument herausgreifen: die erhöhte Schutzbedürftigkeit von Frauen.[75] Sie ergibt

71 Vgl. dazu die entsprechende Regelung im jetzigen Art. 2 Abs. 6 Richtlinie 2002/73/EG, wonach das ungleich behandelnde, geschlechtsbezogene Merkmal eine „wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung" darstellen muss.

72 Schlussanträge des Generalanwalts Antonio La Pergola vom 26. 10. 1999, Slg. 2000, I-69, Rdnr. 16.

73 Rs. Sirdar, a. a. O., Rdnr. 27, und Rs. Kreil, a. a. O., Rdnr. 24. Im Fall Johnston, a. a. O., Rdnr. 36-37 erkannte der Gerichtshof eine Ausnahme für bestimmte Tätigkeiten der Polizei bei schweren inneren Unruhen an. In der ebenfalls in Bezug genommenen Rs. 318/86 (Kommission ./. Frankreich, Urt. v. 30. 6. 1988, Slg. 1988, 3559, Rdnr. 25-27) betr. die Tätigkeit als Aufseher einer Haftanstalt (und damit außerhalb der Frage der öffentlichen Sicherheit) war es hingegen die fehlende Transparenz der Regelung, die zur Europarechtswidrigkeit führte; auf einen Einschätzungsspielraum des Staates kam es daher nicht an.

74 Dies übersieht die – im Übrigen zutreffende – Kritik von Dietlein, Johannes: Anm. zur Entscheidung in der Rs. Tanja Kreil, in: Oetker, Hartmut/Preis, Ulrich: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Heidelberg (Loseblatt, Stand Dez. 2000), Teil C RL 76/207/EWG, Art. 2, Nr. 15, S. 32-34 (34).

75 Die beiden anderen waren: (1) eine aus der „leidvollen deutschen Vergangenheit folgende moralische Verpflichtung" und (2) der Notwendigkeit der „interaktiven Einsatzfähigkeit" aller kämpfenden

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sich aus Sicht der Bundesregierung zum einen aus Art. 12a Abs. 4 S. 2 GG, der in seiner damals geltenden Fassung Frauen den Dienst mit der Waffe verbot.[76] Zum anderen entspreche sie dem im alten Art. 2 Abs. 3 der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie Richtlinie niedergelegten Ziel „Schutz der Frau, insbesondere bei Schwangerschaft und Mutterschaft".[77] Aber das erste Argument ist ein klassischer Zirkelschluss: Es schließt aus dem Motiv des Verfassungsgebers, Frauen zu schützen, auf deren Schutzwürdigkeit.[78] Das zweite Argument, wonach Frauen zum Schutz bei Schwangerschaft und Mutterschaft der Zugang zur Bundeswehr verweigert wird, erschöpft sich in dieser Behauptung, ohne ein Wort zur Geeignetheit und Erforderlichkeit des Zugangsverbots zu verlieren. Der in der wissenschaftlichen Literatur unternommene Rettungsversuch ist so verzweifelt, dass ich ihn Ihnen nicht vorenthalten möchte: Als Grund wird eine Schutzpflicht des Staates zugunsten des „unerkannten nasciturus", also des unerkannten Ungeborenen, genannt[79] – wohl das öffentlich-rechtliche Pendant zum „unerkannt Geisteskranken" des Zivilrechts. Aber ernsthaft: Dieser Ansatz würde es ermöglichen, Frauen den Zugang zu einem Beruf mit dem Argument zu verwehren, dass jede Frau jederzeit potenziell schwanger ist. Damit würde die Ausnahmeregel, die dem Schutz von berufstätigen Frauen in konkreten Gefahrensituationen dient, in ein Berufsverbot wegen abstrakter und potenzieller Gefährdung umgedeutet. Ein klarerer Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip ist kaum denkbar. Aus diesem Grund schied auch diese Ausnahmebestimmung als Rechtfertigungsgrund für den vollständigen Ausschluss von Frauen aus den nationalen Streitkräften aus.

3.2 Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung

Einen weiteren zentralen Bereich der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie stellt das Verbot der mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts dar. Dies erfasst Regelungen, die zwar neutral gefasst sind, tatsächlich aber einen wesentlich höheren Anteil von Personen des einen Geschlechts als von Personen des anderen Geschlechts benachteiligen. Weitere Voraussetzung ist, dass die Ungleichbehandlung nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die unabhängig von einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts sind.[80] Der EuGH hat mit seiner Rechtsprechung in diesem Be-

Einheiten der Bundeswehr. Vgl. Schlussantrag in der Rs. Kreil, a. a. O., Rdnr. 12-14. Für die beiden letztgenannten Argumente bleibt die Bundesregierung aber die Begründung schuldig. Weder ist erkennbar, dass Frauen im Zweiten Weltkrieg wesentlich mehr gelitten hätten als Männer, schon gar nicht wegen ihrer Zugehörigkeit zur kämpfenden Truppe (siehe auch Kämmerer, a. a. O., S. 114), noch wird erklärt, warum die Tatsache, dass alle Bundeswehrsoldaten im Kriegsfalle überall eingesetzt werden können, unvereinbar mit dem weiblichen Geschlecht sein soll.

76 Sie stützt sich dabei auf die „Sanitätsdienstentscheidung" des BVerwG, BVerwGE 103, 301.

77 Jetzt wortgleich geregelt in Art. 2 Abs. 7 Richtlinie 2002/73/EG.

78 Ähnlich Kämmerer, a. a. O., S. 106, der ein „eindeutiges und überzeugendes Motiv für sein (sc. des Gesetzgebers) legislatorisches Handeln" vermisst.

79 Koch, Christian: Anmerkung zu EuGH, Urt. v. 11. 1. 2000 - C-285/98, DVBl 2000, S. 476-478 (477).

80 Rs. 171/88 (Ingrid Rinner-Kühn ./. FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH & Co. KG), Urt. v. 13. 7. 1989, Slg. 1989, 2743, Rdnr. 12; Rs. C-189/91 (Petra Kirsammer-Hack ./. Nurham Sidal), Urt.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

reich vor allem die Rechte teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer*innen* erheblich gestärkt,[81] die europaweit den überwiegenden Anteil an Teilzeitbeschäftigten ausmachen.[82] An einzelnen Urteilen wurde in der Vergangenheit scharfe Kritik geäußert, vor allem wegen ihrer finanziellen Folgen. Hier scheinen zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2000 ein Zurücksteuern des Gerichtshofs anzudeuten (Fälle Jørgensen und Kachelmann), die allerdings durch seine jüngste Rechtsprechung wieder relativiert werden (Fall Kutz-Bauer).

Der Fall Jørgensen

Die Rechtssache Jørgensen[83] betraf komplexe Regelungen Dänemarks zur Kostendämpfung im Gesundheitswesen. Das nationale Gericht, das dem EuGH den Rechtsstreit zur Vorabentscheidung vorlegte, kam zu dem Schluss, dass die Regelungen bei einer Gesamtbetrachtung als geschlechtsneutral in Zweck und Wirkung anzusehen seien. Einzelne Teilregelungen würden aber überwiegend Frauen, andere überwiegend Männer treffen. Der EuGH war daher aufgerufen zu entscheiden, ob zur Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung eine Gesamtbetrachtung oder ein Vergleich Punkt für Punkt vorzunehmen sei. Der Gerichtshof entschied sich für den Vergleich der einzelnen Bestandteile eines Gesetzes. Er begründet dies damit, dass nur so „echte Transparenz" und damit wirksame Kontrolle gewährleistet seien. Damit verschärft er die dem Staat obliegende Beweislast. Dieser muss nun für jede einzelne Regelung nachweisen, dass die unterschiedliche Behandlung durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist. Auf diese Weise dürfte es häufiger zur Feststellung einer mittelbaren Diskriminierung kommen.

Der EuGH konterkariert diesen Fortschritt jedoch sogleich durch eine extensive Anwendung der Rechtfertigungsgründe. Er stellt zwar fest, dass reine Haushaltserwägungen zur Rechtfertigung ungeeignet sind. Denn andernfalls hinge eine grundlegende Regel des Gemeinschaftsrechts – die Gleichheit von Männern und Frauen – vom Zustand der Staatsfinanzen ab.[84] Anders sei es aber, wenn finanzielle Erwägungen einer sozialpolitischen Entscheidung zugrunde liegen, da den Mitgliedstaaten im Bereich der Sozialpolitik noch ein Gestaltungsspielraum zukomme. Auf den ersten Blick erscheint diese Unterscheidung zwischen bloßen Haushaltserwägungen und der Verfolgung legitimer sozialpolitischer Ziele einleuchtend. In der Praxis dürfte dieser Unterschied hingegen kaum zum Tragen kommen. Beabsichtigte finanzielle Einsparungen lassen sich nämlich in aller Regel damit begründen, dass sie der Aufrechterhaltung von Institutionen der Daseinsvorsorge im Sozialbereich dienen. Außerdem berücksichtigt der Gerichtshof

v. 30. 11. 1993, Slg. 1993, I-6185, Rdnr. 22; Rs. C-226/98 (Birgitte Jørgensen ./. Foreningen af Speciallæger, Sygesikringens Forhandlingsudvalg), Urt. v. 6. 4. 2000, Slg. 2000, I-2447, Rdnr. 29.

81 Hierzu im Einzelnen Bieback, Karl-Jürgen: Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, Baden-Baden 1997, insbes. S. 22-113.

82 Siehe auch Kokott, Juliane: Die Gleichstellung von Mann und Frau – Europarecht und deutsches Verfassungsrecht, NJW 1995, S. 1049-1057 (1054-1055).

83 Rs. Jørgensen, a. a. O.

84 Hierzu und zum folgenden Rs. Jørgensen, a. a. O., Rdnr. 39-41, unter Berufung auf Rs. C-343/92 (M.A. Roks u. a. ./. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belangen u. a.), Urt. v. 24. 2. 1994, Slg. 1994, I-571, Rdnr. 35-36.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht, dass gemäß Art. 137 Abs. 1 EG auch die Mitgliedstaaten in ihrer eigenen Sozialpolitik auf die Gleichstellung von Männern und Frauen verpflichtet sind.

Der Fall Kachelmann

Die Konsequenz aus dem Urteil im Fall Jørgensen ist offensichtlich: Bei der Prüfung der Gemeinschaftsrechtskonformität einer Norm wird es entscheidend, ob die diskriminierende Maßnahme in Bezug auf das verfolgte Ziel auch verhältnismäßig ist. Der EuGH tendiert nun aber dazu, die Verhältnismäßigkeit nicht intensiv zu prüfen. Das zeigt sich sehr deutlich in dem im September 2000 ergangenen Urteil im Fall Kachelmann[85] zur zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie. Der deutsche Fall betraf die betriebsbedingte Entlassung einer teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmerin. Sie rügte § 1 Abs. 3 Kündigungsschutzgesetz in der zum Zeitpunkt der Kündigung geltenden Fassung, wonach teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer bei der Sozialauswahl vollzeitbeschäftigten Arbeitnehmern nicht vergleichbar waren. Der EuGH stellt zwar eine faktische Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten gegenüber Vollzeitbeschäftigten fest, da es infolge der geringeren Anzahl von Teilzeitstellen nach einer Entlassung schwerer sei, eine neue Arbeitsstelle zu finden.[86] Der Gerichtshof sieht aber die Ungleichbehandlung als gerechtfertigt an. Wenn nämlich eine teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmerin aus sozialen Gründen gegenüber einem Vollzeitbeschäftigten zu bevorzugen sei, müsse ihr der Arbeitgeber dessen Vollzeitbeschäftigung anbieten. Die Teilzeitbeschäftigte erhält damit – so der EuGH – einen Vorteil, der ihr nach innerstaatlichem Recht nicht zusteht. Denn das deutsche Recht kenne keinen Anspruch auf Umsetzung auf einen Vollzeitarbeitsplatz. Ob er einzuführen sei, könne allein der nationale Gesetzgeber entscheiden. Er entscheide dabei zwischen den widerstreitenden Interessen.[87]

Zentral ist im Urteil des EuGH das Argument, dass nach (damals geltendem) deutschem Recht ein Teilzeitbeschäftigter keinen Anspruch auf Vollzeitbeschäftigung hat. Dies genügt ihm für die Feststellung, dass die Ungleichbehandlung nicht auf dem Geschlecht beruhe. Der Gerichtshof belässt es aber bei der Schlussfolgerung, dass das Ziel des deutschen Gesetzgebers legitim gewesen sei. Er prüft hingegen nicht, ob dieses Ziel auch mit einem verhältnismäßigen Mittel verfolgt wird. Ein milderes Mittel wäre beispielsweise zunächst eine Vergleichbarkeit von Teil- und Vollzeittätigkeit bei der Sozialauswahl anzunehmen. Sprechen die Kriterien zugunsten des Teilzeitbeschäftigten, müsste der Arbeitgeber dem unterlegenen Vollzeitbeschäftigten im Wege der Änderungskündigung eine Teilzeitstelle anbieten. Das hätte den positiven Nebeneffekt, dass Arbeitgeber stärker dazu gezwungen würden, über die Teilbarkeit von Stellen nachzudenken. Das würde zudem – gesamtgesellschaftlich gesehen – die Erfolgschancen von Frauen bei der Arbeitsuche verbessern. Bedenkt man dann noch, dass unter der Geltung des Art. 137 Abs. 1 EG auch die Mitgliedstaaten an das Gleichstellungsgebot gebunden

85 Rs. C-322/98 (Bärbel Kachelmann ./. Bankhaus Hermann Lampe KG), Urt. v. 26. 9. 2000, Slg. 2000, I-7505.

86 Rs. Kachelmann, a. a. O., Rdnr. 27.

87 Rs. Kachelmann, a. a. O., Rdnr. 33-34.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sind, so würde durch diese Lösung auch nicht deren sozialpolitischer Entscheidungsspielraum in unzulässiger Weise beschränkt werden.

Zwar ist der Entscheidungsausspruch des EuGH infolge der Änderung des Beschäftigungsförderungsgesetzes heute nicht mehr relevant.[88] Dies ändert aber nichts an der Kritikwürdigkeit seiner Vorgehensweise, unter Berufung auf den sozialpolitischen Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten selbst unverhältnismäßige Maßnahmen als gerechtfertigte Diskriminierungen zuzulassen.

Der Fall Kutz-Bauer

Mit der Frage des sozialpolitischen Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten beschäftigte sich eine weitere wichtige Entscheidung des EuGH, die zu einer deutschen tarifvertraglichen Regelung erging. Die fragliche Vorschrift gestaltete die Berechtigung, Altersteilzeit in Anspruch zu nehmen, für Männer und Frauen unterschiedlich aus, indem sie diese mit dem Zeitpunkt enden ließ, in dem erstmals eine Rente aus der gesetzlichen Altersversorgung bezogen werden kann.[89] Der Gerichtshof erklärte im Fall Kutz-Bauer diese Regelung als mittelbare Diskriminierung für unvereinbar mit der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie,[90] da das Recht, ab dem 60. Lebensjahr Altersteilzeit zu vereinbaren, demzufolge fast ausschließlich Männern zusteht. Er wies dabei die zur Rechtfertigung vorgebrachten Gründe zurück, wonach die Regelung Einstellungen fördern solle und die Erstreckung der Altersgrenze von 65 Jahren auch auf Frauen die Rentenkassen übermäßig belasten würde. Dabei wiederholte der EuGH nicht nur seine Feststellungen aus dem Fall Jørgensen, wonach bloße haushaltspolitische Erwägungen nicht ausreichen.[91] Bedeutsam ist vielmehr, dass der Gerichtshof den sozialpolitischen Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten enger zieht, indem er dem Staat die Beweislast dafür auferlegt, dass die unterschiedliche Behandlung durch objektive, nicht geschlechtsbezogene Faktoren gerechtfertigt ist.[92] Hierdurch begegnet er der im Fall Jørgensen offenbar gewordenen Gefahr, dass Haushaltserwägungen hinter nicht nachprüfbaren sozialpolitischen Begründungen versteckt werden.

88 § 2 Abs. 1 des Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung, BGBl 1985 I, S. 710, i. d. F. des Änderungsgesetzes v. 25. 9. 1996, BGBl 1996 I, S. 1976. Dies wirkt sich auch auf Kündigungen aus, vgl. Preis, Ulrich: Rdnr. 4 zu § 2 BeschFG, in: Ascheid, Reiner/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.): Großkommentar zum Kündigungsrecht, München 2000, und Kiel, Heinrich: Rdnr. 686 zu § 1 KSchG, ibid.

89 Rs. C-187/00 (Helga Kutz-Bauer ./. Freie und Hansestadt Hamburg), Urt. v. 20. 3. 2003, Slg. 2003, I-2741.

90 Eine Anwendbarkeit der Richtlinie 79/7/EWG des Rates vom 19. 12. 1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (ABl EG L 6/24 v. 10. 1. 1979) lehnte der EuGH mit der Begründung ab, Altersteilzeit betreffe die Arbeitsbedingungen und falle daher unter die zweite Gleichbehandlungsrichtlinie, Rs. C-187/00, a. a. O., Rdnr. 44-45.

91 Vgl. dazu auch jüngst Rs. C-77/02 (Erika Steinicke ./. Bundesanstalt für Arbeit), Urt. v. 11. 9. 2003.

92 Rs. Kutz-Bauer, a. a. O., Rdnr. 62. So auch Streinz, Rudolf: Anm. zu Rs. Kutz-Bauer, JuS 2003, S. 806 (808).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3.3 Frauenförderprogramme und „Positive Diskriminierung"

Als letzten Bereich möchte ich die neuere Rechtsprechung des EuGH zu Frauenförderprogrammen beleuchten, insbesondere zur so genannten „Frauenquote". Die hier grundlegenden Entscheidungen in den Fällen Kalanke und Marschall dürften allgemein bekannt sein. Der Fall Badeck ist insbesondere im Hinblick auf den Begriff der gleichen Qualifikation und das Verhältnis von Entscheidungskriterien in Pattsituationen bedeutsam. Der Fall Abrahamsson hingegen bezieht sich auf konkrete Maßnahmen zur Frauenförderung durch Einrichtung entsprechend bestimmter Stellen und damit auf ein anderes Mittel der positiven Diskriminierung.

Von Kalanke zu Marschall

Zur Erinnerung: Der Fall Kalanke[93] betraf eine bremische Regelung, nach der im Fall der Unterrepräsentation von Frauen die Bewerberin gegenüber einem *gleich qualifizierten* männlichen Mitbewerber *stets* zu bevorzugen war. Der EuGH erklärte dies für unvereinbar mit der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie. Hierfür nannte er zwei Argumente. Erstens: Der absolute und unbedingte Vorrang von Frauen gehe über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreite damit die Grenzen der in dem damaligen Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie zugelassenen Ausnahme. Zweitens liege ein Verstoß darin, dass die Zielsetzung der Regelung, auf allen Funktionsebenen eine gleiche Anzahl von Frauen und Männern zu erreichen, an die Stelle der Chancengleichheit die Ergebnisgleichheit setze.[94] Diese doppelte Abstützung der Entscheidung führte zu Spekulationen darüber, ob auch Frauenquoten mit „Öffnungsklausel" europarechtswidrig seien.[95] Dabei handelt es sich um Klauseln, nach der eine Bevorzugung der Bewerberin unterbleibt, wenn die Person des männlichen Mitbewerbers betreffende Gründe überwiegen. Hierüber hatte der EuGH im Fall Marschall[96] zu entscheiden. Der Gerichtshof verabschiedete sich von dem zweiten Argument aus der Kalanke-Entscheidung und bezeichnete den Automatismus der Bevorzugung von Frauen als entscheidend. Er erklärte folglich die Klausel für europarechtskonform.[97]

Neu sind die Ausführungen des Gerichtshofs, dass auch bei gleicher Qualifikation eine Bewerberin nicht die gleichen Chancen wie ein Bewerber habe. Stereotype Rollen-

93 Rs. 450/93 (Eduard Kalanke ./. Freie Hansestadt Bremen), Urt. v. 17. 10. 1995, Slg. 1995, I-3051.

94 Rs. Kalanke, a. a. O., Rdnr. 22-23. Hiergegen etwa Sacha-Prechal, Casenote: Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, CMLRev. 33 (996), S. 1245-1259 (1257) und Veldman, Albertine: The Lawfulness of Women's Priority Rule in the EC Labour Market, Maastricht J. Eur. & Comp. L. 5 (1998), S. 403-414 (405), da Ergebnisgleichheit nur dann Chancengleichheit ersetze, wenn eine Frau auch einem besser qualifizierten Mann vorgezogen werden könne, bis gleiche Repräsentation erreicht sei.

95 Eine gute Übersicht über die verschiedenen Schlussfolgerungen aus der Entscheidung in der deutschsprachigen Literatur gibt Suhr, Oliver: Grenzen der Gleichbehandlung: Zur Vereinbarkeit von Frauenquoten mit dem Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1998, S. 121-128 (123 und dort Fn. 23 und 24). Siehe auch More, Gillian: Annotation: Hellmut Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen, CMLRev. 36 (1999), S. 443-452 (448-449).

96 Rs. C-409/95 (Hellmut Marschall ./. Land Nordrhein-Westfalen), Urt. v. 11. 11. 1997, Slg. 1997, I-6363.

97 Rs. Marschall, a. a. O., Rdnr. 32-33.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vorstellungen führten zu einer Tendenz, männliche Bewerber zu bevorzugen.[98] Damit kommt der Gerichtshof von einem rein formalen Verständnis der Gleichheit ab. Er erkennt an, dass die zweite Gleichbehandlungsrichtlinie auch materielle Gleichheit anstrebt.[99] Dafür müssen die sozialen Realitäten einbezogen und tatsächliche Hindernisse für die Gleichheit beseitigt werden. Vor diesem Hintergrund wurden die beiden für das Jahr 2000 erwarteten Entscheidungen des EuGH über Maßnahmen der Frauenförderung mit Spannung erwartet.

Der Fall Badeck

Die Rechtssache Badeck[100] betraf verschiedene Regelungen des hessischen Gleichstellungsgesetzes[101]. Von den zahlreichen Einzelfragen greife ich nur die wichtigste heraus. Diese stellt sich im Zusammenhang mit § 10 Abs. 1 und 3 HessGlG: Danach sind bei der Bestimmung der Qualifikation diejenigen Fähigkeiten und Erfahrungen, die durch Familienarbeit erworben wurden, zu berücksichtigen, soweit sie für die Eignung, Leistung und Befähigung der Bewerberinnen und Bewerber bedeutsam sind. Dienstalter, Lebensalter und der Zeitpunkt der letzten Beförderung dürfen nur insoweit berücksichtigt werden, als sie ebenfalls für die Eignung, Leistung und Befähigung von Bedeutung sind. Ausdrücklich ist angeordnet, dass Familienstand und Einkommen des Partners nicht berücksichtigt werden dürfen. Teilzeitbeschäftigungen, Beurlaubungen und Verzögerungen aufgrund von Kinder- oder Angehörigenbetreuung dürfen sich nicht negativ auswirken. Mit anderen Worten: Der Gesetzgeber hat versucht, Kriterien auszuscheiden, die bei traditioneller Rollenverteilung Männern zugute kommen, und diejenigen positiv umzudeuten und einzubeziehen, die in der Vergangenheit Frauen zum Nachteil gereicht haben. Mit Hinweis auf die Marschall-Entscheidung kommt der EuGH kurzerhand zu dem Ergebnis, dass solche Kriterien die materielle, nicht nur formale Gleichheit herbeiführen wollten. Sie verringerten die in der sozialen Wirklichkeit auftretenden faktischen Ungleichheiten. Deshalb sei es unerheblich, dass diese Kriterien, obwohl geschlechtsneutral formuliert, in der Regel Frauen zugute kämen.[102]

Ergibt sich nun bei Anwendung dieser Kriterien ein „qualifikatorisches Patt", so muss bei Unterrepräsentation von Frauen im betreffenden Bereich zugunsten der Frau entschieden werden, wenn keine Gründe von größerem rechtlichen Gewicht entgegenstehen. Diese Einschränkung ist freilich nicht im HessGlG enthalten. Sie hat der Hessi-

98 Rs. Marschall, a. a. O., Rdnr. 29-30. Zu Recht weisen More, a. a. O., S. 450, und Veldman, a. a. O., S. 410, darauf hin, dass der Gerichtshof mit der Berücksichtigung der tatsächlichen Auswirkung scheinbar nicht diskriminierender Maßnahmen sich wieder seiner sonstigen Rechtsprechung zum Diskriminierungsverbot annähert.

99 So auch Fenwick, a. a. O., S. 514, Mancini, G. F./O'Leary, S.: The New Frontiers of Sex Equality Law in the European Union, Eur. L. Rev. 24 (1999), S. 331-353 (336), und More, a. a. O., S. 449-450.

100 Rs. C-158/97 (Georg Badeck u. a. ./. Hessischer Ministerpräsident und Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen), Urt. v. 28. 3. 2000, Slg. 2000, I-1875.

101 Vom 21. 12. 1993, GVBl. I, S. 729, geändert durch Art. 4 des Siebten Dienstrechts-ÄndG vom 7. 7. 1998, GVBl. I, S. 260 und Art. 2 des G z. Beschleunigung von Entscheidungsprozessen innerhalb der öff. Verw. vom 6. 7. 1999, GVBl. I, S. 338.

102 Rs. Badeck, a. a. O., Rdnr. 32.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sche Staatsgerichtshof – mit Blick auf Art. 3 Abs. 2 GG und auf die Marschall-Entscheidung – in das Gesetz hineingelesen.[103] Welche Gründe können die Frauenförderung überwiegen? Nach Auskunft des Hessischen Ministerpräsidenten sind dies folgende fünf Fallgruppen, die auf sozialen Erwägungen beruhen: eine frühere Tätigkeit im öffentlichen Dienst, die wegen Familienarbeit beendet wurde, eine bisherige Teilzeittätigkeit aufgrund von Familienarbeit, die nunmehr in Vollzeit ausgeübt werden soll, ehemalige Zeitsoldaten, Schwerbehinderte, Langzeitarbeitslose.[104]

Der EuGH sieht diese ungeschriebenen Kriterien als ausreichend an, um zu dem Schluss zu kommen, dass die hessische Regelung keinen absoluten Vorrang der weiblichen Bewerber begründe. Für ihn ist es anscheinend unerheblich, dass andere Kriterien, die in der Person des (männlichen) Bewerbers begründet sind, nicht berücksichtigt werden können. Die noch in der Marschall-Entscheidung genannte Notwendigkeit der Berücksichtigung des Einzelfalles reduziert sich damit beträchtlich. Denn die ersten beiden Ausnahmetatbestände – Ausscheiden aus dem öffentlichen Dienst wegen Familienarbeit oder Teilzeittätigkeit aus diesem Grund – werden in aller Regel Frauen zugute kommen. Damit bleiben nur noch seltene Fallgruppen (ehemalige Zeitsoldaten, Langzeitarbeitslose, Schwerbehinderte). Die ersten beiden hiervon dürften ihrer Zielsetzung nach nur bei Neueinstellungen zum Tragen kommen, nicht aber bei Beförderungen. Damit nähert sich die Regelung einer absoluten – und damit nach der Kalanke-Rechtsprechung des EuGH verbotenen – Vorrangklausel sehr weitgehend an. Insofern ist die Position des Gerichtshofs eine rein formale: Sobald auch nur eine – theoretische – Möglichkeit besteht, dass ein Mann einer gleich qualifizierten Frau vorgezogen werden kann, ist die Vorrangklausel nicht mehr absolut und daher europarechtlich zulässig. Auf die Notwendigkeit einer individuellen Prüfung der persönlichen Umstände der Bewerber verzichtet der EuGH im Gegensatz zur Marschall-Entscheidung ganz.

Einen weiteren Punkt möchte ich nur ganz kurz anreißen: Der EuGH hatte auch über § 9 HessGlG zu befinden, wonach alle Bewerberinnen, mindestens aber ebenso viele Frauen wie Männer, zum Vorstellungsgespräch einzuladen sind. Einzige Bedingung ist, dass sie die gesetzlichen Voraussetzungen für die ausgeschriebene Stelle erfüllen. Generalanwalt und Gerichtshof sind hier übereinstimmend der Ansicht, dass die Vorschrift die Chancengleichheit von gleich qualifizierten Frauen und Männern fördere und kein bestimmtes Resultat vorschreibe.[105] Denn sie bietet qualifizierten Bewerberinnen zusätzliche Möglichkeiten, in die Arbeitswelt einzutreten oder aufzusteigen. Chancengleichheit bedeutet demnach für EuGH und Generalanwalt nicht bloß die für eine Bewerberin theoretisch bestehende Möglichkeit, zu einem Vorstellungsgespräch eingeladen zu werden, sondern erst die tatsächliche Einladung. Damit legen Gerichtshof und Generalanwalt auch hier ein materielles Verständnis von Gleichheit zugrunde.

103 Vgl. Rdnr. 36 der Schlussanträge des Generalanwalts Antonio Saggio v. 10. 6. 1999, Slg. 2000, I-1875.

104 So die Auskunft des Hessischen Ministerpräsidenten, wiedergegeben im Urteil Rs. Badeck, a. a. O., Rdnr. 34.

105 Urteil Rs. Badeck, a. a. O., Rdnr. 60-62 und Schlussantrag Saggio, a. a. O., Rdnr. 41.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Fall Abrahamsson

Die Rechtssache Abrahamsson[106] betraf die Vereinbarkeit schwedischer Maßnahmen zur Erhöhung des Frauenanteils am Lehrpersonal der staatlichen Hochschulen. Die erstmalige Besetzung bestimmter neu einzurichtender Stellen sollte nach folgender Regel erfolgen: Eine *hinreichend* qualifizierte Bewerberin war einem Mann vorzuziehen, selbst wenn dieser besser qualifiziert war. Hierfür galt allerdings eine Grenze: Die Bevorzugung hatte zu unterbleiben, wenn der Qualifikationsunterschied derart groß war, dass die Bevorzugung der Frau gegen das Erfordernis der Sachgerechtigkeit verstieße.

Überraschend ist das Schweigen des EuGH zu der Tatsache, dass die Regelung nicht die gleiche Qualifikation der beteiligten Bewerber voraussetzt.[107] Stattdessen zieht er wieder die zwei Kriterien aus der Marschall-Entscheidung heran: kein Automatismus der Frauenbevorzugung und Pflicht zur Berücksichtigung der persönlichen Situation der Bewerber. Schon am Fehlen dieser Individualprüfung hätte er die schwedische Regelung scheitern lassen können.[108] Er konstatiert jedoch noch zusätzlich eine automatische Bevorzugung von Frauen, da die Reichweite der Ausnahmebestimmung unklar sei.[109]

Dieses Bemühen um Konsistenz der Rechtsprechung ist anerkennenswert. Jedoch kann die Argumentation des Gerichtshofs nicht überzeugen. Ebenso gut kann sich die Unklarheit der Entscheidungskriterien zu Lasten von Bewerberinnen auswirken. Schließlich hat es das – in aller Regel überwiegend männlich besetzte – Entscheidungsgremium in der Hand, einen männlichen Mitbewerber als so viel höher qualifiziert anzusehen, dass die Ausnahmeregel greift. Gerade durch die offene Formulierung der Ausnahmevorschrift sind dem Missbrauch hier Tür und Tor geöffnet. Insbesondere können auf diesem Wege wieder Rollenstereotype in die Entscheidung einfließen. Überzeugender wäre es daher gewesen, wenn der EuGH sich nicht krampfhaft an die Kriterien aus der Marschall-Entscheidung gehalten hätte. Stattdessen hätte er besser den rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgrundsatz herangezogen, um die Regelung scheitern zu lassen.

Auf eine weitere Vorlagefrage des nationalen Gerichts stellt der EuGH fest, dass eine Regelung auch dann europarechtswidrig bleibt, wenn sie sich nur auf eine bestimmte Anzahl neuer Stellen bezieht. Sein Argument: Die Diskriminierung behalte ihren absoluten und unverhältnismäßigen Charakter.[110] Aber ist das nicht ein Zirkelschluss? Es fragt sich doch gerade, ob der enge Anwendungsbereich die Regelung nicht verhältnismäßig werden lässt. Entscheidend ist also, ob man – wie der Gerichtshof – nur die konkrete Maßnahme betrachtet, oder ob man sie in ihrem rechtlichen und tatsächlichen Kontext sieht. Für den letztgenannten Ansatz spricht das Argument, das der EuGH in der Marschall-Entscheidung betont hat, dass formale Gleichheit oft nicht ausreicht, um

106 Rs. C-407/98 (Katarina Abrahamsson und Leif Anderson ./. Elisabet Foglqvist), Urt. v. 6. 7. 2000, Slg. 2000, I-5539.

107 Auf diese weist auch der EuGH ausdrücklich hin, Rs. Abrahamsson, a. a. O., Rdnr. 45.

108 Rs. Abrahamsson, a. a. O., Rdnr. 52-53.

109 Rs. Abrahamsson, a. a. O., Rdnr. 49. Noch schärfer Generalanwalt Antonio Saggio in seinen Schlussanträgen v. 16. 11. 1999, Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 28, der kritisiert, die Beurteilung der Qualifikation stehe somit nur an zweiter Stelle, „dénaturant complètement (...) le rôle de la sélection".

110 Rs. Abrahamsson, a. a. O., Rdnr. 58-59.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu verhindern, dass stereotype Rollenvorstellungen zu Entscheidungen zu Lasten von Frauen führen.

Der Gerichtshof kommt also im Fall Abrahamsson zu dem Ergebnis, dass die schwedische Regelung gegen den (damaligen) Art. 2 Abs. 4 der zweiten Gleichbehandlungsrichtlinie (76/207/EWG) verstößt. Folglich prüft er, ob sie denn mit Art. 141 Abs. 4 EG vereinbar ist. Diese Frage verneint er mit dem knappen Argument, dass auch das Primärrecht keine unverhältnismäßige Auswahlmethode zulasse.[111]

4. *Zum Verhältnis von EG-Vertrag und abgeleitetem Recht aus Sicht der Europäischen Rechtsprechung: Ein Fazit*

Die Analyse des Urteils im Fall Abrahamsson führte zu der Frage des Verhältnisses von primär- und sekundärrechtlichen Ermächtigungen zurück, die ich bereits oben aufgeworfen habe. Für den Gerichtshof ist das Vorgehen im Fall Abrahamsson klar: Er legt die zweite Gleichbehandlungsrichtlinie im Lichte seiner früheren Rechtsprechung aus. Da sie abgeleitetes Recht ist, prüft er sie anschließend auf ihre Vereinbarkeit mit dem Primärrecht. Wichtiger noch als das, was der EuGH in seiner Entscheidung Abrahamsson sagt, ist freilich, was er *nicht* sagt. Der Generalanwalt hatte vorgeschlagen, die Richtlinie im Lichte des geänderten Art. 141 Abs. 4 EG auszulegen.[112] Nach seiner Ansicht spiegelt diese Vorschrift ein neues Verständnis des Gleichbehandlungsgebotes wider: Maßnahmen zur Beseitigung der Ungleichheit sind *grundsätzlich* zulässig. Einzige Voraussetzung: Sie müssen eine Berücksichtigung der individuellen Umstände vorsehen. Folge dieses Ansatzes ist, dass Maßnahmen der positiven Diskriminierung nicht länger als Ausnahme vom Gleichheitssatz anzusehen sind. Sie dienen vielmehr seiner Verwirklichung. Weitere – unausgesprochene – Konsequenz ist, dass Art. 141 Abs. 4 EG – anders als vom EuGH vertreten – nicht restriktiv auszulegen ist.

Eine letzte Überlegung gilt den erlaubten Ausgleichsmaßnahmen zugunsten des unterrepräsentierten Geschlechts. Hier ist ein Urteil hervorzuheben, das über seinen Gegenstand hinaus – die Berechnung des rentenfähigen Dienstalters für Beamtenpensionen nach französischem Recht – von allgemeiner Bedeutung ist.[113] Es lässt nämlich erkennen, dass der Gerichtshof auch die Befugnis der Mitgliedstaaten, zugunsten des unterrepräsentierten Geschlechts spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen, welche Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn ausgleichen sollen,

111 Rs. Abrahamsson, a. a. O., Rdnr. 40.

112 Schlussanträge Rs. Abrahamsson, a. a. O., Rdnr. 26-28. In diese Richtung weist nun auch die Neuregelung der fraglichen Richtlinienbestimmung in Art. 2 Abs. 8 Richtlinie 2002/73/EG: Danach sind die Mitgliedstaaten berechtigt, „im Hinblick auf die Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen Maßnahmen im Sinne von Artikel 141 Absatz 4 des Vertrages [gemeint ist der EG-Vertrag] bei[zu]behalten oder [zu] beschließen."

113 Rs. C-366/99 (Joseph Griesmar ./. Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, Ministre de la Fonction publique, de la Réforme de l'État et de la Décentralisation), Urt. v. 29. 11. 2001, Slg. 2001, I-9383.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

restriktiv auslegt.[114] Das Urteil betraf das Maastrichter Sozialprotokoll. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich, weshalb der EuGH diese Argumentation nicht auch in Zukunft auf den dieser Vorschrift nachgebildeten Art. 141 Abs. 4 EG übertragen sollte.

Nach Ansicht des EuGH erlaubt diese Klausel nur solche Vergünstigungen, die „den Frauen helfen, ihr Berufsleben gleichberechtigt im Verhältnis zu den Männern zu führen", und den Zweck verfolgen, „den Schwierigkeiten abzuhelfen, auf die sie während ihrer beruflichen Laufbahn stoßen können".[115] Nicht erfasst seien hingegen Vorteile, die nach Beendigung des Berufslebens erlittene Nachteile ausgleichen sollen. Positive Folge dieser zeitlichen Differenzierung ist es, dass die Mitgliedstaaten gezwungen werden, sich auf Frauenfördermaßnahmen zu konzentrieren, die sofort, d. h. bereits im Arbeitsleben, wirken und nicht erst nachträglich, gewissermaßen als Schmerzensgeld für eine gesellschaftliche Realität – im entschiedenen Fall die Tatsache, dass in der Regel Frauen die maßgebliche Rolle bei der Kindererziehung spielen und die damit Karrierenachteile erfahren. Unmittelbare negative Folge dieser Rechtsprechung ist freilich, dass rentenrechtliche Besserstellungen von Frauen europarechtlich keinen Bestand haben und angesichts knapper öffentlicher Kassen die Bereitschaft zu und Möglichkeit von früher einsetzenden Kompensationsmechanismen gering sein dürften.

Mit diesen letzten Anmerkungen zur gerichtlichen Perspektive auf das Gemeinschaftsrecht komme ich zu meiner Antwort auf die eingangs gestellte Frage nach „Fortschritt oder Regression" bei der Verankerung des Gleichstellungsgebotes auf Europaebene: Ich antworte mit einem entschiedenen „Das kommt darauf an". Die textlichen Änderungen des EG-Vertrages, insbesondere durch den Amsterdamer Vertrag, sind zweifellos als Fortschritt anzusehen. Das gilt vor allem für die Anerkennung der Gleichstellung als allgemeines Ziel des Gemeinschaftsrechts und ihren hohen Rang durch die Querschnittsklausel. Auf der Ebene der Rechtsanwendung hat insbesondere die Rechtsprechung des EuGH mit den Fortschritten bei der Normierung des Gleichstellungsgebots jedoch nicht mitgehalten. Das Europarecht schreitet in der Tat unaufhörlich voran – im Bereich der Gleichstellung jedoch nur in kleinen Schritten.

114 Vgl. Art. 6 Abs. 3 des Maastrichter Sozialprotokolls, a. a. O.
115 Rs. Griesmar, a. a. O., Rdnr. 64 und 65.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Ritt auf der Schnecke
Rechtliche Gleichstellung in der Bundesrepublik Deutschland

Sabine Berghahn

Mit Gründung der Bundesrepublik Deutschland und Formulierung einer Verfassung existiert ein umfassender Anspruch auf Gleichberechtigung für Frauen und Männer (Art. 3 Abs. 2 GG). Auch wenn die Umsetzung dieses Verfassungsanspruchs in Gesetzesreformen und in die Praxis nur im Schneckentempo vor sich ging, hebt sich die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts doch nicht nur in allgemeiner, sondern auch in geschlechterpolitischer Hinsicht positiv von der ersten Hälfte ab.[1] Gleichwohl stellt sich die Frage, wie die Gleichstellung der Geschlechter seit Gründung der Bundesrepublik vorangekommen ist.

Dieser Beitrag[2] konzentriert sich auf die *normative Gleichstellung*, das heißt auf die Entwicklung des Rechts im Hinblick auf die Erreichung ausgewogener und gerechter Geschlechterverhältnisse. Damit ist schon angedeutet, dass die herrschenden Relationen zwischen Männern und Frauen nicht ausgewogen und gerecht sind, auch heute noch nicht. Obwohl Mädchen und Frauen bei den Bildungsabschlüssen das männliche Geschlecht sogar überflügelt und auf etlichen Qualifikationsgebieten zumindest Gleichstand erreicht haben, sind Frauen im Erwerbsleben, aber auch in anderen gesellschaftlichen Bereichen nach wie vor benachteiligt. Erwiesenermaßen herrscht eine Unterrepräsentation von Frauen in der Wissenschaft, Wirtschaft, Politik, Kultur, Justiz und Verwaltung, jedenfalls auf den attraktiven Positionen. Frauen sind dagegen überrepräsentiert auf schlecht bezahlten und ungesicherten Arbeitsplätzen, in Teilzeitarbeit, als Arbeitslose, als Sozialhilfeempfängerinnen, bei der Familienarbeit und in ehrenamtlicher Tätigkeit.

Wenn man diese gesamtgesellschaftliche Diskrepanz zur Kenntnis nimmt, so wird klar, dass der *Gleichberechtigungsartikel* des Grundgesetzes kein Selbstläufer ist. Gerechtere Geschlechterverhältnisse entstehen nicht von alleine, sie müssen vielmehr aktiv gefördert werden. Dabei spielt das Recht eine entscheidende Rolle. Diese Rolle soll im Folgenden betrachtet werden. Gefragt wird, wie in den vergangenen 55 Jahren Gleichberechtigung verfassungsrechtlich und gesetzlich verstanden wurde, wie sich dieses Verständnis verändert hat und welchen Niederschlag diese Entwicklung in der Verfassungsrechtsprechung und in Gesetzesreformen gefunden hat.

---

1 Vgl. Berghahn, Sabine: 50 Jahre Gleichberechtigungsgebot. Erfolge und Enttäuschungen bei der Gleichstellung der Geschlechter. In: Kaase, Max/Schmid, Günther (Hrsg.): Eine lernende Demokratie. 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland. Jahrbuch des Wissenschaftszentrums Berlin. Berlin 1999, S. 315-355.

2 Eine ausführlichere Version dieses Beitrags ist im sozialwissenschaftlichen Internet-Portal der FU Berlin „gender-politik-online" zugänglich und kann als pdf-Dokument heruntergeladen werden. Die Internet-Adresse lautet: www.gender-politik-online.de. Stand: 24. 2. 2004.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Die verfassungsrechtliche Entwicklung der Gleichberechtigung

In der Gründungsphase der Bundesrepublik erreichten Frauen einen erstaunlichen Anfangserfolg: Der Parlamentarische Rat, der die neue Verfassung entwarf, verankerte nach heftigen Debatten eine zukunftsträchtige Formel zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen im Grundgesetz. Dieser Erfolg war vor allem das Verdienst von Elisabeth Selbert, einer der vier „Mütter des Grundgesetzes".[3] Der entscheidende Fortschritt, den Selberts Formulierungsvorschlag des Art. 3 Abs. 2 GG „Männer und Frauen sind gleichberechtigt" erbrachte, bestand darin, dass es sich um eine umfassende und unmittelbar geltende Verfassungsnorm handeln sollte. Sie ging damit über die Weimarer Verfassungsformel von der lediglich *staatsbürgerlichen* Gleichheit der Geschlechter hinaus, die im Übrigen nur ‚grundsätzlich', das heißt mit möglichen Ausnahmen, galt.

Das Bundesverfassungsgericht und mit ihm die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur deuteten bis zum Beginn der neunziger Jahre die Absätze 2 und 3 („Niemand darf wegen seines Geschlechtes (...) benachteiligt oder bevorzugt werden") einheitlich als ‚Differenzierungsverbot'. Der Absatz 2 alter Fassung („Männer und Frauen sind gleichberechtigt") wurde von der herrschenden Meinung als positiv formulierte Bestätigung des Differenzierungsverbots des Abs. 3 verstanden. Gefordert war demnach Gleichbehandlung. Insofern sollten beide Absätze demselben Zweck dienen: Eine unterschiedliche Behandlung von Frauen und Männern „wegen" ihres Geschlechts sollte grundsätzlich nicht zulässig sein. Allerdings galt dieses Differenzierungsverbot nicht ohne Ausnahmen. Gerade an der Definition und Reichweite der Ausnahmen ist die Veränderung der Interpretation des Gleichberechtigungsgebots über die Jahrzehnte hinweg festzumachen und das rechtsdogmatische Verhältnis von Abs. 2 und Abs. 3 zu klären. Die interpretativen Veränderungen lassen sich in drei Etappen einteilen.[4]

1.1. Die fünfziger und sechziger Jahre: Biologische und funktionale Unterschiede legitimieren rechtliche Differenzierungen

In den beiden Anfangsjahrzehnten der Bundesrepublik ging nicht nur die überwiegende öffentliche Meinung, sondern auch die Verfassungsinterpretation wie selbstverständlich von diversen natürlichen Unterschieden zwischen Männern und Frauen aus. Sie dienten als Rechtfertigung für unterschiedliche Regelungen. Die so genannte Andersartigkeit von Frauen sollte jedoch wenigstens nicht zu ihrem offenkundigen Nachteil sein, das heißt wenn vom Prinzip gleicher formaler Rechte abgewichen wurde, so verwies man auf fürsorgliche Motive und betonte die Gleichwertigkeit der Sphären. Differenzierungen „im Hinblick auf die biologischen oder funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede

3 Vgl. Böttger, Barbara: Das Recht auf Gleichheit und Differenz. Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 2 Grundgesetz. Münster 1990.

4 Vgl. Sacksofsky, Ute: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zu Artikel 3 Absatz 2 des Grundgesetzes. Baden-Baden, 1. Auflage 1991, inzwischen in 2. Auflage erschienen (1996).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses", wie es das Bundesverfassungsgericht ausdrückte, wurden deshalb für zulässig erklärt.[5]

Die Differenzierung nach *biologischen* Unterschieden erscheint einleuchtend, wenn es etwa um den Gesundheitsschutz bei Schwangeren und Müttern geht. Hier soll die Differenzierungsmöglichkeit verhindern, dass Frauen etwa wegen ihrer Gebärfähigkeit benachteiligt werden. Problematisch war und ist jedoch die Differenzierungsmöglichkeit nach *funktionalen* (arbeitsteiligen) Unterschieden, die sich in gesellschaftlich typischen Lebensverhältnissen ausgeprägt haben. Diese so genannten funktionalen Unterschiede sind identisch mit den stereotypen Geschlechterrollen. In den fünfziger Jahren und darüber hinaus schrieben Politik und Rechtssystem Frauen die nahezu ausschließliche Zuständigkeit für Kindererziehung und Haushalt zu, während Männern die Rolle des Familienernährers durch Erwerbstätigkeit ans Herz gelegt war. Diese Epoche endete vergleichsweise spät am 1. Juli 1977, als im Zuge der ‚großen' Ehe- und Scheidungsrechtsreform das Leitbild der Hausfrauenehe offiziell entfiel. Inoffiziell geistert es noch heute durch das Sozial- und Steuersystem, man denke etwa an das Ehegattensplitting.[6]

Immerhin befand das Bundesverfassungsgericht schon in den fünfziger Jahren, dass die Frau und Mutter in ihrem „ureigensten" Tätigkeitsbereich, der Familie, nicht mehr benachteiligt werden dürfe. 1953 bestätigte es nach Ablauf der Anpassungsfrist des Art. 117 Abs. 1 GG (31. 3. 1953) die unmittelbare Grundrechtswirkung des Gleichberechtigungsgrundsatzes für Ehe und Familie[7], und 1959 erklärte es mit großer Signalwirkung den „Stichentscheid", das heißt das Letztentscheidungsrecht des Vaters in Fragen der Kindererziehung, sowie sein alleiniges Vertretungsrecht für das Kind für verfassungswidrig und nichtig.[8] Diese beiden Klauseln waren nach heftigem Kampf im Parlament – trotz offensichtlicher Gleichberechtigungswidrigkeit – 1957 in das lange diskutierte „Gleichberechtigungsgesetz" aufgenommen worden. Die Verfassungsgerichtsbarkeit gebot dieser ignoranten Restaurationstendenz in der Rechtspolitik jedenfalls insoweit Einhalt, als klare formalrechtliche Diskriminierungen von Frauen, die nicht durch Vorteile kompensiert werden, als Verstoß gegen die Gleichberechtigung angesehen wurden. Insgesamt aber deutete auch das Bundesverfassungsgericht den Art. 3 Abs. 2 GG recht traditionell, nämlich als „Gleichwertigkeit bei Andersartigkeit".[9]

1.2. Die siebziger Jahre: Betonung des Prinzips der Gleichbehandlung

In den siebziger Jahren schwenkte das Verfassungsgericht zu einer eher formalegalitären Position über und begann, im Zuge der „Gleichbehandlung" angebliche „Pri-

5 BVerfGE 3, 225-248, 242.

6 Vgl. Berghahn, Sabine: Ehegattensubsidiarität und Gleichberechtigung. In: STREIT – feministische Rechtszeitschrift, Heft 4, 2000, S. 152-159 und dies.: Ehegrundrecht versus Gleichberechtigung? Tendenzen der steuerlichen Verfassungsrechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 GG. In: femina politica, Heft 1, 2003, S. 46-55; Sacksofsky, Ute: Steuerung der Familie durch Steuern. In: Neue Juristische Wochenschrift, Heft 27, 2000, S. 1896-1903.

7 BVerfGE 3, 225-248.

8 BVerfGE 10, 59-89.

9 Vgl. Sacksofsky, Das Grundrecht ..., a. a. O., S. 95.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vilegien" von Frauen abzubauen. Da die Ideologie der starren Geschlechterrollen mittlerweile an Akzeptanz verloren hatte, wurde nun die Gleichheit als formale Gleichberechtigung stärker betont. Differenzierungsmöglichkeiten des „sozial-funktionalen" Bereichs verloren sowohl gesellschaftspolitisch als auch verfassungsgerichtlich an Legitimität, weil anerkannt wurde, dass Unterschiede hier keineswegs zwingend auf biologischen Ursachen beruhen, sondern durch Traditionen und Rollenzuschreibungen entstanden sind. Explizite Diskriminierungen von Frauen wurden beseitigt, wie zum Beispiel die benachteiligende Regelung bei der Weitergabe der deutschen Staatsangehörigkeit an ein eheliches Kind, wenn die Mutter Deutsche, der Vater aber Ausländer war.[10]

Daneben ging es in dieser Phase um verbliebene, angebliche Privilegien von Frauen, wie etwa den erleichterten Zugang zur Witwenrente.[11] Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verschaffte dabei Männern Gleichstellungserfolge, die diese als soziale Gruppe gar nicht benötigten. So gab das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber 1975 den Auftrag, das Recht der Hinterbliebenenrente für beide Geschlechter einheitlich zu regeln, weil der erschwerte Zugang von hinterbliebenen Männern zur Witwerrente bei zukünftig fortschreitender Erwerbstätigkeit von Frauen gegen die Gleichberechtigung verstoßen würde. Die darauf reagierende Reform von 1985 änderte wenig an der unbefriedigenden Situation von vielen Frauen, die keine oder nur geringfügige Rentenanwartschaften aus eigener Erwerbstätigkeit hatten ansammeln können.

1.3. Die achtziger und neunziger Jahre: Gleichbehandlung, aber auch Legitimation von Nachteilskompensation und aktive Förderung

Gemischte Tendenzen, die sowohl die Interpretation der Gleichberechtigung als strikte Gleichbehandlung als auch als Kompensation oder aktive Bekämpfung von Diskriminierung enthalten, zeigten sich in den achtziger und neunziger Jahren. Im Allgemeinen wurde der Gedanke der Gleichbehandlung weiter verfolgt. Bei Materien, bei denen die reale Benachteiligung von Frauen allzu eklatant erschien, war man dagegen verfassungsrechtlich um das Weiterbestehen kompensatorischer Lösungen bemüht.

So wurde der frühere Zugang zur Altersrente für Frauen mit 60 Jahren (bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen) 1987 als Billigkeitsausgleich für zahlreiche Benachteiligungen von Frauen im Erwerbsleben, insbesondere von Müttern, für verfassungskonform erklärt.[12] Das Verfassungsgericht begründete die Regelung und deren Zulässigkeit als Ausnahme von der Gleichbehandlung mit dem Ausgleichsgedanken und dem Ziel, Gleichberechtigung in der gesellschaftlichen Realität zu verwirklichen.[13] Der Rentenaltersbeschluss von 1987 spiegelt eine Unentschiedenheit des Ersten Senats wider, welche Ausnahmen von der Gleichbehandlung nach welchen Kriterien in Zukunft noch zuge-

10 BVerfGE 37, 217-265.

11 Zur Entwicklung vgl. BVerfGE 17, 1-38, 38-62, 62-86-99; in der Beamtenversorgung dagegen Gleichbehandlung vgl. BVerfGE 21, 329-354; Angleichungsauftrag in BVerfGE 39, 169-196.

12 BVerfGE 74, 163-182. 1989 wurde mit dem Rentenreformgesetz 1992 beschlossen, die Altersgrenze ab dem Jahr 2001 für Frauen schrittweise derjenigen der Männer anzugleichen; im Jahre 1996 (Rentenreformgesetz 1999) wurde das Anpassungstempo noch erhöht (schon ab 2000).

13 BVerfGE 85, 191-214, 207.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

lassen werden sollten: Nur noch solche, die eine aktive Gleichstellung fördern, oder auch solche, die Ausdruck hinterherhinkender Verhältnisse sind, aber Frauen das Leben erleichtern? Eine aktiv gleichstellende Tendenz hatte diese Entscheidung jedoch nicht, obwohl sie fünf Jahre später vom Bundesverfassungsgericht selbst in diesem Sinne als Referenzentscheidung (im „Nachtarbeitsbeschluss") zitiert werden sollte.[14]

Konsequent im Sinne der aktiven Gleichstellungsinterpretation argumentierte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts erst 1992 mit dem *Nachtarbeitsbeschluss*.[15] Mit dieser Entscheidung ließ er ausdrücklich die Möglichkeit fallen, Ausnahmen von der Gleichbehandlung mit *sozial-funktionalen Gründen* zu legitimieren. Fortan sollten nur noch *biologische* Unterschiede herangezogen werden können, wenn sie zwingend eine Ungleichbehandlung erfordern. Solche lagen nach Ansicht des Gerichts im Falle des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen und der Pflicht zur Leistung von Feuerwehrdiensten – dies betrifft eine spätere Entscheidung[16] – nicht vor. Insofern radikalisierte das Bundesverfassungsgericht die staatliche Pflicht zur Gleichbehandlung. Gleichwohl eröffnete das Gericht hier und in der späteren Entscheidung zur Feuerwehrabgabe ausdrücklich eine weitere Ausnahmemöglichkeit, nämlich jene, dass „kollidierendes Verfassungsrecht" – gemeint ist das Gleichstellungsgebot des Artikels 3 Absatz 2 GG – sich in der Abwägung als vorrangig erweist.[17] Das Bundesverfassungsgericht unterschied jetzt deutlich zwischen den beiden Absätzen 2 und 3 und sah nur noch den Absatz 3 als Differenzierungsverbot an, welches jedoch in manchen Abwägungslagen von dem aktiven Gleichstellungsgebot des Absatzes 2 ausgehebelt werden kann. Die Interpretation von Absatz 2 (vor allem) als *Gleichstellungsmandat* zugunsten von Frauen bezog sich wohlgemerkt bereits auf den schlichten Satz „Männer und Frauen sind gleichberechtigt". Denn zur Zeit der Nachtarbeitsentscheidung im Januar 1992 war die Verfassungserweiterung von 1994 (s. u.) noch nicht in Sicht. Der Erste Senat sah in der Nachtarbeitsentscheidung die Funktion des Absatzes 2 (alter Fassung) nunmehr darin, ein Gleichberechtigungsgebot aufzustellen und dieses auch *auf die gesellschaftliche Wirklichkeit* zu erstrecken. Wörtlich heißt es: „Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt' will nicht nur Rechtsnormen beseitigen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen." Dazu gehöre auch, dass faktische „Nachteile, die typischerweise Frauen treffen (...) durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden" dürften.[18]

Ob dies allerdings auch dann gelten soll, wenn der Begünstigung eine *individuelle Benachteiligung* auf Seiten von Männern gegenübersteht, wurde in den beiden Entscheidungen nicht erörtert. Dennoch kam die neue Tendenz frauenrechtlich engagierten Verfassungsinterpretationen entgegen. Insbesondere Heide Pfarr[19], Ute Sacksofsky[20]

14 BVerfGE 85, 191-214, 207.
15 BVerfGE 85, 191-214.
16 BVerfGE 92, 91-122.
17 BVerfGE 92, 91-122, 109.
18 BVerfGE 85, 191-214, 207 f.
19 Vgl. Pfarr, Heide M.: Quoten und Grundgesetz. Notwendigkeit und Verfassungsmäßigkeit von Frauenförderung. Baden-Baden 1988.
20 Vgl. Sacksofsky, Das Grundrecht ..., a. a. O.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und Sibylle Raasch[21], aber auch einige andere Autorinnen und Autoren haben in den letzten zwei Jahrzehnten Auslegungen entwickelt, die darauf hinauslaufen, dass zur Erreichung faktischer Gleichheit der „Chancen" und wesentlicher „Ergebnisse" vorübergehende und (in Relation zum Ziel) verhältnismäßige Benachteiligungen des bisher im jeweiligen Bereich dominanten Geschlechts, sprich der Männer, verfassungsrechtlich zulässig sein sollen.

Auf der Grundlage des bereits gewandelten Verfassungsverständnisses fiel es daher den politischen Akteuren nicht mehr allzu schwer, auch den Grundgesetztext selbst zu erweitern. Im Rahmen der Debatte in der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat, die durch die deutsche Vereinigung angestoßen worden war, einigte man sich auf ein Staatsziel der Gleichstellungsförderung. Als Satz 2 wurde in Art. 3 Abs. 2 GG folgende Formulierung aufgenommen: „Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin." Die Formel stellte einen Kompromiss dar, wobei insbesondere umstritten blieb, ob auch die Quotierung, das heißt der Vorrang von Frauen bei Einstellungen und Beförderungen im öffentlichen Dienst, durch das neue Staatsziel für zulässig erklärt wird.

1.4. Quotierung – statt des Bundesverfassungsgerichts entschied der Europäische Gerichtshof

Die Quotierungsfrage hätte zum Testfall für die veränderte Verfassungsformulierung und Interpretationsrichtung des Art. 3 Abs. 2 GG werden können. Es kam jedoch nicht zu einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Zulässigkeit der Quote, denn die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs haben insoweit Klarheit auch für den nationalen Bereich geschaffen.[22] Diese Maßnahmeart trägt mit *Quotierung* oder *Quote* eigentlich den falschen Namen, denn mit dieser Begrifflichkeit wird suggeriert, dass Frauen schematisch und ohne Erfüllung qualitativer Voraussetzungen solange Vorrang hätten, bis ein bestimmter Anteil erreicht ist. Tatsächlich muss die einzelne Bewerberin aber eine gleichwertige „Eignung, Befähigung und fachliche Leistung" (Art. 33 Abs. 2 GG) mitbringen bzw. so beurteilt werden, und Frauen müssen im jeweiligen Bereich des öffentlichen Dienstes unterrepräsentiert sein. Es geht also nicht um ein echtes Vor*recht,* sondern nur um einen *Chancenvorteil* im Falle eines qualifikatorischen Patts. Dies gilt für beide Quotentypen, die Entscheidungs- und die Ergebnis- oder Zielquote. Männer erleiden auf diese Art und Weise keineswegs den behaupteten generationsweisen Karriereausschluss, vielmehr haben sie weiterhin die Chance, sich als die „besse-

21 Vgl. Raasch, Sibylle: Frauenquoten und Männerrechte. Baden-Baden 1991.

22 Vgl. Berghahn, Sabine: Die Quote als Mittel zur Gleichstellung der Geschlechter im öffentlichen Dienst. In: Brackert, Petra/Hoffmeister-Schönfelder, Gabriele (Hrsg.): Rechtshandbuch für Frauen- und Gleichstellungsbeauftragte. Hamburg 2002. Kapitel 2.4.2, und dies.: Supranationaler Reformimpuls versus mitgliedstaatliche Beharrlichkeit. In: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33-34/2002, S. 29-37.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ren" Kandidaten für Einstellungen oder Beförderungen im öffentlichen Dienst zu erweisen oder dafür gehalten zu werden.

Die europarechtliche Dimension der Problematik ist der deutschen verfassungsrechtlichen Fragestellung zumindest verwandt. Insofern erscheint die Lage seit dem Marschall-Urteil[23] des Europäischen Gerichtshofs vom 11. November 1997 nun eher entspannt, denn mit dieser Entscheidung hat der Europäische Gerichtshof das Ruder wieder herumgerissen. In der Kalanke-Entscheidung von 1995[24] hatte der Gerichtshof einen sehr engen Begriff von zulässiger Ungleichbehandlung im Dienste der Gleichstellungsförderung zugrunde gelegt, mit dem Marschall-Urteil betonte er hingegen, dass Frauen trotz Gleichberechtigungsgrundsatz in der Realität gerade bei Einstellungen und Beförderungen vielfältig diskriminiert würden, Chancengleichheit also nicht wirklich existiere. Daher sei eine Vorrangregelung wie in Nordrhein-Westfalen europarechtlich unbedenklich, denn sie enthalte zusätzlich zur Voraussetzung der gleichwertigen Qualifikation und weiblichen Unterrepräsentanz auch noch eine Härteklausel zugunsten von männlichen Bewerbern. Das Gericht wies sogar darauf hin, dass die Kriterien und die Anwendung der Härteklausel nicht wiederum Frauen diskriminierend sein dürften.[25] Mit der Entscheidung vom 28. März 2000 erklärte der EuGH schließlich am Beispiel des hessischen Gleichstellungsgesetzes auch die europarechtliche Konformität der Ziel- oder Ergebnisquote.[26] Während bei der *Entscheidungsquote* das Verfahren der Entscheidung im Einzelfall festgelegt wird (Vorrang der Frau), regelt die *Zielquote* die Pflicht und das Verfahren zur Steigerung des Frauenanteils etwa in Form von Frauenförder- oder Gleichstellungsplänen und Mitteln zur Durchsetzung bzw. Sanktionierung bei Nicht-Einhaltung.[27]

In der Praxis bleibt die Quote eine Krücke, mit der kaum Ergebnisse erzwungen werden können; allenfalls wird Bewusstsein geschaffen. Vor allem in Zeiten des schlanken Staates, wenn im öffentlichen Dienst mehr abgebaut als zugelegt wird, darf die direkte Effektivität der Quote bei der Steigerung des Frauenanteils nicht überschätzt werden. Oft erzeugt sie nur ein schlechtes Gewissen und weist auf die Notwendigkeit hin, dass sich die behördliche Personalpolitik immer wieder legitimieren muss. Unterstützt wird die Quote in jüngerer Zeit durch die Strategie des Gender Mainstreaming, die über die Europäische Union als Top-down-Strategie für alle Bereiche der Bundespolitik und Bundesverwaltung verbindlich gemacht wurde.[28] Mit dieser Strategie wird es

23 EuGH vom 11.11.1997, Rs. C-409/95, Marschall, Slg. 1997, I-6363.

24 EuGH vom 17.10.1995, Rs. C-450/93, Kalanke, Slg. 1995, I-3051.

25 Überprüft wurden die Quotenregelungen der Landesgleichstellungsgesetze in beiden Fällen anhand der Richtlinie 76/207/EWG vom 9. 2. 1976: Art. 2 Abs. 1 und 4 Abs. 1 spricht ein Diskriminierungsverbot aus, das sowohl unmittelbare als auch mittelbare Diskriminierung umfasst und die Bezugnahme auf den Ehe- und Familienstand verbietet; Abs. 4 besagt, dass die Richtlinie nicht Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern entgegensteht, „insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen (...) beeinträchtigen".

26 EuGH vom 28. 3. 2000, Rs. C-158/97, Badeck, Slg. 2000, I-1875.

27 Vgl. zur Entwicklung auf europäischer Ebene Beate Rudolf in diesem Buch.

28 Vgl. Europäische Kommission: Für eine Rahmenstrategie der Gemeinschaft zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern (1001-2005). KOM (2000) 335 endgültig, 2000/0143

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

den Führungskräften zur Aufgabe gemacht, den Geschlechteraspekt in allen Bereichen zu thematisieren und die egalitäre Teilhabe von Frauen zu fördern. Es bleibt abzuwarten, ob sich diese institutionelle Verstärkung des egalitären Teilhabegedankens jenseits rhetorischer Erfolge auch in substanziellen Gleichstellungsfortschritten niederschlägt.

2. *Wichtige Reformen für die Geschlechterverhältnisse*

Im Zeitablauf lässt sich auch bei einem Blick auf mehr als 50 Jahre Politik und Gesetzgebung ein positiver Trend zur Beseitigung von patriarchalen Relikten und zur Forcierung egalitärer normativer Prozesse feststellen, wenn auch nicht gerade auf hohem Niveau. Entlang der Phaseneinteilung der verfassungspolitischen Interpretation von Gleichberechtigung, die gleichzeitig der Grobeinteilung nach Regierungsepochen folgt, lässt sich die Umsetzung in einfache Gesetze und politische Praxis grob in drei abgeschlossene Phasen und eine noch andauernde Regierungsära einteilen:

Dem erstaunlichen Durchbruch in der Phase der Verfassungsgebung folgten in den Niederungen der ersten Legislaturperioden zunächst fast nur Enttäuschungen während der restaurativen fünfziger und wenig innovativen sechziger Jahre. An deren Ende kündigte sich allerdings in der Großen Koalition ein allgemeiner reformerischer Aufbruch im Bildungs- und Arbeitsmarktbereich an. Die zweite Phase kennzeichnet mit den siebziger Jahren die Zeit kleiner sozialliberaler Verbesserungen im Arbeits- und Sozialrecht sowie echter Reformen im Familienrecht bis hin zur ersten, zwar liberalisierenden, aber doch verunglückten Abtreibungsrechtsreform von 1974 (s. u.). Auch in dieser Zeit fand keine konsequente Gleichstellungspolitik zugunsten von Frauen statt. So wurden zum Beispiel erwerbsintegrative Förderbestimmungen im Zuge der Ölkrise und ansteigenden Arbeitslosigkeit schnell wieder eingeschränkt. Dass es frauenpolitisch dennoch voranging, dürfte nicht zuletzt mit der Neuen Frauenbewegung zusammenhängen, die in dieser Phase entstand und die der regierungsamtlichen Politik eine autonome Politik der Skandalisierung patriarchaler Zustände entgegensetzte.

Mit der Bonner Wende von 1982 wurde schließlich die dritte inzwischen abgeschlossene Phase eingeleitet, die mit den achtziger und neunziger Jahren die „Ära Kohl" umfasst. Die regierungsamtlichen Initiativen spiegelten erwartungsgemäß konservative Spielarten der Modernisierung bis hin zu rein symbolischer Politik wider, dennoch ließ sich im Wechselspiel mit Oppositions- und Länderinitiativen, mit Anmahnungen des Bundesverfassungsgerichts, des Europäischen Gerichtshofs sowie mit den Reformimpulsen der deutschen Vereinigung sogar auf gesetzgeberischem Parkett einiges bewegen. Inzwischen befinden wir uns in der vierten, als „rot-grün" bezeichneten Regierungsepoche. Ihre frauenpolitischen Charakteristika sind bislang wenig prägnant: Es

(CNS); Stiegler, Barbara: Wie Gender in den Mainstream kommt. Konzepte, Argumente und Praxisbeispiele zur EU-Strategie des Gender Mainstreaming. In: Silke Bothfeld/Sigrid Gronbach/Barbara Riedmüller (Hrsg.): Gender Mainstreaming – eine Innovation in der Gleichstellungspolitik. Frankfurt a. M./New York 2002, S. 19-40. Schweikert, Birgit: Alles Gender – oder? Die Implementierung von Gender Mainstreaming auf Bundesebene. In: Bothfeld/Gronbach/Riedmüller (Hrsg.): a. a. O., S. 83-105.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wurden zwar einige Nachbesserungen an unzureichenden Gleichstellungsbestimmungen und Sozialgesetzen vorgenommen, strukturelle Reformen wie die Abschaffung des steuerlichen Ehegattensplittings oder die Verbindlichmachung von Gleichstellungsmaßnahmen für die Privatwirtschaft sind jedoch vorerst unterblieben.

2.1. Die bundesdeutsche Reformentwicklung im Bereich des Familienrechts

Bedeutende Veränderungen brachten hier das „Gleichberechtigungsgesetz" der fünfziger Jahre und die ‚große' Ehe- und Scheidungsrechtsreform von 1976 für den Bereich des Kindschaftsrechts, außerdem das Nichtehelichengesetz von 1969 und die Kindschaftsrechtsreform von 1997. Erst in den letzten Jahren gelang es, gesetzgeberische Maßnahmen gegen männliche Gewalt im Privatbereich durchzusetzen (s. u.).

Das „Gleichberechtigungsgesetz" vom 18. Juni 1957, das zum 1. Juli 1958 in Kraft trat, beschränkte sich auf familienrechtliche Aspekte und verwirklichte keineswegs konsequent den Gleichberechtigungsgrundsatz, sondern versuchte sogar, die patriarchale Ordnung durch Regelungen wie den väterlichen ‚Stichentscheid' bei Meinungsverschiedenheiten der Eltern über die Kindererziehung (s. o.) zu konservieren. Zudem zementierte es die ungleiche eheliche Arbeitsteilung in Form der ‚Hausfrauenehe'. Immerhin führte das Gesetz die Zugewinngemeinschaft als gesetzlichen Güterstand ein. Damit wurden die vorher geltende Verwaltung des weiblichen Vermögens durch den Mann und seine Nutznießung daran endgültig abgeschafft und durch ein egalitärpartizipatives Güterrecht ersetzt. Der Anspruch auf Zugewinnausgleich bei Tod oder Scheidung stellte einen ersten Schritt zur gleichwertigen Anerkennung von Haus- und Erziehungsarbeit dar.[29] Die Kehrseite war, dass die Frau zur Haushaltsführung verpflichtet blieb. Zwar beseitigte das Gesetz die Möglichkeit des Ehemannes, ein Arbeitsverhältnis der Frau zu kündigen, jedoch durfte sie nur erwerbstätig sein, „soweit dies mit ihren Pflichten in Ehe und Familie vereinbar" war (§ 1356 Abs. 2 BGB a. F.). Weiterhin hatte die Frau bei der Heirat den Namen des Ehemannes anzunehmen.

Mit der Ehe- und Scheidungsrechtsreform (1. EheRRefG) vom 14. Juni 1976, die am 1. Juli 1977 in Kraft trat, wurden nach jahrelanger Debatte einige übrig gebliebene, direkt an das Geschlecht anknüpfende Vorschriften beseitigt. So entfiel das Leitbild der ‚Hausfrauenehe' ersatzlos. Seitdem gilt die von den Ehegatten einvernehmlich festgelegte bzw. praktizierte Arbeitsteilung. Angesichts faktisch ungleicher Macht- und Berufspositionen in vielen Ehen und aufgrund der geschlechtsspezifischen Opportunitätsstrukturen im Erwerbssystem läuft das vielfach allerdings auf das alte Leitbild hinaus. Aber immerhin, gleichberechtigt gestaltete Partnerschaften bekamen 1977 den Segen des Gesetzes. Ähnliches gilt – nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 5. März 1991[30] und der zum 1. April 1994 in Kraft getretenen Reform des Ehenamensrechts – für das eheliche Namensrecht. Die Ehegatten können – wie schon seit 1977 – weiterhin wählen, welcher von beiden Namen der Ehename werden soll. Sie sind gehal-

29 Seit der Ehe- und Scheidungsrechtsreform von 1977 gilt der Grundsatz der hälftigen Teilung auch für die Renten- und Versorgungsanwartschaften bei Scheidung (Versorgungsausgleich).

30 BVerfGE 84, 9-25.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten, einen gemeinsamen Ehenamen zu führen, einigen sie sich aber nicht, so darf jede Person ihren Namen behalten. Bis zur Verfassungsgerichtsentscheidung galt der Name des Ehemannes bei Nichteinigung qua gesetzlichem ‚Stichentscheid' als Ehename.

Eine Haupterrungenschaft der Scheidungsrechtsreform von 1976 war die Abschaffung des Schuldprinzips und seine Ersetzung durch das Zerrüttungsprinzip. Nach der Scheidung gilt seitdem der Grundsatz der wirtschaftlichen Eigenverantwortung, soweit nicht einer der gesetzlichen Tatbestände von Unterhaltsbedürftigkeit vorliegt. Mit einem differenzierten Katalog von Unterhaltsansprüchen sollten jahrelange Nur-Hausfrauen und vor allem Mütter mit kleinen Kindern finanziell abgesichert werden, wenn sie etwa Kinder betreuen, zu alt oder zu krank für eine Erwerbstätigkeit sind, keine angemessene Tätigkeit finden, weniger Geld verdienen als der Ehemann oder eine anlässlich der Ehe abgebrochene bzw. nicht begonnene Ausbildung nachholen. Allerdings änderte sich nichts Wesentliches an der schlechten finanziellen Situation geschiedener Frauen, die über längere Zeit hinweg nicht (voll) erwerbstätig waren, und verschärfte sich im Gegenteil im Zuge fortschreitender Massenarbeitslosigkeit. Auch reichte die Leistungsfähigkeit verpflichteter Ehemänner häufiger nicht aus, um zwei Haushalte angemessen zu finanzieren, doch der Gesetzgeber der Ehe- und Scheidungsrechtsreform hatte im Unterhaltsrecht mit dem Schuldprinzip bereits eine Hintertür geöffnet, die seither geschiedenen Ehemännern zur Entlastung von Unterhaltsansprüchen ihrer Ex-Ehefrauen dienlich war und ist. Demnach kann der Unterhaltsanspruch wegen „einseitigen, evidenten Fehlverhaltens" oder wegen nachehelichen „Konkubinats" mit einem neuen Partner ausgeschlossen oder reduziert werden. Das Unterhaltsrechtsänderungsgesetz von 1986 verankerte diese und andere zusätzliche Möglichkeiten zur Beschränkung von Ehegattenunterhalt im Gesetz (§ 1579 BGB). Nahezu alle ExpertInnen der Familiengerichtsbarkeit hielten diese Gesetzesnovelle für überflüssig, da die Rechtsprechung zuvor bereits genügend einschränkende Auslegungsregeln entwickelt hatte, um „Missbrauch" zu verhindern.

Für die „Qualität" der Geschlechterverhältnisse relevant sind auch familienrechtliche Bestimmungen, die das Verhältnis von Eltern und Kindern betreffen. Hier wurde mit dem Nichtehelichengesetz von 1969 wenigstens ein Teil des Verfassungsauftrags aus Art. 6 Abs. 5 GG zur Schaffung gleicher Lebensbedingungen für „uneheliche" Kinder erfüllt. Dies jedoch geschah wiederum so halbherzig, dass man von einer echten Gleichstellung nichtehelicher und ehelicher Kinder im Erb-, Abstammungs-, Kindschafts- und Unterhaltsrecht nicht sprechen konnte. Die diskriminierende Bevormundung der Mütter nichtehelicher Kinder wurde graduell gemindert, indem die „Amtsvormundschaft" für ein nichteheliches Kind durch die „Amtspflegschaft" abgelöst wurde. Damit musste die Frau sich „nur" noch in Fragen der Vaterschaftsfeststellung, des Unterhalts und der Erbansprüche des Kindes vom Jugendamt hereinreden lassen. Erst die Diskrepanz der Rechtslage zwischen Ost- und Westdeutschland führte schließlich 1997 im Rahmen der Kindschaftsrechtsreform zur Umwandlung des Zwangsinstituts in eine freiwillige Beistandschaft.

Mit *Kindschaftsrechtsreform* wird eine Reihe von gesetzlichen Neuregelungen umschrieben, die im Herbst 1997 verabschiedet wurden und größtenteils zum 1. Juli 1998 in Kraft traten. Kernstück dieser Reform ist die Veränderung der Abstammungs-, Sorge-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rechts- und Umgangsregelungen im BGB, aber auch Unterhalts- und Erbrechtsregelungen wurden verändert.[31] Leitender Gedanke war die Angleichung der Rechtsverhältnisse von ehelichen und nichtehelichen Kindern gegenüber ihren Müttern und Vätern. Die Begriffe *ehelich* und *nichtehelich* werden im Gesetz vermieden, bleiben jedoch substanziell durchaus noch relevant. Allerdings hat der Gesetzgeber nunmehr sein früheres Konzept aufgegeben, durch Vorenthaltung von wichtigen Väterrechten Männer zur Heirat veranlassen zu wollen. Diese Strategie lag der alten Rechtslage zugrunde. Daher hatte es vor der Reform keine Möglichkeit gegeben, bei Einigkeit der Eltern die gemeinsame elterliche Sorge für nichteheliche Kinder herbeizuführen. Dass die BGB-Vorschriften das nicht zuließen, wurde 1981 noch vom Bundesverfassungsgericht als verfassungskonform bestätigt,[32] 1991 jedoch als verfassungswidrige Beeinträchtigung der Grundrechte von Kindern und Eltern angesehen.[33] So verabschiedete der Bundestag – nach einigem Ringen um Kompromisse – 1997 ein neues Kindschaftsrecht, das als Regelfall die Weiterführung der gemeinsamen elterlichen Sorge nach der Scheidung vorsieht. Eltern eines nichtehelichen Kindes haben seit dem Sommer 1998 die Möglichkeit, durch öffentlich beurkundete „Sorgeerklärung" ein gemeinsames Sorgerecht zu etablieren. Tun die Eltern dies nicht, so bleibt es – wie bisher – beim alleinigen Sorgerecht der Mutter des nichtehelichen Kindes.

Die feministische Kritik an dem Gesetz entzündete sich vor allem am „Regelfall" des gemeinsamen Sorgerechts nach der Scheidung: Für Frauen wachse der Druck, sich mit dem Vater zu einigen, Zugeständnisse zu machen und Übergriffe in ihre Entscheidungskompetenz zu ertragen. Vätern komme auf diese Weise ein Rechts- und Machtzuwachs zu, ohne dass sie bezüglich der praktischen Betreuung und Erziehung sowie der Zahlung des Kindesunterhalts stärker in die Pflicht genommen würden. Für Frauen zeigt sich hier die *Dialektik der Gleichberechtigung*: Auch wenn die Machtverhältnisse zwischen den Geschlechtern noch lange nicht symmetrisch sind, werden Frauen doch schon behandelt, als wären sie bereits gleichgestellt. Frauen müssen sich daher gerade in ihrem traditionellen Aufgabengebiet, der Sorge für ihre Kinder, einen Rechts- und Machtverlust sowie die Zunahme eigener Pflichten gefallen lassen.

2.2. Staatliche Maßnahmen zum Schutz vor häuslicher Gewalt

Die Neue Frauenbewegung der siebziger Jahre hatte neben der Abtreibungsfrage ein weiteres gesellschaftspolitisches Tabuthema auf die Tagesordnung gesetzt, die männliche Gewalt gegen Frauen und Kinder. Lange Zeit sah es so aus, als ob es nicht gelingen würde, den Staat zu einer konsequenteren Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols zum Schutze von Frauen in der Privatsphäre zu bewegen. Selbst die Versuche der SPD und der Grünen, die Beschränkung der Strafbarkeit von Vergewaltigungen auf „außereheliche" Taten aufzuheben, scheiterten mit schöner Regelmäßigkeit im Bundes-

31 Vgl. Breithaupt, Marianne: Bemerkungen zur Kindschaftsrechtsreform, Teil I: STREIT, Heft 2, 1998, S. 62 ff.; Teil 2: STREIT, Heft 3, 1998, S. 98 ff.

32 BVerfGE 56, 363 ff.

33 BVerfGE 84, 168-187.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

tag.[34] Erst im Frühsommer 1997 schaffte es eine überfraktionelle Initiative, eine Gesetzesänderung herbeizuführen,[35] so dass auch eheliche Vergewaltigungen nunmehr als solche strafbar sind.

Als dann 1998 die rot-grüne Koalition die Bundesregierung bildete, machte sie gegen Ende ihrer ersten Amtsperiode die Ankündigungen aus der Oppositionszeit wahr und setzte ein „Gewaltschutzgesetz" durch. Das Regelungspaket mit dem Namen „Gesetz zur Verbesserung des zivilrechtlichen Schutzes bei Gewalttaten und Nachstellungen sowie zur Erleichterung der Überlassung der Ehewohnung bei Trennung" wurde im November 2001 verabschiedet und trat am 1. Januar 2002 in Kraft. Mit ihm wurden die zivilrechtlichen Abwehr- und Schutzmaßnahmen für Personen, die durch Gewalt oder Nachstellungen bedroht sind, erheblich verbessert. So reformierte die Gesetzgebung die Wohnungszuweisung für gewaltbedrohte Ehefrauen oder Ehemänner und erleichterte sie dabei (vgl. § 1361b BGB). Die befristete (alleinige) Zuweisung der gemeinsam genutzten Wohnung können nunmehr aber auch Frauen oder Männer beantragen, die mit der gewalttätigen Person unverheiratet zusammengelebt haben (§ 2 GewSchG). Ebenso wurden die prozessualen Möglichkeiten des Erlasses von Kontakt- und Näherungsverboten erweitert und zeitlich effektiviert sowie der Vollzug der Maßnahmen verbessert.

Dass dieses Gesetz zum Schluss sogar einstimmig im Bundestag angenommen wurde, ist bemerkenswert, da in den Jahren zuvor ähnliche Gesetzesvorlagen stets gescheitert waren. Von ausschlaggebender Bedeutung dürften das österreichische Beispiel sowie entsprechende Präventions- und Interventionsprojekte in deutschen Großstädten, insbesondere in Berlin („Berliner Interventionsprojekt gegen häusliche Gewalt e. V.", BIG), gewesen sein.[36] Schon in den achtziger Jahren hatte es in den USA bereits vorbildhafte Gesetze und Projekte gegeben; auch UNO- und EU-Initiativen hatten den politischen Druck auf die Mitgliedstaaten verstärkt, endlich wirksame Schritte zu unternehmen, um das elementare Menschenrecht auf Gewaltfreiheit im Privatbereich staatlich zu garantieren. Als dann noch in Österreich Mitte 1997 ein Antigewaltgesetz mit der Möglichkeit, den Gewalttäter mittels „Go-Order" aus der Wohnung „wegzuweisen", in Kraft getreten war und in der Folgezeit positive Entwicklungen hervorgebracht hatte, ließen sich 2001 anscheinend auch widerstrebende Abgeordnete im Lager von CDU/CSU und FDP überzeugen.

34 Zur Geschichte der Gesetzesinitiation vgl. Ursula Nelles in diesem Buch.

35 1996 hatte der Bundestag zunächst entsprechend dem Regierungsentwurf einen Einbezug ehelicher Taten mit „Widerspruchsklausel" für die Ehefrau (bei Widerspruch: in der Regel Abbruch der Strafverfolgung) beschlossen. Im Bundesrat wurde dieses Änderungsgesetz abgelehnt. Die Koalitionsfraktionen konnten sich für die nochmalige Abstimmung im Bundestag der „Kanzlermehrheit", die für die Zurückweisung des Einspruchs des Bundestags notwendig ist, nicht mehr sicher sein, weil etliche Frauen und auch Männer in den eigenen Reihen vom Regierungsentwurf abrückten. In dieser Situation entstand im Frühsommer 1997 die überfraktionelle Initiative, die den Regierungsentwurf übernahm – jedoch ohne die Widerspruchsklausel. Der öffentliche Druck bewirkte schließlich, dass der „Fraktionszwang" aufgehoben wurde und der überfraktionelle Gruppenantrag eine Mehrheit fand.

36 Vgl. Schweikert, Birgit: Wer schlägt, der geht?! – Das geplante Gewaltschutzgesetz – Hintergrund, Chancen und offene Fragen. In: STREIT – feministische Rechtszeitschrift, 2001, Heft 2, S. 51-64.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2.3. Die sozialrechtliche Absicherung von Mutter- und Elternschaft

Den Überschneidungsbereich von Familie und Erwerbsarbeit betrifft das sozialrechtliche Regelungsgeflecht zur Absicherung von Mutter- und Elternschaft. Als wesentliche Errungenschaft wurde vor allem von konservativer Seite das *Bundeserziehungsgeldgesetz* vom 6. Dezember 1985, das am 1. Januar 1986 in Kraft trat, gefeiert. Bei nüchterner Betrachtung ist es zwiespältig zu beurteilen. Es verschlechterte die Situation erwerbstätiger Mütter in finanzieller Hinsicht leicht, brachte aber auch punktuelle Fortschritte etwa in der Dauer der Freistellung und in den Möglichkeiten für Mütter und Väter, den „Erziehungsurlaub" wahrnehmen zu können. Mit diesem Gesetz wurde die damals noch relativ neue Richtung einer konservativen Frauenpolitik der „Wahlfreiheit" propagiert.

Das Erziehungsgeld kann heute längstens zwei Jahre bezogen werden. Der „Erziehungsurlaub", der seit 2001 „Elternzeit" heißt, ermöglicht dagegen eine bis zu dreijährige Freistellung aus einem Arbeitsverhältnis. Die finanzielle Ausstattung führt allerdings nahezu zwangsläufig dazu, dass lediglich Mütter – nicht auch Väter – den Erziehungsurlaub wahrnehmen, denn mit dem weiblichen Einkommen fällt in den allermeisten Fällen „nur" das deutlich geringere weg. Parallele Erwerbstätigkeit war bis Ende 2000 während des Erziehungsurlaubs lediglich bis zu 19 Stunden wöchentlich gestattet. Faktisch handelt sich die Mutter in vielen Fällen die Nachteile einer Berufsunterbrechung ein, die meist länger ausfällt als geplant und sich nachteiliger auswirkt, als dies im Arbeitsverhältnis oder durch Sozialleistungen nach dem Arbeitsförderungsgesetz und durch das Rentenrecht kompensiert wird.

Vollends problematisch war das Erziehungsgeldkonzept von Anfang an für *allein erziehende Mütter*, die von 600 DM für maximal zwei Jahre selbstverständlich nicht leben konnten und deshalb entweder auf den Erziehungsurlaub verzichteten oder zusätzlich Sozialhilfe in Anspruch nehmen mussten. Letzteres ist eine immer öfter mit Bedacht gewählte Existenzform junger Frauen, die sich auch mit Kleinkind nicht in die persönliche Abhängigkeit von einem „Ernährer" begeben wollen. Statt einer Nerven aufreibenden Doppelbelastung als Erwerbstätige wählen sie lieber die zeitweise Alimentierung durch das Sozialamt.

Die Reform des Bundeserziehungsgeldgesetzes durch die rot-grüne Koalition im Jahre 2000 hat kleine pragmatische Verbesserungen gerade für Alleinerziehende erbracht, indem eine Möglichkeit der Budgetierung des Erziehungsgeldes eingeführt wurde. Die erziehende Person kann nun bei verkürzter Bezugsdauer (bis zu 12 Monate) etwas höhere monatliche Beträge erhalten (460 bzw. 450 Euro). Für deutlichere Verbesserungen sei jedoch kein Geld vorhanden gewesen. Die generelle Richtung zeigte die Umwandlung des Begriffs *Erziehungsurlaub* in *Elternzeit* an: Zukünftig sind beide Eltern angesprochen, das heißt, gerade Väter sollen animiert werden, sich aktiv um ihre Kinder im Babyalter zu kümmern. Erhöht wurden die Einkommensgrenzen[37], die dann zum 1. 1.

37 In den ersten sechs Monaten betrug die Einkommensgrenze für zusammenlebende Eltern (verheiratet oder unverheiratet) zunächst 51.130 Euro, für Alleinerziehende 38.350 Euro. Die generell niedrigere Einkommensgrenze ab dem siebten Monat wurde zum 1. 1. 2001 erhöht: auf 16.470 Euro für

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2004 wiederum partiell gesenkt wurden,[38] die Möglichkeiten zur (gleichzeitigen) Teilzeitarbeit für beide Elternteile wurden erweitert. Ein Jahr der insgesamt dreijährigen Elternzeit kann mit Zustimmung des Arbeitgebers auf die spätere Zeit bis zur Vollendung des achten Lebensjahres des Kindes verschoben werden.

Zurück in die achtziger Jahre: Anlässlich der Reform der Hinterbliebenenrenten zum 1. Januar 1986 wurde ein ‚Babyjahr' als anrechnungsfähige Beitragszeit in die Rentenversicherung eingeführt. Seit In-Kraft-Treten der Rentenreform von 1992 werden drei Jahre für Geburten ab dem 1. Januar 1992 angerechnet. Die Anerkennung von Erziehungsarbeit bei der Rente war immerhin ein – zumindest symbolischer – Schritt in Richtung auf die Annäherung von Lohn- und Familienarbeit. Nach früheren Aussagen entsprechender Experten hätte dies gar nicht geschehen dürfen, weil damit die lohnarbeitsorientierte Systematik der Rentenversicherung durchbrochen werde. Der Renten steigernde Effekt der Anrechnung von Erziehungsleistungen hält sich jedoch in engen Grenzen. Die Renten erhöhen sich oft nur um ein Taschengeld; die tatsächlichen Ausfallzeiten und Verdienstminderungen, die durch Kindererziehung und Hausarbeit bei Frauen eintreten, werden nicht annähernd kompensiert, zumal lange Zeit nur 75 Prozent der durchschnittlichen Rentenwerte angesetzt wurden. Erst nach einem verfassungsgerichtlichen Urteil aus dem Jahre 1996[39] wurde der Rentenwert stufenweise auf 100 Prozent erhöht.

2.4. Rechtliche Gleichstellungsaktivitäten im Erwerbsleben

Mit den bisher genannten Reformen wurde eher die Familienrolle von Frauen leidlich sozial abgefedert und modernisiert, im Erwerbsleben gab es dagegen erst seit den achtziger Jahren Anzeichen dafür, dass nunmehr auch Diskriminierungen im Erwerbsleben abgebaut werden sollten. 1980 trat endlich das (arbeitsrechtliche) *Gleichbehandlungsgesetz* in Kraft. Im Zuge einer Anpassung bundesdeutschen Rechts an Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft wurden in das BGB *Diskriminierungsverbote* im Hinblick auf das Geschlecht aufgenommen (§ 611a ff. BGB). Auch dieser Akt des Gesetzgebers – noch unter sozialliberaler Regierungsverantwortung – war eine allenfalls halbherzige Pflichtübung: Die Nicht-Einhaltung des Diskriminierungsverbots blieb faktisch folgenlos. Ein schuldhafter Verstoß gegen die geforderte Gleichbehandlung sollte nach dem Gesetzeswortlaut nur den Ersatz der Portokosten („Vertrauensschaden") für die vergebliche Bewerbung einer Frau auf eine Stelle nach sich ziehen. Mit Hilfe des Euro-

zusammen lebende Eltern, 13.498 Euro für Alleinerziehende. Diese Einkommensgrenze wird durch jedes weitere (ab 2003 geborene) Kind um 3.140 Euro erhöht.

38 Zum 1. 1. 2004 wurden die Beträge des Erziehungsgeldes geringfügig gekürzt von monatlich 307 auf 300 Euro bzw. 460 auf 450 Euro bei Budgetierung. Auch die Einkommensgrenzen in den ersten sechs Monaten wurden gesenkt auf 30.000 Euro für Verheiratete und 23.000 für Alleinerziehende. Die Einkommensgrenzen ab dem siebten Monat wurden aufgerundet auf 16.500 Euro für zusammenlebende Eltern und 13.500 Euro für Alleinerziehende. Der Anspruch auf Erziehungsgeld entfällt völlig, wenn das Jahreseinkommen über 22.086 Euro bei zusammenlebenden Eltern mit einem Kind bzw. über 19.086 Euro bei Alleinerziehenden mit einem Kind steigt.

39 BVerfGE 94, 241-267.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

päischen Gerichtshofs[40] und einiger deutscher Arbeitsgerichte wurde wenigstens die Höhe des Schadensersatzes in einen Bereich mit möglicher Sanktionswirkung aufgestockt. Auch das Bundesverfassungsgericht unterstrich 1993 die Notwendigkeit einer effektiven Diskriminierungssanktion.[41] Deutsche Arbeitsgerichte sprachen bis zu sechs Monatsgehälter „Schmerzensgeld" zu.

Durch das „Zweite Gleichberechtigungsgesetz" wurden 1994 einige Veränderungen der BGB-Regelungen vorgenommen, aber eher im verschlechternden Sinne. Statt effektive Kompensationsbeträge als Sanktion und Schadensersatz/Entschädigung ohne Voraussetzung des Verschuldens zu normieren, beschloss der deutsche Gesetzgeber 1994 sogar noch eine Begrenzung der Entschädigungsbeträge auf höchstens drei Monatsgehälter und behielt die Verschuldensvoraussetzung ausdrücklich bei. Außerdem wurden zusätzliche Hürden (zum Beispiel durch Fristen) für diskriminierte Personen aufgestellt. So kam es zu einem weiteren Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof, welches deutlich machte, dass der deutsche Gesetzgeber erneut gegen europäisches Recht verstoßen hatte.[42] Inzwischen wurde mit Gesetz vom 29. Juni 1998 auf Minimalniveau nachgebessert. Das europäisch-nationale Pingpong-Spiel zeigt, wie widerspenstig sich die Bundesrepublik in der Vergangenheit gegenüber dem europäischen Bemühen um eine rechtliche Gleichstellung von Arbeitnehmerinnen gezeigt hat. Insofern ist auf den Europäischen Gerichtshof als Korrekturinstanz auch nach einigen frauenpolitisch enttäuschenden Urteilen durchaus noch zu zählen.[43]

Trotz der Obstruktionspolitik auf deutscher Ebene wurden seit dem Beginn der neunziger Jahre immerhin kleine Schritte zur Erreichung von mehr Gleichheit und weniger Diskriminierung im Arbeitsrecht durchgesetzt. In erster Linie zu nennen sind hier landesrechtliche Quotierungs- und Frauenfördergesetze für den öffentlichen Dienst. Frauenbeauftragte bzw. Gleichstellungsstellen existieren heute fast überall in der öffentlichen Verwaltung.[44] Sie haben eine Querschnittaufgabe zu erfüllen und sind kompetenz- und statusrechtlich in der Regel unterausgestattet. Ihre Erfolge bestehen oft hauptsächlich in einer Klimaverbesserung für die beschäftigten Frauen und/oder das Bürgerinnen-Publikum. Alle Bundesländer besitzen mittlerweile Gleichstellungsgesetze. Darin enthalten sind mehr oder weniger verbindliche Quoten- bzw. Vorrangbestimmungen zugunsten von Frauen. Insoweit unter föderalistischen Druck geraten, sah sich der Bund aufgerufen, ein Frauenfördergesetz für die Bundesverwaltung zu verabschieden, was 1994 im Rahmen des Regelungspakets des „Zweiten Gleichberechtigungsgesetzes" geschah. Die festgelegte Ergebnisquote war jedoch sehr schwach, da auf jegliche Sanktion verzichtet wurde. Die seitdem eingetretenen Steigerungen des Frauenanteils in der Bundesverwaltung sind wenig spektakulär und wohl nicht auf die gesetzlichen Maßnahmen

40 z. B. EuGH vom 10. 4. 1984, Rs. C-14/83, Colson/Kamann, Slg. 1984, 1891.

41 BVerfGE 89, 276-291.

42 EuGH vom 22. 4. 1997, Rs. C-180/95, Draehmpaehl, Slg. 1997, I-2195.

43 Vgl. Berghahn, Sabine: Zwischen marktvermittelter Geschlechtergleichheit im europäischen „Herrenclub" und den patriarchalischen Traditionalismen von Mitgliedstaaten: Gibt es einen „Mehrwert" der europäischen Gleichheitsentwicklung für Frauen? In: femina politica, Heft 2, 1998, S. 46-55, und dies.: Supranationaler Reformimpuls versus mitgliedsstaatliche Beharrlichkeit. In: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 33-34/2002, S. 29-37.

44 Vgl. Schiek u. a.: Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder. Köln 2002, 2. Auflage.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zurückzuführen. Die rot-grüne Regierung besserte daher im November 2001 das Gesetz nach („Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz"), indem Förderungsmaßnahmen verbindlicher gemacht wurden.

1994 blieb die Chance ungenutzt, über die faktische Bundeskompetenz für die Gesetzgebung zum Arbeitsrecht (eigentlich konkurrierende Gesetzgebung) wenigstens einen Teil der Förderungsgebote auf die Privatwirtschaft zu übertragen. Auch die rot-grüne Bundesregierung setzte ebenfalls auf eine freiwillige Frauenförderung durch die Wirtschaft. Sie legte in ihrer ersten Amtsperiode das Vorhaben eines verbindlichen Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft vorerst ad acta. Als zu groß empfand der Kanzler offenbar den Widerstand von Wirtschaftsführern. Dabei lag bereits ein prozedural angelegter und durchaus kompromissgeneigter Entwurf einer Expertinnengruppe unter der Führung von Heide Pfarr vor.[45] Er hätte zumindest den ersten Einstieg in eine aktive Förderung der Gleichstellung bedeutet und so die Möglichkeit geboten, das Prinzip des Gender Mainstreaming auch auf den nichtstaatlichen Bereich zu übertragen. So bleibt zunächst nur die Möglichkeit, Frauenförderung in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen festzulegen.

Soweit also überhaupt normative Verbesserungen zu verzeichnen sind, sind sie zum Teil nur für wenige Frauen anwendbar. Beispielsweise für Frauen, die die nötigen Qualifikationsvoraussetzungen und hinreichenden Ehrgeiz mitbringen, Männern in deren klassischen Domänen Konkurrenz zu machen. Diesen spezifischen Verrechtlichungen stehen allgemeine Verschlechterungen und Deregulierungen der vergangenen Jahre gegenüber, die sich zwar geschlechtsneutral verstehen, Frauen aber faktisch in großer Zahl und in signifikanter Weise nachteilig betreffen. So trafen Verschlechterungen bei der Lohnfortzahlung und Einschränkungen des Kündigungsschutzes, wie sie in den neunziger Jahren von der Kohl-Regierung eingeführt und von der rot-grünen Bundesregierung wieder rückgängig gemacht wurden, Frauen in besonderem Maße, da sie im Durchschnitt weniger verdienen und öfter in Klein- und Familienbetrieben arbeiten. Seit dem Jahre 2003 werden wieder Einschnitte beim Kündigungsschutz diskutiert, zum Teil sind sie schon realisiert, so dass der Abbau von Schutzrechten offenkundig weiter geht.

Abgesehen von häufigen legislativen Veränderungen, die das Vertrauen in arbeits- und sozialrechtliche Regelungen insgesamt schwinden lassen, ist die fortschreitende Erosion des Normalarbeitsverhältnisses für Frauen besonders bedeutsam. Sie äußert sich u. a. in zunehmend erleichterten Befristungen, womit Arbeitgeber das Risiko des Ausfalls wegen Schwangerschaft und Erziehungszeit mindern können, und in allen möglichen Formen der Teilzeitarbeit.[46] Immer beliebter bei Arbeitgebern wurde die geringfügige Beschäftigung, für die bis 1999 keine Sozialabgaben gezahlt werden muss-

45 Vgl. Pfarr, Heide (Hrsg.): Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft. Edition der Hans-Böckler-Stiftung, Nr. 57. Düsseldorf, 2001.

46 Während 1998 40 % der weiblichen Beschäftigten in Westdeutschland in Teilzeit arbeiteten, taten dies nur 5 % der männlichen Beschäftigten. In Ostdeutschland ist die Quote teilzeitarbeitender Frauen viel niedriger (1998: 22 %) (Klammer , Ute et al.: WSI-Frauendatenreport, Berlin, 2000, S. 167). Bei den befristeten Arbeitsverhältnissen liegen die Frauen mit 11,1 % aller abhängig Beschäftigten (1996) ebenfalls vorn (Männer: 9,9 %) (Maier, Friederike: Entwicklung der Frauenerwerbstätigkeit in der Europäischen Union. In: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 52/, S. 15-27, 21).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ten.[47] Auch diesbezüglich hat die rot-grüne Koalition eine Reform vorgenommen. Es wurde eine besondere Renten- und Krankenversicherungspflicht für Arbeitgeber eingeführt, für die ArbeitnehmerInnen bleibt das Erwerbseinkommen weiterhin steuer- und abgabenfrei, wenn es ihr einziges Arbeitsverhältnis ist bzw. die Grenze nicht überschritten wird. Die ArbeitnehmerInnen erhalten jedoch nicht die vollen Regelleistungen aus der Sozialversicherung. Für die Rente können sie diese nur durch freiwillige Aufstockung des Beitrags erreichen.

Die angesprochene gesetzliche Förderung der geringfügigen Beschäftigung deutet an, dass in den letzten 20 Jahren immerhin eine gewisse Mindestschutzsicherung der Teilzeitarbeit stattgefunden hat. Der erste Schritt erfolgte 1985 mit dem Beschäftigungsförderungsgesetz. Die rot-grüne Bundesregierung setzte auch auf diesem Gebiet eine gesetzliche Neuerung durch: das „Teilzeit- und Befristungsgesetz" (TzBfG), das zum 1. Januar 2001 in Kraft trat. Übernommen wurden die Mindestschutzregelungen für Teilzeitarbeitsverhältnisse, neu ist jedoch ein allgemeiner Anspruch auf Teilzeitarbeit für Vollzeitbeschäftigte. Die zum selben Termin in Kraft getretene Reform des Bundeserziehungsgeldgesetzes stellt einen solchen Anspruch noch gezielter für Eltern zur Verfügung.

Seit dem Winter 2002/2003 wurden die so genannten Hartz-Vorschläge zur Reform der Arbeitsmarktpolitik und seit dem Frühjahr 2003 die so genannten Reformen der „Agenda 2010" schrittweise in Gesetzesform gegossen. Das „männliche Ernährermodell" erlebt dadurch sowohl im Bereich der Arbeitsförderungsmaßnahmen der Bundesanstalt für Arbeit als auch im Recht der Sozialleistungen eine gewisse Renaissance. Bei den Maßnahmen der Arbeitsämter sollen „Personen mit Unterhaltspflichten" (FamilienernährerInnen) durch die neu geschaffenen „Personalserviceagenturen" besonders gefördert werden; im Sozialrecht wurde die Anrechnung von Partnereinkommen bei der Sozial- und Arbeitslosenhilfe erweitert. Arbeitslose Ehefrauen mit verdienendem „Ernährer" haben somit faktisch noch geringere Chancen auf Vermittlung und Arbeitslosen- bzw. Sozialhilfe, die zukünftig zusammengelegt werden.

2.5. Die beiden „verunglückten" Abtreibungsreformen

Die Neue Frauenbewegung war 1971 mit einer Zeitschriftenkampagne („Ich habe abgetrieben") und der Forderung nach Abschaffung des § 218 StGB angetreten. Dem wurde 1974 durch einen parlamentarisch mühsam errungenen Liberalisierungsakt Rechnung getragen: Der Bundestag verabschiedete eine *Fristenregelung*. Eine schwangere Frau sollte nach eigenem Entschluss und ärztlicher Beratung in den ersten zwölf Wochen der Schwangerschaft abtreiben dürfen. Dieses Gesetz trat jedoch nie in Kraft, da die Bundestagsminderheit und mehrere Landesregierungen eine einstweilige Anordnung beim Bundesverfassungsgericht durchsetzten. Das Karlsruher Gericht entschied im Februar 1975 gegen die Abtreibungsmöglichkeit auf Verlangen der Frau und verlangte eine *In-*

47 Besonders nahm der Anteil der teilzeitbeschäftigten Frauen mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von unter 15 Stunden zu. Er betrug im Jahre 1991 noch 5,8 % aller beschäftigten Frauen und stieg bis 1998 auf 10,4 %. Bei den Männern stieg er von 0,7 % auf 2,0 % (Klammer et al., a. a. O. S. 163).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dikationsregelung[48], die 1976 als Gesetz in Kraft trat. Fortan konnte ein Arzt oder eine Ärztin der Frau bescheinigen, dass ein berechtigter Grund für einen Abbruch (Indikation) vorliege. Das Gesetz sah vier Indikationen vor: die medizinische (Leben oder Gesundheit der Frau gefährdet), die embryopathische (Gefahr einer schweren Missbildung des Kindes), die kriminologische (bei strafbarer Vergewaltigung) und die „allgemeine Notlagenindikation". Die letztere wurde am weitaus häufigsten ausgestellt und meist auf soziale Gründe gestützt.

Ähnlich zwiespältig wie der erste Versuch einer Abtreibungsrechtsreform endete auch der zweite: Die nach der deutschen Vereinigung 1992 verabschiedete Fristenregelung mit Pflichtberatung (Schwangeren- und Familienhilfegesetz) wurde wiederum vom Bundesverfassungsgericht am 28. Mai 1993 spektakulär in wesentlichen Teilen verworfen.[49] So verlangte die Mehrheit des Zweiten Senats, dass der nicht nach ärztlicher Indikation[50], sondern lediglich nach Beratung erfolgende Abbruch als *Unrecht* zu gelten habe und infolgedessen grundsätzlich von der Frau selbst bezahlt werden müsse. Gleichwohl bestätigte der Zweite Senat den Reformgedanken des (zeitlich begrenzten und zusätzlich bedingten) Abschieds von der Strafdrohung, was 1995 in einem anpassenden Gesetz geregelt wurde.

Dieser zweite gesetzgeberische Versuch, in der Bundesrepublik eine Fristenregelung mit selbstbestimmter Entscheidung der Frau und Rechtfertigungswirkung einzuführen, war in entscheidender Weise durch die deutsche Vereinigung ausgelöst worden. Im Einigungsvertrag hatte man einen entsprechenden Auftrag formuliert (Art. 31 Abs. 4). Die freie Abtreibungsmöglichkeit in den ersten zwölf Wochen einer Schwangerschaft war nach dem Verlust vieler sozialer Schutzrechte von Frauen in Ostdeutschland sozusagen zur letzten Bastion ihrer Gleichberechtigung geworden. Da die Forderung nach einer Fristenregelung in Ost und West zudem Bevölkerungsmehrheiten hinter sich hatte,[51] wollte sich nicht einmal die Fraktion der CDU ganz und gar dem Liberalisierungsdruck versperren. Es kam im Frühsommer 1992 zu einer Sternstunde des Parlaments, in der sich eine Mehrheit quer zur Trennungslinie von Regierung und Opposition fand. Obwohl das Gesetz sehr kompromisshaft zugeschnitten war, gelang es aber nicht, die unterlegenen Abgeordneten und das Bundesverfassungsgericht einzubinden. Interessen,

48 BVerfGE 39, 1-95.

49 BVerfGE 88, 203-366.

50 Da im Reformgesetz von 1992 die allgemeine Notlagenindikation („soziale Indikation") zugunsten einer selbstbestimmten Entscheidung zum Abbruch (nach Beratung), die Rechtfertigungswirkung haben sollte, abgeschafft worden war, verblieben im Reformgesetz lediglich die medizinische, die embryopathische und die kriminologische Indikation. Das Bundesverfassungsgericht erklärte die Rechtfertigungswirkung des beratenen Abbruchs 1993 für verfassungswidrig und die allgemeine Notlagenindikation für endgültig abgeschafft, so dass sie nicht zur Ergänzung der Beratungsregelung (ohne Rechtfertigungswirkung) wieder eingeführt werden konnte. 1995 wurden die verfassungsgerichtlichen Vorgaben weitgehend in eine strafrechtliche Gesetzesregelung umgesetzt. Dabei wurde allerdings die embryopathische Indikation in die medizinische integriert.

51 Laut einer EMNID-Umfrage im Jahr 1991 sprachen sich 56 % der Westdeutschen und 78 % der Ostdeutschen für eine Straffreiheit der Abtreibung (generell oder im Rahmen der Fristenregelung) aus (vgl. Gerhards, Jürgen/Neidhardt, Friedhelm/Rucht, Dieter: Zwischen Palaver und Diskurs. Strukturen öffentlicher Meinungsbildung am Beispiel der deutschen Diskussion zur Abtreibung, Opladen, 1998, S. 19).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Stimmungen und Befindlichkeiten der ostdeutschen Bevölkerung spielten beim anschließenden Normenkontrollverfahren vor dem Bundesverfassungsgericht nun keine Rolle mehr.

Das Urteil vom 28. Mai 1993 ist eine Mischung aus konservativer Wertordnungsjudikatur und Anpassung an die kompromisshaft liberalisierende Gesetzgebungsräson. Die Ausdehnung der vollen Grundrechtsträgerschaft und des Tötungsverbotes auf das ungeborene Leben ist verfassungsdogmatisch fragwürdig. Die gegebene Begründung, dass auch der einzelne Embryo/Fötus von Anfang an (genetisch) menschliches Leben sei und „daher" unter den Schutz der Grundrechte (Würde und Recht auf Leben) falle, kann logisch nicht überzeugen, weil hier von biologischen Tatsachen auf eine bestimmte Normativität geschlossen wird. Mit dieser rechtsdogmatischen Prämisse entstehen erhebliche Grundrechtswidersprüche. Wenn nämlich prinzipiell gleiche Grundrechte für geborene und ungeborene Menschen statuiert werden, müsste auch ein weitgehend gleicher Schutz vor Tötung von der Rechtsordnung vorgesehen sein. Da Abtreibung jedoch – nach Indikation (als gerechtfertigt) wie auch nur nach Beratung (als im höheren Interesse hinzunehmendes „Unrecht") – gesetzlich zugelassen wurde, kann von einem gleichen oder äquivalenten Schutz durch die Rechtsordnung nicht die Rede sein. Die verfassungsgerichtliche Grundrechtsinklusion des ungeborenen Lebens bleibt also ohne praktische Rechtsfolgen, schränkt aber die Grundrechtsgeltung für (ungewollt) schwangere Frauen auf der Ebene der symbolischen Ordnung massiv ein.

So war es nicht verwunderlich, dass das Urteil keine der politischen und ideologischen Konfliktparteien wirklich überzeugen und zufrieden stellen konnte. Katholische Kirche und selbst ernannte Lebensschützer sahen ihre Position zwar ‚dem Grunde nach' vom Zweiten Senat bestätigt, die statuierten Rechtsfolgen und ihre praktischen Auswirkungen stehen jedoch diametral zu dem eigenen Begründungsansatz. Feministinnen, AnhängerInnen der gesetzgeberischen Reform und VertreterInnen einer liberalen Verfassungslehre konnten mit der Entscheidung ebenfalls nicht zufrieden sein. Dem Selbstbestimmungsrecht von schwangeren Frauen, die unzweifelhaft Grundrechtsträgerinnen sind, wurde verfassungsdogmatisch kein eigener Stellenwert eingeräumt. Die VertreterInnen der Reform sahen ihr demokratisches Ringen um einen Kompromiss durch dieses Urteil abgewertet. Aus der Perspektive einer liberalen Verfassungsauslegung erschien das Urteil als autoritärer Akt, der das Gebot der richterlichen Selbstbeschränkung (judicial self-restraint) zulasten der Demokratie missachtet, partikulare Werte und persönliche Glaubenselemente in das Grundgesetz hineinprojiziert und den (wohl vergeblichen) Versuch unternimmt, der Gesellschaft Werthomogenität zu verordnen.

3. *Fazit: Wie weit ist die Schnecke gekommen?*

Fassen wir also zusammen: Die verfassungsrechtliche Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG hat über die Jahrzehnte hinweg einen insgesamt positiven Verlauf genommen. Das Bundesverfassungsgericht hat sich von Anfang an dafür entschieden, die Gleichberechtigung als vollgültige, praxisrelevante Norm zu betrachten und hat im Laufe der Ent-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wicklung auch seine zunächst traditionalistischen Ausnahmedefinitionen teilweise korrigiert. Das Gericht ist nicht der Versuchung erlegen, Gleichberechtigung als lediglich formale Anforderung, nur im Sinne von Gleichbehandlung und Geschlechtsneutralität aller Regelungen, zu begreifen und hat – mit dem Nachtarbeitsbeschluss von 1992 – zumindest theoretisch den Weg für die Verfassungserweiterung um ein Staatsziel der Gleichstellungsförderung (1994) eröffnet. In einem Konfliktfall angewendet hat das Bundesverfassungsgericht die Formel von der aktiven Gleichstellungsförderung als Ausnahme von der formalen Gleichbehandlung bislang aber noch nicht.

Kritisch ist anzumerken, dass die Entwicklung lange, nämlich ein halbes Jahrhundert, gedauert hat. Einsichten wurde immer erst dann Raum gegeben, als die „Spatzen" des öffentlichen Bewusstseins Entsprechendes bereits „von den Dächern pfiffen". Auch ist die Anwendung der jeweiligen Kriterien nicht einheitlich und zum Teil widersprüchlich, es bestehen gerade im Hinblick auf zukünftig relevante Themen wie die Bekämpfung „mittelbarer Diskriminierung" und die Zulässigkeit „positiver Maßnahmen" erhebliche Anwendungsunsicherheiten – und natürlich jede Menge gesellschaftliche und politische Interessenkonflikte. Letztlich besteht eine größere Neigung zur Beschränkung auf eine formal egalisierende Strategie, die einen Großteil der sozialen Wirklichkeit ausblendet, aber besser anschlussfähig ist gegenüber der meist vorherrschenden, tendenziell den geschlechterpolitischen Status quo bestätigenden Realpolitik.

Die vergangenen 55 Jahre zeigen zudem, dass die Mobilisierung für Fraueninteressen selten gelingt und das Beharrungsvermögen so altehrwürdiger Institutionen wie der Sozialversicherung oder des steuerlichen Ehegattensplittings enorm ist. Zu allem Überfluss wachsen auch noch die sozialen und gesellschaftlichen Unterschiede und Meinungsverschiedenheiten zwischen Frauen, so dass es immer schwieriger wird, Fraueninteressen überhaupt konsensual zu vertreten. Der Horizont einer völligen Gleichstellung der Geschlechter dürfte für die Schnecke also wohl niemals erreichbar sein.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

II. Recht und Wirklichkeit

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Der Gesetzgeber und die Interessen der Frauen

Ursula Nelles

1. Einige Gedanken zur „gläsernen Decke"

Der Spiegel stellte unlängst zum Stichwort „Universitäten" die überraschte Frage „Warum gibt es in Deutschland so wenig Professorinnen?"[1] um sie dann zu verallgemeinern: „Weshalb gehen so viele Frauen auf dem Weg zu Spitzenpositionen verloren?"[2] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

„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.[3] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.[4]

„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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

rend wirken, ist deshalb heute weitgehend unstreitig. 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 Paragrafen 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 verräterisch – 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-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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[5] 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."[6]

Abgeordneter Eyrich: „Der Staat hat nichts in den Ehebetten seiner Bürger zu suchen."[7]

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."[8] Dem schloss sich die Mehrheit an und der Gesetzentwurf enthielt keine Änderungsvorschläge zu § 177 StGB.

Das 4. StrRG wurde aber wegen des vorzeiten 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, „Empfiehlt 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- 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[9] 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.[10] Dieser Antrag wurde im Bundesrat ohne Diskussion abgelehnt mit nur einer Gegenstimme, der des hessischen Ministerpräsidenten.[11] Das 4. StrRG wurde ohne Änderung des § 177 StGB verabschiedet.[12]

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".[13] 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?"[14] Petra Kelly fragte dann den Abgeordneten Kleinert von der CDU sehr direkt, ob er dafür sei, die Vergewaltigung in

9 BTDrucks 7/80.
10 BRDrucks 441/3/73 und 441/4/73.
11 Verhandlungen des BR, 396. Sitzung, S. 243, 251.
12 BGBl I vom 23. 11. 1973, S. 1725 ff.
13 Verhandlungen des BT, 10. WP, 3. Sitzung am 30. 3. 1983, S. 34 ff.
14 Verhandlungen des BT, 10. WP, 5. Sitzung vom 5. 5. 1983, S. 249.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.[15]

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,[16] 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.[17] Es folgte die SPD-Fraktion mit einem ähnlichen Entwurf[18], 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[19] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Als Nächstes beschloss man knapp vier Monate später, im März 1984, im Rechtsausschuss[20], 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.[21] Darüber hinaus sollte die Bundesregierung ersucht werden, auf der Grundlage einer Untersuchung von Helmken[22] 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.[23] 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,[24] in der darauf folgenden Sitzung dann aber für Juni 1986, also für ein Jahr später, angesetzt. Die Anhörung wurde tatsächlich durchgeführt,[25] aber kurz vor der Sommerpause, so dass der Ausschuss die Beratung über die Ergebnisse der Anhörung leider auf den Herbst[26] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.[27]

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[28] und der Grünen[29] 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[30] 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![31] Ähnliches geschah mit einem entsprechenden Gesetzesantrag, den das Land Hamburg in den Bundesrat eingebracht hatte.[32]

Ein Jahr später, im Juni 1988, mussten die Anträge dann doch mal wieder auf die Tagesordnung des Rechtsausschusses gesetzt werden.[33] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.[34] 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[35] brachten die Grünen einen weiteren Änderungsantrag im Bundestag ein.[36] 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.[37] Der Entwurf wurde an die Ausschüsse überwiesen[38] 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[39]
- 28. November 1991: Initiative des Landes Rheinland-Pfalz im Bundesrat[40]
- 29. November 1991 Beschluss des Bundesrates, den Entwurf Hamburgs in den Bundestag einzubringen[41]

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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

- 12. Dezember 1991: Antrag der SPD-Fraktion im Bundestag42
- 26. Februar 1992: Antrag des Bundesrates[43]
- 24. September 1992: Antrag der Grünen-Fraktion im Bundestag[44]

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,[45] bis auch diese 12. Legislaturperiode ergebnislos vorüberging.

In der nächsten, der 13. Wahlperiode, wurden dann alle bisherigen Entwürfe erneut eingebracht,[46] ergänzt um einen Entwurf der PDS.[47] 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.[48] So wurde dann, wenn auch erheblich später, endlich auch ein Entwurf der CDU/CSU-Fraktion und der FDP[49] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Legislaturperiode wurde nur noch gefeilscht, ob man eine Widerspruchs- oder eine Versöhnungsklausel 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[50] sowie dessen Beschlussempfehlung[51] zogen weitere Zusatz- und Änderungsanträge nach sich,[52] und schließlich hatte man es mit noch vier Gesetzentwürfen und einem Antrag zu tun, die im Bundestag in 2. und 3. Lesung beraten wurden.[53]

Am 24. Mai 1996 wurde der Entwurf der Regierungsfraktionen 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.[54] Der Vermittlungsausschuss empfahl die Streichung der Widerspruchsklausel.[55] Im Oktober 1996 lehnte der Bundestag den Vermittlungsvorschlag ab.[56] Der Bundesrat erhob Einspruch.[57] 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.[58] 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.[59]

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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vom 5. Juli 1997 bis zum 31. März 1998[60] galt danach folgende Fassung des entsprechenden Paragrafen 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.[61] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.[62] 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. 1 S. 099989 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 zusammensetzt, 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

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 „zahm". 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, das rund 6,3 Millionen Jungen zu den 42,6 Millionen Frauen hinzuziehen wären.[63] 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.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sexuelle Belästigung – ein juristisch unscharfer Sachverhalt?

Alexandra Goy

Der weltweit spektakulärste Fall von sexueller Belästigung am Arbeitsplatz fand sein Ende durch die Verhängung einer Geldstrafe von 50.000 $ und ein fünfjähriges Berufsverbot als Anwalt für den früheren Präsidenten der Vereinigten Staaten. Diese Sanktionen waren zwar nicht Folge der Tatsache, dass Herr Clinton eine Auszubildende zur Vornahme von sexuellen Handlungen an ihm veranlasste, sondern der Tatsache, dass er dazu offensichtlich falsche Angaben machte. Immerhin handelte es sich aber um Sanktionen. Ich habe Zweifel, ob eine solche Reaktion seitens der Justiz in Deutschland denkbar wäre. Dies liegt nicht nur an den prüderen und puritanischen Sexualvorstellungen in den USA, sondern auch an dem dort stärker ausgeprägten Problembewusstsein und den gesetzlichen Sanktionsmöglichkeiten bei sexueller Diskriminierung am Arbeitsplatz. Solche Grenzverletzungen stellen in den USA ein großes Risiko für den Arbeitgeber dar. Sie haben für uns unvorstellbar hohe Summen von Schmerzensgeld und Schadensersatz zur Folge. Es geht um Summen von 100.000 bis 500.000 $. Davon sind wir in Deutschland und Europa weit entfernt.

Der Gedanke eines angemessenen *Schadensersatzes* für die von einer sexuellen Diskriminierung betroffene Person als ‚abschreckende Wirkung' für den Arbeitgeber taucht erstmalig in dem Vorschlag der Europäischen Kommission für die Änderung der Richtlinie 76/207/EWG „zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen" auf. Sie wurden in der ersten Hälfte des Jahres 2002 beschlossen. In der Bundesrepublik existiert ein Anspruch auf *Schmerzensgeld* bei sexueller Diskriminierung nur nach den allgemeinen Vorschriften des BGB gem. § 847 i. V. m. § 823 Abs. 1 und 2, der die Verpflichtung zur Zahlung von Schadensersatz bei vorsätzlicher oder fahrlässiger Verletzung des Körpers, der Gesundheit etc. einer anderen Person enthält. Diese Vorschriften spielen in der Praxis jedoch kaum eine Rolle, ebenso wie § 628 Abs. 2 BGB, der den Arbeitgeber im Fall der Eigenkündigung einer am Arbeitsplatz sexuell diskriminierten Frau zu *Schadensersatz* verpflichtet, wenn dieser keine geeigneten Maßnahmen zu ihrem Schutz unternommen hatte.

Eine Bemerkung ist vorweg noch zu machen: Ich verwende grundsätzlich bei den von sexueller Belästigung betroffenen Personen die weibliche Form. Dies ist einerseits empirisch begründet, denn alle einschlägigen Untersuchungen zeigen, dass Frauen in erheblich höherem Maße von sexueller Belästigung betroffen sind.[1] Zum anderen zeigte

1 Vgl. dazu Holzbecher, Monika u. a.: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. In: Schriftenreihe des Bundesministers für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit, Band 260, Stuttgart/Berlin/Köln 1990; Dupuis, Monique/Emmenegger, Barbara/Gisler, Priska: anmachen – platzanweisen. Soziologische Untersuchung zu sexueller Belästigung in der höheren Ausbildung. Bern/Stuttgart/Wien 2000.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sich aber erst durch die auch juristische Beschäftigung mit Fragen der Verwirklichung der Gleichstellung von Frauen, dass das Problem der sexuellen Belästigung kein Kavaliersdelikt ist, sondern in Gesetzgebung und Rechtsprechung zu behandeln sei.

1. Das Beschäftigtenschutzgesetz

Die juristischen Konsequenzen sexueller Diskriminierung am Arbeitsplatz ergeben sich für Arbeiterinnen und Angestellte in der freien Wirtschaft aus den dienstlichen Vorschriften. Seit dem 1. September 1994 gibt es ein Spezialgesetz, das Beschäftigtenschutzgesetz (BeschSchG). Es setzt die Entschließung des EG-Rates von 1990 zum „Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz" um, in der sexuelle Belästigungen als Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der Richtlinie 76/207/EWG gewertet werden und somit als Diskriminierung anzusehen sind. Es gilt für alle Arbeitnehmerinnen im öffentlichen Dienst, des Bundes, der Länder und in der Privatwirtschaft. Darunter fallen auch Soldatinnen, Studierende, Promovierende und Habilitierende, soweit sie in einem Arbeitsverhältnis mit der Universität stehen. Das BeschSchG gilt aber analog auch für alle anderen Studierenden, Promovierenden, Stipendiatinnen, Privatdozentinnen etc., da sie Mitglied einer Hochschule sind.[2]

Während in der bis dahin ergangenen arbeits- und disziplinarrechtlichen Rechtsprechung bei sexueller Diskriminierung nur auf die Erhaltung des Betriebsfriedens und den Schutz der Persönlichkeit der Betroffenen abgestellt wurde, tritt mit dem Beschäftigtenschutzgesetz und seiner systematischen Verortung als Artikel 10 des Gleichberechtigungsgesetzes als weiteres Schutzrecht das primär geschlechtsspezifisch ausgeprägte Diskriminierungsverbot hinzu. Gemäß § 2 Abs. 3 BeschSchG ist sexuelle Diskriminierung am Arbeitsplatz eine Verletzung der arbeitsvertraglichen Pflichten oder ein Dienstvergehen. Arbeitgeber und Dienstvorgesetzte sind verpflichtet, die Beschäftigten vor sexueller Diskriminierung am Arbeitsplatz zu schützen, wobei dieser Schutz auch vorbeugende Maßnahmen enthält.

2. Bedeutung und Varianten präventiver Maßnahmen

Leider werden im Gesetz Art und Inhalt präventiver Maßnahmen nicht näher bezeichnet. Auch die gesetzliche Begründung enthält hierzu keine weiteren Erläuterungen.[3] Dies erstaunt umso mehr, als Interviews mit am Arbeitsplatz sexuell diskriminierten Frauen, die im Rahmen der Untersuchung im Auftrag des Bundesministeriums für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit durchgeführt und 1990 veröffentlicht wurde,

2 Schiek, Dagmar u. a.: Kommentar zu den Frauengleichstellungsgesetzen des Bundes und der Länder und dem Beschäftigtenschutzgesetz, Frankfurt a. M. 1996.

3 BTDrucks 12/5468, S.46.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ergaben, dass Frauen nicht so sehr an Sanktionen gegen die Belästiger interessiert sind, sondern an einem gleichberechtigten Arbeitsplatz ohne Belästigungen dieser Art. Präventive Maßnahmen sind also mindestens ebenso wichtig wie Sanktionen. Solche vorbeugenden Maßnahmen können zum Beispiel eine bewusste betriebliche Informations- und Personalpolitik sein, die zu einem antidiskriminierenden Verhalten sensibilisiert, etwa durch die angemessene Bekanntgabe der Vorschriften des BeschSchG durch Aushänge oder Aushändigen an alle Beschäftigten oder durch deren Verpflichtung zur Teilnahme an Fortbildungsveranstaltungen zu dieser Problematik. Nach § 5 BeschSchG ist lediglich der öffentlich-rechtliche Arbeitgeber verpflichtet, im Rahmen der beruflichen Aus- und Fortbildung von Beschäftigten die Problematik der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz sowie den Rechtsschutz der Betroffenen und die Handlungsverpflichtungen des Dienstvorgesetzten zu berücksichtigen. Die Privatwirtschaft ist von dieser gesetzlichen Verpflichtung nicht erfasst. Es wird von ihr dennoch erwartet, dass sie im Bereich der Aus- und Fortbildung eigeninitiativ tätig wird.

Auch der Abschluss von Dienstvereinbarungen und der Erlass von Richtlinien, die den Schutz vor sexueller Belästigung bzw. deren Verbot konkretisieren und die Diskriminierten motivieren, solche Verletzungen öffentlich zu machen, sowie Instrumente zur Überprüfung, ob kein frauenfeindliches Betriebsklima herrscht, sind geeignete Präventivmaßnahmen. Für besonders wirksam halte ich auch die Aufnahme des Verbots sexueller Gewalt und Diskriminierung in sämtliche Arbeitsverträge. Wichtig sind ebenfalls organisatorische und arbeitsplatzgestalterische Maßnahmen, die von den konkreten Bedingungen im jeweiligen Betrieb oder der jeweiligen Dienststelle abhängen. Folgende Maßnahmen kommen in Betracht:

- Arbeitsräume sollen grundsätzlich so gestaltet sein, dass der jeweils offene Raum vom Arbeitsplatz aus gut zu übersehen ist, während der Rücken geschützt ist, sodass niemand von hinten unbemerkt überrascht werden kann.
- Es sollten grundsätzlich geschlechtsspezifisch getrennte, abschließbare Umkleideräume eingerichtet werden.
- Eine übersichtliche Bauweise und großzügige Ausleuchtung der Räume erleichtert die Orientierung und schafft Sicherheit. Dies gilt insbesondere auch für Parkplätze etc.

3. Sanktionen nach sexueller Diskriminierung

Die Sanktionen infolge sexueller Diskriminierung sind in § 4 BeschSchG geregelt. Danach hat der Arbeitgeber die im Einzelfall angemessenen arbeitsrechtlichen Maßnahmen wie Abmahnung, Umsetzung, Versetzung oder Kündigung zu ergreifen. Hierbei handelt es sich um keine abschließende Aufzählung. Als geringster Eingriff kommen auf das Verhalten des Belästigers korrigierend einwirkende Maßnahmen in Betracht, zum Beispiel die nachdrückliche Ermahnung, das gesetzlich und seitens des Arbeitgebers bzw. Dienstvorgesetzten unerwünschte Verhalten künftig zu unterlassen. Möglich

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sind förmliche Verwarnungen und Verweise sowie Geldbußen, wobei letztere in der Praxis keine Relevanz haben. Der Kündigung als gravierendster Konsequenz im Fall von Beleidigungen und/oder Tätlichkeiten gegenüber Mitarbeiterinnen muss in der Regel keine Abmahnung vorausgehen, da der Arbeitnehmer von vornherein nicht mit einer Billigung seines Verhaltens rechnen kann. Eine Kündigung ist nicht nur bei erwiesener sexueller Belästigung zulässig, auch bei bestehendem Verdacht kommt eine fristlose Kündigung in Betracht. Allerdings muss der zu kündigende Arbeitnehmer vorher angehört werden und vor Ausspruch der Kündigung als Ultima Ratio nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit prinzipiell der Einsatz milderer Maßnahmen geprüft werden. Es kommt zum Beispiel eine Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz in Frage – wohlgemerkt eine Versetzung des Belästigers und nicht der belästigten Person, wie dies früher sehr häufig geschah. Denkbar ist auch die Verpflichtung zur Teilnahme an einer Fortbildungsmaßnahme im Sinne des § 5 BeschSchG.

Die dienstrechtlichen Maßnahmen wie Verweis, Geldbuße, Gehaltskürzung, Dienstgradherabsetzung, Entfernung aus dem Dienst, Kürzung des Ruhegehalts und Aberkennung des Ruhegehalts ergeben sich aus den Disziplinargesetzen des Bundes und der Länder. Sexuellem Fehlverhalten von Beamten wurde anders als im Arbeitsrecht bereits vor In-Kraft-Treten des BeschSchG in disziplinarrechtlichen Kommentierungen erhebliche Bedeutung zugemessen. In der disziplinarrechtlichen Rechtsprechung wurden sie als eine Verletzung der beamtenrechtlichen Wohlverhaltensklausel gewertet und geahndet.

4. Ansprüche, Beweislast und Beschwerderecht von diskriminierten Personen

Bei Verletzung der Schutzpflicht können Diskriminierte nach dem BeschSchG Ansprüche gegen ihren Arbeitgeber/Dienstvorgesetzten geltend machen. In Betracht kommen Ansprüche auf Unterlassung jeder Form von sexueller Belästigung bis hin zur Leistungsverweigerung, zum Beispiel auch der Ersatz von Kosten für Rechtsberatung oder therapeutische Behandlung. Gemäß § 4 Abs. 2 sind Beschäftigte mit Ausnahme von Soldatinnen und Soldaten sogar berechtigt, ihre Tätigkeit am betreffenden Arbeitsplatz ohne Verlust des Arbeitsentgelts und der Bezüge einzustellen. Dies gilt aber nur in Fällen des „unzweifelhaften Vorliegens einer sexuellen Belästigung".[4]

Die engen Tatbestandsvoraussetzungen sowie die fehlenden Konkretisierungen erschweren aber die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Leistungsverweigerungsrechts, da der Beschwerdeführerin die Beweislast für dessen Voraussetzung obliegt. Sie trägt damit auch das Beweisrisiko, was den Verlust des Entgeltanspruchs oder auch des Arbeitsplatzes zur Folge haben kann, wenn ihr dieser Beweis nicht gelingt. Es wird daher zu Recht kritisiert, dass das BeschSchG keine Beweiserleichterung wie § 611a BGB enthält, der das Benachteiligungsverbot wegen des Geschlechts bei Einstellung oder Beförderung regelt. Danach obliegt dem Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass nicht

4 Siehe § 4 Abs. 2 BeschSchG, Fn. 2 Rdnr. 2805.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

geschlechtsbezogene, sondern sachliche Gründe zu der Nichteinstellung einer Arbeitnehmerin geführt haben, wenn diese glaubhaft Tatsachen vorträgt, die eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vermuten lassen.

Auch der Vorschlag der Europäischen Union von Anfang 2000 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen enthält keinen Vorschlag für eine gesetzliche Beweiserleichterung. Eine solche ist aber Gegenstand der Richtlinie des Rates vom 27. November 2000. Für die Verwirklichung der Gleichbehandlung und des Schutzes vor Diskriminierungen wegen der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.[5] Gemäß Nr. 31 dieser Richtlinie ist eine „Änderung der Regeln für die Beweislast geboten, wenn ein glaubhafter Anschein einer Diskriminierung besteht. Zur wirksamen Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ist eine Verlagerung der Beweislast auf die beklagte Partei erforderlich, wenn eine solche Diskriminierung nachgewiesen ist." Ob diese Formulierung allerdings geeignet ist, zu einer wesentlichen Beweiserleichterung zu führen, erscheint mir sehr fraglich.

Wichtig, aber unzureichend geregelt, ist das Beschwerderecht für sexuell diskriminierte Personen in § 3 BeschSchG. Es besteht in zweierlei Hinsicht: Alle von sexueller Diskriminierung Betroffenen können sich an eine Beschwerdestelle wenden, bei der sie Anspruch auf eine psycho-soziale Beratung haben. Diese Stelle ist aber nicht befugt, die Beschwerde zu überprüfen und geeignete Maßnahmen zu ergreifen. Dies ist vielmehr allein Aufgabe der Arbeitgeber und Dienstvorgesetzten, an die die formalrechtliche Beschwerde zu richten ist und die verpflichtet sind, ihr nachzugehen. Die Frauenbeauftragte und Angehörige des Betriebs- und Personalrats können als InteressenvertreterInnen hinzugezogen werden. Ohne ergänzende Dienst- oder Betriebsvereinbarung kann § 3 BeschSchG aber nicht verhindern, dass einerseits Beschwerden nicht ernst genommen, nicht weiterverfolgt und nicht ernsthaft überprüft werden, oder andererseits gegen den Willen der Betroffenen undurchdacht und ohne Fachkunde ermittelt und behandelt werden. Den Beschwerdeführerinnen dürfen gemäß § 4 Abs. 3 BeschSchG keine beruflichen Nachteile entstehen. Es ist daher unzulässig, eine Frau innerhalb des Betriebes oder der Dienststelle umzusetzen oder sie bei Beförderung zu übergehen, weil sie sich über sexuelle Diskriminierung beschwert hat.

5. *Probleme der Legaldefinition von sexueller Belästigung*

Last, but not least, zu der Legaldefinition sexueller Belästigung in § 2 des BeschSchG:

> „Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist jedes vorsätzliche, sexuell bestimmte Verhalten, das die Würde von Beschäftigten am Arbeitsplatz verletzt. Dazu gehören:

5 Veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft vom 2. 12. 2000 L 303/16.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. sexuelle Handlungen und Verhaltensweisen, die nach den strafgesetzlichen Vorschriften unter Strafe gestellt sind, sowie
2. sonstige sexuelle Handlungen und Aufforderungen zu diesen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen, Bemerkungen sexuellen Inhalts sowie Zeigen und sichtbares Anbringen von pornografischen Darstellungen, die von den Betroffenen erkennbar abgelehnt werden."

Damit hat sich der Bundesgesetzgeber für eine restriktive Definition entschieden, die der Problematik der sexuellen Diskriminierung und Gewalt am Arbeitsplatz nicht ausreichend gerecht wird. Das Gesetz zielt nämlich ausdrücklich *nur* auf sexuelle Handlungen, sexuell bestimmte körperliche Berührungen und Bemerkungen sexuellen Inhalts und ausschließlich auf vorsätzliches Verhalten des Belästigers ab. Damit sind die Diskriminierungen aufgrund des Geschlechtes, die nicht ausschließlich sexuellen Bezug haben, nicht erfasst. Sie machen aber einen wesentlichen, wenn nicht den überwiegenden Teil der sexuellen Diskriminierungen am Arbeitsplatz aus. Es gilt auch nicht das Verursacherprinzip. Sexuelle Belästigung ist kein juristisch unscharfer Sachverhalt, sondern ist bisher im Rahmen des BeschSchG nicht angemessen definiert worden.

Eine dem Problem eher gerecht werdende Legaldefinition ist in einigen Landesgleichstellungsgesetzen enthalten. Zu erwähnen ist hier insbesondere § 12 Abs. 2 des Landesgleichstellungsgesetzes von Berlin, das Ende Dezember 1990 in Kraft getreten ist. Danach sind „sexuelle Belästigungen insbesondere unnötiger Körperkontakt, von der Betroffenen unerwünschte Bemerkungen sexuellen Inhalts, unerwünschte Bemerkungen, Kommentare oder Witze über das Äußere von Beschäftigten, Zeigen pornografischer Darstellungen am Arbeitsplatz sowie Aufforderung zu sexuellen Handlungen." Dies ist keine abschließende, sondern eine beispielhafte Aufzählung, die aber deutlich macht, dass auch ein nicht explizit sexueller Bezug, wie zum Beispiel alle unerwünschten Bemerkungen und Kommentare über das Äußere von Beschäftigten eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts und mithin eine sexuelle Diskriminierung darstellen. Die Bewertung obliegt der diskriminierten Person und nicht dem Belästiger. Die Angst vieler Interpreten des Gesetzes, nicht nur der Gerichte, Arbeitgeber oder Dienstvorgesetzten, damit sei der Begriff der sexuellen Belästigung nicht ausreichend bestimmt, sondern gerate aus den Fugen, weil jedwede Empfindlichkeit der Adressatin maßgebend sei, ist nicht gerechtfertigt. Die Bundesstudie über sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz von Holzbecher u. a.[6] stellt einen hohen Konsens in der Bewertung sexueller Belästigungen unter Frauen und darüber hinaus eine geschlechtsunabhängige, gemeinsame ethische Grundorientierung fest.[7] Frauen und Männer erkennen und bewerten vor allem folgende Handlungen in weitgehender Übereinstimmung und in einer ganz überwiegenden Mehrheit von 75 bis 100 % als sexuelle Belästigung. Aus der Studie:[8]

6 Holzbecher, Monika u. a., a. a. O., S. 49 ff., 189, 272.
7 Ebd., S. 93 f.
8 Ebd., S. 228.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

	Frauen	Männer
Pornografische Bilder am Arbeitsplatz	75 %	71 %
Anzügliche Bemerkungen über Figur und sexuelles Verhalten im Privatbereich	79 %	84 %
Unerwünschte Einladungen mit eindeutiger Absicht	84 %	90 %
Po-Kneifen oder Klapsen	82 %	93 %
Telefongespräche, Briefe mit sexuellen Anspielungen	89 %	95 %
Unerwartetes Berühren der Brust/Genitalien	94 %	96 %
Androhung beruflicher Nachteile bei sexueller Verweigerung	94 %	97 %
Versprechen beruflicher Vorteile bei sexuellem Entgegenkommen	94 %	98 %
Aufgedrängte Küsse	94 %	100 %
Zurschaustellung des Genitals	95 %	100 %
Aufforderung zu sexuellem Verkehr	94 %	100 %
Erzwingen sexueller Handlungen, tätliche Bedrohung	98 %	100 %

Männer wissen also sehr genau, wann sie sexuell belästigen und die Grenzen arbeitsvertraglicher Beziehungen überschreiten, ohne dass die Arbeitskollegin ihr Einverständnis dazu erklärt hat. Auch wenn statistisch nachgewiesen ist, dass die meisten Beziehungen und Ehen am Arbeitsplatz, an Ausbildungsstätten und Universitäten geknüpft werden, bedeutet dies nicht, dass von männlichen Arbeitskollegen, Vorgesetzten etc. die grundsätzliche Bereitschaft ihrer Kolleginnen zu sexueller Interaktion ohne weiteres unterstellt werden kann. Ein solches Denken entspricht – vorsichtig formuliert – vormodernen Alltagstheorien. Es darf also nicht erst auf erkennbare Ablehnung bei Beginn der sexuellen Aktion ankommen, worauf das BeschSchG abstellt, sondern eine eventuelle Bereitschaft zu sexueller Interaktion ist vorab zu eruieren. Auch wenn man auf die Bewertung der sexuellen Diskriminierung durch eine so genannte *reasonable person* bzw. *woman*, das heißt auf die Anschauensweisen und Empfindungen einer konstruierten durchschnittlich vernünftig denkenden Frau abstellt, wird man zu verlässlichen Ergebnissen kommen. Auf androzentrierte rechtliche Bewertungen, von denen die strafrechtliche Rechtsprechung zu den Sexualdelikten gemäß §§ 177, 178 StGB geprägt ist, auf die ich hier nicht näher eingehen möchte, kann es jedenfalls nicht ankommen.

Die Europäische Kommission geht ebenfalls davon aus, dass das Fehlen einer angemessenen allgemein gültigen Definition der sexuellen Belästigung die objektive Erfassung und Quantifizierung dieses Problems erschwert. Das Europäische Parlament und die Kommission haben in den „Praktischen Verhaltensregeln und Maßnahmen zur Bekämpfung sexueller Belästigungen und dem Schutz der Würde von Männern und Frauen am Arbeitsplatz" vom 4. 2. 1992 (ABL Nr. C-27/6) sexuelle Belästigung als „unerwünschtes Verhalten sexueller Natur oder ein sonstiges Verhalten aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit, das unerwünschte körperliche oder verbale oder nichtverbale Verhaltensweisen einschließt" definiert. Auch diese Definition geht über die Legaldefinition des § 2 Abs. 2 BeschSchG eindeutig hinaus.

Eine begrüßenswerte Neuformulierung bildet der aktuelle Definitionsvorschlag der Europäischen Kommission von Anfang 2000 für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und Rates zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG, Art. 1a:

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> „Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz ist als Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu betrachten, wenn ein unerwünschtes geschlechtsbezogenes Verhalten die Beeinträchtigung der Würde einer Person und/oder die Schaffung eines durch Einschüchterungen, Anfeindungen, Beleidigungen oder Störungen geprägten Umfeldes bezweckt oder bewirkt, und zwar insbesondere dann, wenn die Zurückweisung oder Duldung eines solchen Verhaltens als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen wird, die diese Person berührt."

Diese Definition bezieht sich nicht mehr auf ein unerwünschtes sexuelles Verhalten, sondern wählt die Formulierung „geschlechtsbezogenes Verhalten" und stellt damit klar, dass ein solches dann vorliegt, wenn der betroffenen Frau Nachteile dadurch entstanden sind. Anlass für die EU-Kommission, die Definition zu ändern, waren die Ergebnisse einer Studie, die einen Überblick über alle im Zeitraum 1987 bis 1997 in den Mitgliedstaaten durchgeführten einschlägigen Forschungsprojekte gibt. Danach haben 40 bis 50 % aller weiblichen Beschäftigten in den Mitgliedstaaten unerwünschte sexuelle Annäherungsversuche oder irgendeine Form sexueller Belästigung erlebt. Der Grad der Sensibilisierung für dieses Problem in den Mitgliedstaaten ist aber noch sehr gering und es fehlen geeignete Rechtsvorschriften auf nationaler Ebene.

Die Kommission schlug daher vor, die Mitgliedstaaten anzuhalten, bis spätestens 1. Januar 2002 Vorschriften mit angemessenen Legaldefinitionen zu erlassen und Sanktionen festzulegen, die auch eine angemessene Entschädigung für den erlittenen Schaden enthalten. Die Anwendung dieser Sanktionen soll durch auf nationaler Ebene einzurichtende Stellen gewährleistet werden. Zu ihren Aufgaben gehöre es, Beschwerden Einzelner über Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts entgegenzunehmen und diesen Beschwerden nachzugehen, Untersuchungen oder Erhebungen zu diesem Thema durchzuführen und zu veröffentlichen. Ein weiterer Vorschlag der EG-Kommission bestand in der Einführung der Verbandsklage, sodass die Beschwerdeführerin nicht selbst die Beschwerde oder Klage wegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechtes führen muss, sondern mit ihrer Zustimmung auch Vereinigungen, Organisationen oder andere Rechtspersonen diesen oft persönlich sehr belastenden Schritt übernehmen können.

6. Zur Umsetzung des BeschSchG in Rechtsprechung

Effektiven Rechtsvorschriften, die zu einem erheblich besseren Schutz der Würde von Frauen und Männern am Arbeitsplatz führen, stünde nun also, jedenfalls aus EU-Perspektive, nichts mehr im Wege. Tatsächlich hat es in Deutschland bisher noch keine Veränderung der entsprechenden Gesetze gegeben. Die Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen lud aber am 10. Juli 2003 zu einem öffentlichen Fachgespräch über den Umsetzungsbedarf der drei Antidiskriminierungsrichtlinien wegen der ethnischen Herkunft im Erwerbsleben etc., Diskriminierung wegen der Religion und Weltanschauung etc. und der Geschlechtsdiskriminierung (2000/43/EG, 2000/78/EG und 2002/73/EG)

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein. Die Vertreterin des Juristinnenbundes forderte eine grundlegende Neuregelung zum Schutz der Beschäftigten vor sexuellen Belästigungen, in das die Legaldefinition der Richtlinien und des Diskriminierungsverbots aufzunehmen ist. Auch soll Verschulden nicht mehr erforderlich sein und keine erkennbare Ablehnung durch die Betroffenen. Die Rechtsfolgen sollen so ausgestaltet sein, dass sie wirksam und verhältnismäßig sind. Der Arbeitgeber sollte zu einer Information der Beschäftigten über die präventiven Maßnahmen verpflichtet werden, die er ergriffen hat.[9] Es ist zu hoffen, dass aus dieser Tagung entsprechende Gesetzesinitiativen hervorgehen werden.

In der Tat besteht dringender Handlungsbedarf, wie sich aus Barbara Degens Analyse der arbeitsrechtlichen und disziplinarrechtlichen Rechtsprechung nach In-Kraft-Treten des BeschSchG ergibt.[10] Die Beschwerden der Beschäftigten haben immer noch nicht das Ausmaß angenommen, das dem Umfang des Problems entspricht, jedoch ist eine leichte Aufwärtstendenz zu registrieren, die sich auch in einer Zunahme von Gerichtsurteilen niederschlägt. Die Rechtsprechung neigt leider eher dazu, die Interessen der Arbeitgeber in den Vordergrund zu stellen, als die Betroffenen zu schützen. Während Vergewaltigungen, sexuelle Nötigungen, überraschende und zwangsweise Umarmungen, aufgedrängte Küsse und Greifen an den Busen am Arbeitsplatz in der Regel keine Definitionsprobleme aufwerfen, wird es an der Nahtstelle zwischen „betrieblichem Verhalten" und sexuellen Übergriffen insbesondere aus der Sicht der Agierenden schwierig. Hierzu möchte ich zwei Entscheidungen zitieren, die zugunsten der Beschwerdeführerinnen bzw. Klägerinnen getroffen wurden.

Das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht Bremen haben in einem Fall, in dem der Ausbilder der Auszubildenden Klapse auf den Po verpasste, „wann es ihm Spaß machte", die Kündigungsschutzklage des Ausbilders wegen dessen fristloser Kündigung durch den Arbeitgeber zurückgewiesen. Der Ausbilder hatte sich auf den „außerordentlich lockeren Umgangston unter den Mitarbeitern" berufen und darauf, dass es durchaus normal gewesen sei, dass man sich mal „in den Arm genommen" oder „sich herzhaft auf den Hintern geklopft" habe, „dies aber nicht mit sexueller Attitüde, sondern in lustiger, spielerischer Form". Das LAG Bremen (2 Sa 22/96) führte hierzu aus: „Die Kammer musste davon ausgehen, dass der Kläger die Grenzen normalen kollegialen Umgangs deutlich und vorsätzlich überschritten hat. (...) Es gibt keinen Grund zu der Annahme, die Zeugin projiziere eigene Schwierigkeiten, die sie im Ausbildungsverhältnis habe, auf den Kläger und erinnere deshalb verzerrt, weil sie unbewusst nach einem Schuldigen sucht." Dem Kläger hätte nicht verborgen bleiben können, dass die Zeugin auf sein Verhalten in hohem Maße unangenehm berührt reagiere und ihm aus dem Weg gegangen sei. Weiter heißt es: „Den Kläger entlastet nach Auffassung der Kammer auch nicht, dass seine Übergriffe ‚lediglich' von der Art sind, die selbstbewusste Frauen mit einer die erwünschten Grenzen des Umgangs miteinander genau markierenden Ohrfeige beantworten. Der Kläger konnte von der Zeugin eine derartige Klarstellung nicht erwarten. Sie war erkennbar in einer Lage, in der es ihr schwer gefallen ist, sich zur Wehr zu setzen. Sie hat weiterhin gegenüber dem Gericht bekundet, sie habe Angst vor ihm."

9 Aktuelle Informationen des djb 3/2003

10 Barbara Degen in: Der Personalrat 1999, 8 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auch das LAG Hamm[11] hat die Kündigung eines Ausbilders für gerechtfertigt erachtet, der wiederholt seinen Arm um die Schultern der Auszubildenden gelegt hatte, obwohl diese sich gegen sein Verhalten zur Wehr gesetzt und ihn gebeten hatte, dieses zu unterlassen. Es führte aus: „Als sexuell bestimmte körperliche Berührungen i. S. d. § 2 Abs. 2 BeschSchG sind auch kurzfristige, flüchtige oder über der Kleidung angebrachte Berührungen nicht nur an den primären und sekundären Geschlechtsmerkmalen sowie dem Gesäß, sondern auch je nach Zusammenhang an anderen Körperteilen anzusehen." Die Kündigung eines Arbeitnehmers, der einer Kollegin mit dem Handrücken vor die Brust geschlagen und sich darauf berufen hatte, es sei doch nur Spaß gewesen, wurde ebenfalls wegen sexueller Belästigung als rechtmäßig bestätigt.[12]

Ob diese beiden positiven Urteile, und noch einige andere könnten zitiert werden, bereits eine Trendwende in der öffentlichen Sensibilisierung und damit auch in der Rechtsprechung markieren, lässt sich zurzeit noch nicht abschätzen. Eines aber lässt sich festhalten: Auch wenn die EU-Vorgabe noch nicht in Bundes- und Landesrecht umgesetzt ist, so kann bereits eine konsequente Anwendung der Bestimmungen des BeschSchG die Prävention erheblich verbessern und den rechtlichen Schutz der Betroffenen deutlich erhöhen. Sexuelle Belästigung ist auch in den jetzigen Gesetzen juristisch *scharf* genug gefasst, um Schutz für die Betroffenen und schmerzhafte Konsequenzen für die Täter einzufordern.

11 PersR 1997, S. 462.
12 LAG Hamm, DB 1997, S. 482.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das unterschätzte Familienrecht
Zur Konstruktion von Geschlecht durch Recht

Konstanze Plett

Familienrecht hat leider keinen besonders hohen Stellenwert in der juristischen Ausbildung, obwohl es für viele Anwältinnen und Anwälte die Grundsicherung ihres beruflichen Lebens bildet. Diese Vernachlässigung korrespondiert mit dem Ansehen des Familienrechts in der Rechtswissenschaft. Obwohl alle Juristen und Juristinnen einmal gelernt haben, dass das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) das gesamte Zivilrecht regelt – also nicht nur das Vertrags-, Delikts- und Sachenrecht, sondern auch das Familien- und Erbrecht –, werden die letzten beiden Bücher des BGB oft unerwähnt gelassen, wenn es um die Charakterisierung des bürgerlichen Rechts oder die Darstellung seiner zentralen Materien geht. Das beruht – so die These, die ich hier näher ausführen werde – auf folgendem Zusammenhang: Das Recht der bürgerlichen Gesellschaft basiert rechtshistorisch auf den individuellen Freiheits- und Gleichheitsrechten, wie sie durch die Aufklärung vorformuliert waren und nach den bürgerlichen Revolutionen entsprechende rechtliche Gestaltungen erhalten haben. Ein auf Individualrechten basierendes Recht ist aber strukturell nicht in der Lage, Familie zu integrieren, ohne Geschlechterungleichheiten zu produzieren. Eine Ungleichbehandlung der Geschlechter verstößt aber nun seit Mitte des 20. Jahrhunderts gegen die Grund- und Menschenrechte. Dieser Widerspruch ist am leichtesten auflösbar, wenn das Familienrecht ausgeblendet wird und die noch bestehende faktische Geschlechterungleichheit schlicht als ein sich mit der Zeit erledigendes Überbleibsel der bürgerlich-patriarchalen Gesellschaften angesehen wird.

Wie weit das Familienrecht über seine eigentliche Aufgabe, nämlich Familienbeziehungen zu regulieren, hinauswirkt, haben ich gemeinsam mit Sabine Berghahn schon früher einmal dargestellt.[1] Diese Wirkungen lassen sich als Spätwirkungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs begreifen, das bereits 1896 verabschiedet wurde, am 1. Januar 1900 in Kraft getreten ist und heute noch gilt.[2] Hier will ich jedoch nicht erneut diese Spätwirkungen des BGB darstellen, sondern zunächst noch einen Schritt zurückgehen und die Bedeutung des Familienrechts für die Konstitution des männlichen bürgerlichen Subjekts im 19. Jahrhundert unter der Überschrift „Emanzipation des Mannes von der Herkunftsfamilie" behandeln. Dann komme ich zum 20. Jahrhundert, das ich unter die

1 Plett, Konstanze/Berghahn, Sabine: 100 Jahre BGB, in: Dickmann, Elisabeth/Schöck-Quinteros, Eva (unter Mitarbeit von Sigrid Dauks) (Hrsg.): Barrieren und Karrieren, Berlin 2000, S. 363-382.

2 Natürlich nicht mehr in der ursprünglichen Fassung: Seit dem 1. 1. 1900 wurden gut zweihundert Gesetze erlassen, die einzelne oder eine Vielzahl von Paragrafen des BGB geändert haben. Eine Übersicht der Änderungen in den Jahren 1900 bis 1999 findet sich in Repgen, Tilman/Schulte-Nölke, Hans/Strätz, Hans-Wolfgang: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, BGB-Synopse 1896-2000: Gesamtausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches von seiner Verkündung 1896 bis 2000 mit sämtlichen Änderungen im vollen Wortlaut in synoptischer Darstellung, Neubearbeitung, Berlin 2000, S. XVII-XLI.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Überschrift „Emanzipation der Frau vom Ehemann" stelle. Das noch junge 21. Jahrhundert lässt sich dann mit „Emanzipation der Familie" charakterisieren; dem gilt mein Ausblick zum Schluss. Insgesamt werde ich meine These teils historisch, teils analytisch einkreisen. Vorweg sind jedoch einige Sätze zum Begriff „Geschlecht" erforderlich.

1. Geschlecht und Familie

Das Recht verwendet den Begriff „Geschlecht", regelt ihn aber nicht. Es darf nicht aufgrund des Geschlechts diskriminiert werden, aber es ist nicht weiter ausgeführt, was Geschlecht bedeutet. Sprachlich hat Geschlecht im Deutschen drei Bedeutungen. Zunächst wird unter Geschlecht das biologische Geschlecht verstanden, also das, was im Englischen mit „sex" bezeichnet wird. Im Englischen gibt es ferner das Wort „gender" für Geschlecht. „Gender" ist ursprünglich ein Begriff der Sprachwissenschaft, die ihn für das grammatikalische Geschlecht verwendet. Dann aber hat die feministische Theorie diesen Begriff entdeckt, um soziale Zuschreibungen und Zuweisungen von Aufgaben an eines der beiden Geschlechter zu bezeichnen;[3] im Deutschen wird deshalb für „gender" häufig auch der zusammengesetzte Begriff „soziales Geschlecht" verwendet. Im Deutschen hat Geschlecht noch eine dritte Bedeutung, die weder in „sex" noch in „gender" aufgehoben ist, nämlich die Bedeutung von Familie, und zwar dann, wenn Abstammungslinien und generationsübergreifende Beziehungen zu bezeichnen sind. Erhalten hat sich dies in der Bezeichnung von Adelsfamilien als dem „Geschlecht derer von und zu ...", womit die über verschiedene Generationen hinausreichenden familiären Zusammenhänge angesprochen sind.

Wenn wir jetzt das Geschlecht von Menschen betrachten, realisiert sich das biologische Geschlecht erst dann, wenn wir zur Familie kommen: Das Geschlecht der einzelnen Menschen spielt erst dann eine Rolle, wenn es um die Hervorbringung von Nachkommenschaft geht. Bevor es dazu kommt, ist das Geschlecht der Menschen eigentlich nur ein Potenzial, das sich realisieren *kann*, aber nicht *muss*. Viele Frauen bekommen keine Kinder, viele Männer werden keine Väter, sodass Geschlecht in den Varianten „weiblich" und „männlich" als Kategorisierung von Menschen – theoretisch jedenfalls – entbehrlich ist. Der Geschlechtsunterschied zwischen Männern und Frauen wird also erst im Zusammenhang mit Nachkommenschaft bedeutsam. Bevor die Medizintechnik Einzug in die menschliche Reproduktion gehalten hat, ließ sich sagen: Zwar bekommen nicht alle Menschen Kinder, aber jeder Mensch hat eine biologische Mutter und einen biologischen Vater, unabhängig davon, ob sich das sozial realisiert, und auch unabhängig davon, ob es ein Familienrecht gibt und wenn ja, wie das Familienrecht aussieht.[4]

3 Stephan, Inge/Braun, Christina von: Einleitung, in: Braun, Christina von/Stephan, Inge (Hrsg.): Gender-Studien, Stuttgart/Weimar 2000, S. 9-15; Connell, R. W.: Gender, Cambridge 2002.

4 Eine Vervielfältigung der biologischen Eltern hat die Medizintechnik bereits im letzten Viertel des 20. Jahrhunderts gebracht; Stichworte: heterologe Insemination, In-vitro-Fertilisation und Leihmutterschaft. Vgl. hierzu Coester-Waltjen, Dagmar: Die künstliche Befruchtung beim Menschen – Zu-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Worin liegt nun die Bedeutung des Familienrechts für die Konstruktion von Geschlecht und geschlechtsspezifischen Aufgabenzuweisungen? Das Familienrecht ist bedeutsam in allen Gesellschaften, die nicht ausschließlich matrilinear organisiert sind, und zwar aus folgendem, auf dem biologischen Geschlechtsunterschied beruhenden Grund: Es hängt mit der rechtlichen Definition von Mutterschaft und Vaterschaft zusammen. Mutterschaft lässt sich in ihrem Entstehen beobachten und ist damit beweisbar, nämlich durch Schwangerschaft und den Vorgang der Geburt eines Kindes. Anders bei der Vaterschaft, die *immer* einer rechtlichen oder rechtsähnlichen Norm über die rein biologischen Zusammenhänge hinaus bedarf, um etabliert zu werden. Im römischen Recht gab es dafür den Spruch *„mater certa, pater incertus est"*.[5] Dies will ich etwas näher erläutern.

Es gibt grundsätzlich vier Mechanismen, um eine Vaterschaft zu etablieren. Da ist zunächst die Adoption: Ein Mann gibt die Willenserklärung ab, ich will ein Kind – oder auch einen erwachsenen Menschen – *als* Kind annehmen. Das ist prinzipiell kein nur Männern vorbehaltener Zurechnungsgrund; auch Frauen können adoptieren, soweit sie nicht durch das Recht daran gehindert werden. Der zweite Mechanismus zur Herstellung von Vaterschaft ist die Anerkennung eines Kindes in jedem Einzelfall, also eine Willensäußerung des Musters: Ich erkenne an, dass dieses von jener Frau geborene Kind das meine ist, ich erkenne es *als* meines an. Die dritte Möglichkeit der Etablierung von Vaterschaft bedarf bereits eines rechtlichen Verfahrens: die Verurteilung durch ein Gericht in die Vaterschaft. Die vierte Variante ist die am weitesten verbreitete und zugleich die älteste, nämlich die Ehe: Der Ehemann *gilt als* Vater der von seiner Ehefrau geborenen Kinder, mit der Möglichkeit des Gegenbeweises im Anfechtungsprozess.[6] Aber auch die Begründung einer Ehe setzt Rechtsakte voraus, die dann zugleich die eheliche Vaterschaft später geborener Kinder implizieren, das heißt, auch hier wird die Vaterschaft nicht „biologisch-natürlich" etabliert, sondern durch einen Rechtsvorgang.

Nunmehr lässt sich bestimmen, wie der biologische Geschlechtsunterschied im Recht wirkt, welche Bedeutung er im Recht hat. Er ist bedeutsam für die Zuordnung Neugeborener an die Mutter und/oder den Vater. Damit wird zugleich die Familienbeziehung zwischen Neugeborenen und den für sie verantwortlichen Erwachsenen hergestellt, die Zusammensetzung einer bestimmten Familie, das heißt, es wird Rekurs genommen auf Geschlecht in der oben genannten dritten Bedeutung. Um durch das Recht neugeborene

lässigkeit und zivilrechtliche Folgen, 2. Teilgutachten: zivilrechtliche Probleme, Gutachten B für den 56. Deutschen Juristentag, München 1986. Demgegenüber führt das Klonen u. U. zu einer Vereinfachung der biologischen Eltern, wenn eine Frau ein mit ihren eigenen Erbanlagen befruchtetes Ei austrägt oder ein mit den Erbanlagen eines Mannes befruchtetes Ei extra-uterin herangezüchtet wird.

5 „Die Mutter ist sicher, der Vater ist ungewiss."

6 Das Recht, die Vaterschaft anzufechten, war ursprünglich nur dem Vater und, wenn er während der Anfechtungsfrist verstarb, dessen Eltern gegeben. Erst seit dem 1. 7. 1998 haben die Mutter und das Kind ein eigenständiges Anfechtungsrecht, § 1600 BGB. Aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 9. 4. 2003 (BGBl I S. 737) haben nunmehr auch die leiblichen Väter unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenes Anfechtungsrecht (Gesetz vom 13. 12. 2003, BGBl I 2547).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kinder qua Ehe einem Vater zuzuordnen, ist jedoch keine bestimmte Ausgestaltung des Rechtsinstituts der Ehe erforderlich, schon gar nicht eine patriarchale.[7] Kern ist nur die Etablierung einer anerkannten Linie vom Vater zum Kind, um Männern die Möglichkeit zu geben, sich in ihren Kindern fortzusetzen. Das Familienrecht, vor allem das Rechtsinstitut der Ehe, ist zugleich aber bedeutsam für die Konstitution von Klassen und Ständen, um bestimmte Herrschaftspositionen und Vermögen weiterzugeben. Dies will ich mit historischen Beispielen illustrieren.

2. *Historischer Exkurs*

Das erste Beispiel führt zurück in das antike Sparta, das zweite in das antike Rom – wobei letzteres weniger weit entfernt liegt, als die Zahl der vergangenen Jahre vermuten lässt, da das römische Recht das deutsche Recht sehr stark beeinflusst hat.[8]

In Sparta galt eine gesetzliche Regel, die dem § 1592 Nr. 1 BGB entspricht: Vater eines Kindes ist der Ehemann der Mutter, die das Kind geboren hat. Aufgrund dieses rechtlichen Mechanismus gab es aber auch einen einfachen Weg für Männer, trotz Zeugungsunfähigkeit zu eigenen Kindern zu kommen. Der Ehebruch war nämlich nicht geächtet und nicht sanktioniert, sondern es war im Gegenteil ein probates Mittel, Freunden Geschlechtsverkehr mit der Ehefrau zu gestatten, um so der Kinderlosigkeit zu entgehen und doch noch zu eigenem Nachwuchs zu kommen.[9]

Im patriarchalen alten Rom war die Ehefrau gar nicht so rechtlos gestellt, wie das Bürgerliche Gesetzbuch von 1896 es beispielsweise hinsichtlich eigener Erwerbstätigkeit von Ehefrauen vorsah. Die Familie war insgesamt anders strukturiert. Inhaber der väterlichen Gewalt (*patria potestas*) in Rom war der Patriarch im Wortsinne: Der Vater als Herrscher stand der Familie vor. Der Hausvater in diesem Sinne (*pater familias*) hatte allein die Gewalt über die Nachkommenschaft. Er konnte sogar seiner Gewalt unterstehende Kinder in die Sklaverei verkaufen. Aber dies bedeutete nicht, dass Frauen in jeder Hinsicht rechtlos waren. So unterschied beispielsweise das Erbrecht im alten Rom nicht zwischen Söhnen und Töchtern, die im Wege des gesetzlichen Erbganges ihren Vater gleichermaßen beerben konnten. In der zweiten Generation der Nachkommenschaft gab es also Gleichberechtigung der Kinder. Allerdings konnten Kinder nicht von Gesetzes wegen ihre Mutter beerben. Das lag aber nicht daran, dass sie ihre Mutter ge-

7 Beherrschung der (Ehe-)Frauen durch (ihre Ehe-)Männer gehört also nicht notwendig dazu, auch wenn der hier beschriebene Vorgang teilweise zur historischen Begründung des Patriarchats herangezogen wird; vgl. etwa Engels, Friedrich: Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats, in: Marx, Karl/Engels, Friedrich (Hrsg.): Ausgewählte Schriften in zwei Bänden (MEAS), Berlin 1952, 155-301.

8 Vgl. z. B. Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen 1967; Stein, Peter G.: Römisches Recht und Europa: Die Geschichte einer Rechtskultur, Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch Verlag, 1996.

9 Clauss, Manfred: Sparta. Eine Einführung in seine Geschichte und Zivilisation, München 1983, S. 104 f.; Link, Stefan: Der Kosmos Sparta. Recht und Sitte in klassischer Zeit, Darmstadt 1994, S. 39 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nerell nicht beerben konnten, sondern dass dies einem anderen rechtlichen Muster folgte. Hatte eine Frau Vermögen, das sie ihren Kindern zukommen lassen wollte, so musste sie dafür ein Testament machen.[10] Dies beruhte auf dem normativ gemachten Unterschied zwischen Männern und Frauen, dass Frauen nur für sich allein, aber nicht für andere, das heißt weder für ihre Kinder noch für sonstige Personen rechtswirksam handeln konnten, während der *pater familias* für alle seiner *patria potestas* unterstehenden Personen handeln konnte. Neben den Kindern waren das auch sonstige zum Haushalt gehörige Personen.

Die Beschreibung des antiken Rom wäre als nur noch historisch interessant abzutun, wenn sich darin nicht Elemente fänden, die wir im deutschen Recht und insbesondere im Bürgerlichen Gesetzbuch wiedererkennen. Deshalb lohnt die Frage, was mit der Regelung der väterlichen Hausgewalt bezweckt war, welche Funktionen ihr zukamen. Ein Teil der Antwort liegt darin, dass nur ein *pater familias* römischer Vollbürger war. Der Vollbürger war dadurch definiert, dass er frei war und niemanden über sich hatte. Die Vatereigenschaft allein machte römische Männer aber noch nicht zum Vollbürger. Ein Mann konnte Vater sein, ohne Bürger im Rechtssinne zu sein. Umgekehrt konnte er *pater familias* sein, ohne eigene oder adoptierte Kinder zu haben. Zum Vollbürger wurde er dann, wenn er von römischen Eltern abstammte und seinerseits keiner väterlichen Gewalt mehr unterstand, also mit der Freilassung durch seinen Vater oder dem Tode seines Vaters.[11]

3. *Emanzipation des Mannes von der Herkunftsfamilie im 19. Jahrhundert*

Das Familienrecht in Deutschland lässt im 19. Jahrhundert Elemente aus dem römischen Recht deutlich erkennen. Der Ehemann und Vater konnte über die zu seinem Hause, zu seiner Familie gehörenden Personen – Ehefrau und Kinder, aber auch die Sklaven und sonstige Domestiken – bestimmen, hatte das alleinige Sagen und vertrat sie nach außen hin. Mit der Herausbildung des bürgerlichen Individuums – basierend auf Freiheits- und Gleichheitsrechten – entfiel jedoch, dass erwachsene Männer ihrerseits noch ihren Vätern unterstanden. Ich hatte auf die Konnotation von Geschlecht in der dritten Bedeutung auch mit Adelsgeschlechtern hingewiesen. Wir sehen hier in der Entwicklung des bürgerlichen Rechts im 19. Jahrhundert auch davon eine Befreiung, eine Emanzipation von Familienverbünden. Die Adelsfamilien hatten mit den so genannten Hausrechtsordnungen zum Großteil ihre eigene, partikulare Rechtsordnung.[12]

10 Thomas, Yan: Die Teilung der Geschlechter im römischen Recht, in: Schmitt-Pantel, Pauline (Hrsg.): Antike, Frankfurt a. M./New York 1993, S. 105-171.

11 Vgl. ebd.

12 Solche Hausrechte werden teilweise heute noch anerkannt; vgl. BVerfG, Beschluss vom 21. 2. 2000 (Az: 1 BvR 1937/97). Nach dem fraglichen Hausrecht führte eine Heirat ohne Zustimmung des Familienoberhaupts zum Verlust des Erbrechts. Der Rechtsstreit ist aber immer noch nicht zu Ende; das Bundesverfassungsgericht hat ihn mit Beschluss vom 22. 3. 2004 (Az.: 1 BvR 2248/01) an das Landgericht zurückverwiesen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Insofern war das bürgerliche Recht einschließlich Familien- und Erbrecht allgemein, als es für alle dem Bürgerstande Zugehörigen und nach und nach dann wirklich für alle Staatsangehörige galt. Die bürgerlichen Revolutionen galten primär der Befreiung von Adelsherrschaft, aber sekundär auch der Befreiung von Herkunftsfamilien und entsprechenden Bindungen.

In Hegels Rechtsphilosophie[13], die als Blaupause des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches dienen kann, gilt Familie als etwas auf Zeit, um ererbtes oder erworbenes Vermögen weitergeben zu können. Familie beginnt für Hegel mit der Heirat, setzt sich fort durch Kinder, die in der Ehe geboren werden, und endet, wenn die Kinder auf eigenen Füßen stehen und selbst eine neue Familie begründen.[14] Also lässt sich sagen, dass das Familienrecht durchaus zumindest *auch* die Funktion hatte, das bürgerliche Individuum mit dem Recht auszustatten, eine eigene Familie zu begründen.

Um eine Familie zu gründen, waren aber nun Eheschließung und Herrschaft über die Nachkommenschaft erforderlich. Das Bürgerliche Gesetzbuch, so wie es 1896 verabschiedet wurde, lässt sich als Realisierung eines solchen Familienbildes auffassen. Reste der über mehrere Generationen hinweg laufenden Familiengestaltung finden wir noch im Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches, wie er im Januar 1896 in den Reichstag eingebracht wurde.[15] Es handelt sich zwar nur um eine Marginalie in juristischer Hinsicht, sagt aber doch etwas aus. Es war nämlich bereits im Entwurf vorgesehen, dass die Volljährigkeit mit 21 Jahren eintreten sollte, aber für die Eheschließung sollte bei Söhnen noch bis zum Alter von 25 Jahren, bei Töchtern bis zum Alter von 24 Jahren die Zustimmung des Vaters erforderlich sein.[16] Im 19. Jahrhundert, vor der Gründung des Deutschen Reiches, gab es in Deutschland die vielen Partikularstaaten, die jeweils auch ihr eigenes Zivilrecht hatten. Die Regelung eines unterschiedlichen Alters für Volljährigkeit und selbstständige Eheschließungsfähigkeit gab es im preußischen Recht und war wohl auch sonst nicht unüblich. So wurde in bürgerlichen Familien, vertreten durch das Familienoberhaupt, noch über Eheschließung mitbestimmt; schließlich hing von der Ehegattenwahl ab, wer künftig zur Familie gehörte und, wenn Kinder kamen, welchen „Stammbaum" diese hatten.

Die unterschiedlichen Altersgrenzen der Handlungsautonomie wurden dann zwar nicht Gesetz, sondern die Altersgrenze wurde einheitlich auf 21 Jahre festgelegt.[17] Aber es wurde ganz deutlich unterschieden zwischen ehelichen im Sinne von legitimen Kindern und unehelichen im Sinne von illegitimen Kindern. Es wurde dem Mann die recht-

13 Hegel, Georg Wilhelm Friedrich: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaften im Grundrisse, Frankfurt a. M. 1821/1970.

14 Dies ist die männliche Sicht, also: Ein Mann heiratet, um seine Familie zu gründen, eine Frau heiratet, um die Familie ihres Mannes zu gründen.

15 Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Vorlage an den Reichstag mit Denkschrift, Berlin 1896.

16 Vgl. ebd.

17 Mit der interessanten Variante, dass Frauen bereits mit 16 Jahren ehemündig waren (dann allerdings zur Eheschließung die Einwilligung ihres gesetzlichen Vertreters brauchten), während Männer nur als Volljährige heiraten durften, d. h. ab 21 Jahren oder wenn sie gerichtlich für volljährig erklärt wurden, was ab 18 Jahren möglich war. Diese Altersgrenzen wurden übrigens erst 1974 im Zusammenhang mit der Herabsetzung des Volljährigkeitsalters von 21 auf 18 Jahre vereinheitlicht.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

liche Macht gegeben zu entscheiden, ob er Kinder als seine eigenen wollte oder nicht. Von Gesetzes wegen waren das zunächst nur die ehelichen; die unehelichen, wie es damals noch hieß, galten als mit dem Vater nicht verwandt (§ 1589 Abs. 2 BGB a. F.). Der Vater hatte allerdings die Möglichkeit, seine außerhalb einer Ehe geborenen Kinder für ehelich zu erklären – um den Preis, dass dann die Mutter das Recht der elterlichen Sorge verlor (§ 1738 Abs. 1 BGB a. F.)[18]. Die Frauen hatten in jedem Fall eine Rechtsbeziehung zu ihren Kindern. Also wurde eine Begründung von Familien für Frauen, egal, ob sie verheiratet waren oder nicht, zwar hergestellt, aber Frauen hatten keine Gewalt im Sinne von Herrschaft über die Nachkommenschaft, weil die elterliche Gewalt so ausgestaltet war, dass sämtliche Rechte bei Ehemann und Vater lagen. Wenn eine Frau keinen Ehemann und damit keinen legitimen Vater ihrer Kinder hatte, erhielt sie nicht automatisch die elterliche Gewalt, sondern ihr wurde dafür zunächst ursprünglich ein Amtsvormund zur Seite gestellt. Erst ab 1970 wurde diese Regelung etwas gemildert und nur noch für bestimmte Kindesangelegenheiten ein Amtspfleger zugeordnet. Und erst seit 1998 sind Frauen, die, ohne verheiratet zu sein, Kinder gebären dann auch allein und voll verantwortlich für diese Kinder.[19] Insgesamt war das Familienrecht am Ende des 19. Jahrhunderts so gestaltet, dass es zwar väterliche Gewalt gab, aber sofort und von vornherein ohne auf das Ableben irgendwelcher Altvorderen warten zu müssen.

4. Emanzipation der Ehefrau vom Ehemann im 20. Jahrhundert

Die Emanzipation der Ehefrau vom Ehemann weist demgegenüber im Vergleich zur Emanzipation des Mannes von seiner Herkunftsfamilie verschiedene strukturelle Probleme auf. Der Ausgangspunkt zu Beginn des 20. Jahrhunderts war, dass wir ein männliches bürgerliches Subjekt haben, das Bürger im Verhältnis zum Staat und innerhalb der Familie deren Vorstand war. Es war aber unerheblich, in welchem Familienstand der Mann lebte. Frauen hingegen wurden über den Familienstand definiert, obgleich die sonstigen gesellschaftlichen Stände aufgehoben waren. Bezogen auf ihre Rechte verhielt es sich für Frauen umgekehrt proportional zu gesellschaftlichen Erwartungen und dem entsprechenden Ansehen, das sie in der Gesellschaft genossen. Das BGB von 1900 war insoweit teilweise ein Fortschritt für Frauen, indem es auch Frauen volle Rechtssubjektivität verschaffte, wenn sie volljährig wurden, das heißt ab dem Alter von 21 Jahren unterstanden sie dann auch nicht mehr einer väterlichen Autorität. Aber die unverheiratete, kinderlose Frau war nicht besonders angesehen. Die gesellschaftliche Erwartung ging dahin, dass sie heiratete und Ehefrau und Mutter wurde. Wenn sie es etwa wagte,

18 Vgl. hierzu BVerfG 84, 159.

19 Seit dem 1. 7. 1998 in Kraft. Seither können auch unverheiratete Eltern die elterliche Sorge gemeinsam ausüben, doch sind dafür entsprechende Erklärungen von beiden erforderlich. Ohne Willen der unverheirateten Mutter ist eine gemeinsame Sorge also nicht möglich; dazu ist nach wie vor die Eheschließung der Eltern Voraussetzung. Dies wurde vom Bundesverfassungsgericht bestätigt (Urteil vom 29. 1. 2003, Az.: 1 BvL 20/99, 1 BvR 933/01).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

trotz fehlenden Ehemannes Kinder zu gebären, war sie noch weniger angesehen als die „einfach ledige Frau" und hatte in Bezug auf ihre Kinder kaum Rechte. Die Ehefrau und Mutter hingegen, also die Frau, die sich der gesellschaftlichen Erwartung entsprechend verhielt, verlor die Rechte, die sie nach Erreichen der Volljährigkeit schon gehabt hatte, und wurde in ökonomischer Hinsicht in den Zustand eines unmündigen Kindes zurückversetzt.

Seit Mitte des 20. Jahrhunderts ist für unser Rechtssystem die Verabschiedung und das In-Kraft-Treten des Grundgesetzes mit seinem Artikel 3 Absatz 2 entscheidend, der die Gleichberechtigung der Geschlechter als unmittelbares subjektives Recht ausgestaltet hat. Das theoretische Dilemma liegt im Folgenden – und dass hier ein theoretisches Dilemma gegeben ist, wird deutlich durch die lange Zeit, die es gebraucht hat, um das einfache Gesetzesrecht an den Artikel 3 Absatz 2 anzupassen, und die Widerstände, die über die Jahrzehnte dabei sichtbar wurden. Selbst beim Familienrecht, das mit den unterschiedlichen Rechten für Männer und Frauen, für Mütter und Väter am deutlichsten geschlechtsdiskriminierend war, hat es fast fünfzig Jahre gedauert, die Ungleichbehandlungen in der Familie abzubauen.[20] Wenn zum Vollbürgerstatus das Recht gehört, eine Familie zu gründen und dann zu „haben", so lässt sich Gleichberechtigung eben nicht durch schlichte Ausdehnung von Rechten auf die bislang ausgegrenzte Gruppe bewerkstelligen, wie dies beispielsweise mit dem politischen Wahlrecht möglich war. Es ist deshalb gewiss kein historischer Zufall, dass die Einführung des Frauenwahlrechts 1918 noch nicht mit Gleichberechtigung in Ehe und Familie einherging.[21] Vielmehr muss also eine Umgestaltung *innerhalb* der Familie stattfinden, um auch in diesem Rechtsinstitut Gleichberechtigung möglich zu machen. Das ist aber bis heute nicht oder erst in minimalen Ansätzen erfolgt.

Was der Gesetzgeber in den letzten fünfzig Jahren in Bezug auf das Familienrecht an Gleichberechtigung eingeführt hat, war immer nur der Versuch, die Rechte innerhalb der Familie nicht mehr an ein Geschlecht zu binden. Die Begriffe „Ehefrau" und „Ehemann" wurden ersetzt durch „der eine Ehegatte" und „der andere Ehegatte", die Begriffe „Mutter" und „Vater" durch „der eine Elternteil" und „der andere Elternteil". Das ist jedoch nur sprachliche Kosmetik.[22] Die alten Ungleichgewichte in der Familie hätten dadurch beseitigt werden können, dass Eheleute bzw. Eltern als Gesamteinheit für die

20 Zu den Etappen der Reform vgl. Plett/Berghahn: a. a. O.

21 Die einschlägigen Artikel der Weimarer Reichsverfassung lauten:
„Art. 109 Abs. 1: Alle Deutschen sind vor dem Gesetze gleich.
Art. 109 Abs. 2: Männer und Frauen haben grundsätzlich dieselben staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. [Anm.: „Grundsätzlich" heißt in der Rechtssprache nicht „ausnahmslos".]
Art. 119 Abs. 1: Die Ehe steht als Grundlage des Familienlebens und der Erhaltung und der Vermehrung der Nation unter dem besonderen Schutz der Verfassung. Sie beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter."
Dieser Artikel war aber nur ein Verfassungsauftrag an den Gesetzgeber, kein unmittelbar geltendes Recht. Entsprechende Reformgesetzgebung hat es in der Weimarer Zeit nicht gegeben.

22 Die Bedeutung der Sprache, in der Rechtsnormen formuliert sind, unterschätze ich ganz gewiss nicht, weil sie auch Bilder im Kopf schafft. Die neuen Begriffe des BGB eignen sich hierzu aber gerade nicht; denn der Artikel ist stets männlich. Besser und geschlechtergerecht wäre gewesen, bei den alten Begriffen zu bleiben und dann jeweils beide nebeneinander zu nennen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Familie begriffen werden und nicht als zwei Individuen. Es hätte einer Regelung bedurft, die *beiden* die Rechte zuschreibt, die vorher dem Ehemann und Vater allein zustanden, vor allem das Bestimmungsrecht über eheliche und familiäre Angelegenheiten. Eine solche Formulierung war auch bei der Beratung des ersten Gleichberechtigungsgesetzes 1957[23] vorgesehen, aber so hoch umstritten, dass sie sich nicht durchsetzen konnte. Die Männer konnten sich damals in der parlamentarischen Beratung nicht vorstellen, wie das in der Realität aussehen könnte, und sie meinten, wenn es zum Streit zwischen den Eheleuten komme, müsse doch einer entscheiden können, ohne dass gleich die Gerichte damit befasst würden. Entsprechend solle dem Ehemann in ehelichen Angelegenheiten der „Stichentscheid" zukommen. Dieses wurde dann allerdings heftig von den damals wenigen Frauen im Deutschen Bundestag kritisiert. Das Resultat war, dass dieser Paragraf (§ 1354) nicht reformiert, sondern ersatzlos gestrichen wurde. Damit ist das alleinige Bestimmungsrecht des Mannes weggefallen, ohne dass ein gleichberechtigtes Bestimmungsrecht beider an die Stelle getreten wäre. Aus der rechtssoziologischen Forschung wissen wir aber, dass, wenn altes Recht nicht neu geregelt wird, sondern einfach abgeschafft wird, ein Trend dahingehend besteht, nach dem alten Recht weiterzuleben, weil kein neues Bild, kein neues normatives Ziel an die Stelle gesetzt worden ist. Bei der gemeinsamen elterlichen Gewalt konnten die Parlamentarierinnen sich (zunächst) ebenfalls nicht durchsetzen: Der Stichentscheid des Vaters wurde zunächst eingeführt (§ 1628 Abs. 1 BGB a. F.), jedoch bereits ein Jahr später vom Bundesverfassungsgericht als der Gleichberechtigung der Geschlechter widersprechend aufgehoben.[24]

Zur Emanzipation der Frauen im 20. Jahrhundert vom Ehemann gehört vor allem die Reform des Scheidungsrechts Mitte der siebziger Jahre, mit der die Hausfrauenehe als gesetzliches Modell seit dem 1. Juli 1977 abgeschafft wurde. Aber damit war es auch noch nicht getan, weil viele alte Vorstellungen noch weiter wirkten und vor allem unverheiratete Mütter immer noch als nicht voll verantwortungsfähig gesehen wurden. Erst mit der Abschaffung der Amtspflegschaft ab 1. Juli 1998 für nichteheliche Kinder[25] kann die Anpassung des Familienrechts an Artikel 3 Absatz 2 GG und damit die Emanzipation der Frauen im Familienrecht als annähernd erledigter Verfassungsauftrag gelten.[26]

23 BVerfGE 10, 59.

24 Urteil des BVerfG vom 29. 7. 1959, BVerfGE 10, 59 und BGBl I, S. 633. Seither können auch Juristen ganz gut mit der Regelung des BGB für Streitfälle bei der Kindererziehung leben: Auf Antrag überträgt das Familiengericht der Mutter oder dem Vater für die streitige Angelegenheit die alleinige Entscheidungskompetenz. Eine gerichtliche Entscheidung in der Sache selbst wird also nicht getroffen (§ 1628 BGB).

25 Als Gesetzesbegriff gibt es die nichtehelichen Kinder nicht mehr. Der Tatbestand wird aktuell umschrieben mit „Kinder, deren Eltern nicht miteinander verheiratet sind".

26 Bis zum In-Kraft-Treten des neuen Kindschaftsrechts gab es übrigens, was in der deutschen Rechtskultur eher selten ist, hinsichtlich des Nichtehelichenrechts ein gespaltenes Recht, weil dieses nach dem Einigungsvertrag nicht für die unverheiratete Frauen und ihre Kinder in den neuen Bundesländern galt.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5. *Ausblick in das 21. Jahrhundert: Emanzipation der Familie vom Recht?*

Leider wirken geschlechtsspezifische Arbeitsteilungen im Familienrecht auch zu Beginn des 21. Jahrhunderts immer noch weiter, besonders über die ungleich verteilte Möglichkeit, Betreuungsleistung zu delegieren. Wir haben immer noch Anreize im Recht – allerdings nicht nur im Familienrecht, sondern in der Zusammenschau des Familienrechts mit der übrigen Rechtsordnung –, die dahin gehen, dass die Bürgerinnen und Bürger in alten Rollenmustern bleiben, weil das ökonomisch einfach sinnvoller ist. Das hängt in erster Linie mit dem Unterhaltsrecht zusammen, aber auch mit solchen Randbedingungen wie fehlenden Ganztagsschulen, fehlenden Kindertageseinrichtungen und dergleichen mehr. Die Konstruktion von Geschlecht findet eben zwar in erster Linie, aber nicht ausschließlich im und durch Familienrecht statt. Die dort vermittelten Bilder und Sichtweisen auf Männer und Frauen in ihrer Geschlechtsspezifik werden in anderen Gesetzen und Rechtsgebieten abgesichert. Vor allem darf das Strafrecht nicht vergessen werden, und zwar nicht nur mit dem Abtreibungsparagrafen, sondern auch der Sanktionierung von Eheverboten[27] und dem alten § 175, wonach Homosexualität unter Männern als nicht tolerabel angesehen wurde. Hier zeigt sich die gesellschaftliche Vorstellung, dass ein Mann nur *die* Sexualität haben darf, die dem Bild eines Ehemanns und Vaters entspricht. Auch hier ist viel liberalisiert worden in den letzten dreißig Jahren.[28] Das Ehemännerprivileg bei Vergewaltigungen, wonach die Vergewaltigung in der Ehe straflos war und durch das ein Bild von der jederzeit auf jede Art gegebenen sexuellen Verfügbarkeit der Ehefrau vermittelt wurde, ist hingegen erst jüngst aufgehoben worden.[29]

Zusammenfassend stelle ich fest: Bilder vom bürgerlichen Rechtssubjekt sind zunächst im Familienrecht Recht geworden, haben im Familienrecht ihre Grundlage und wirken von dort in andere Rechtsgebiete hinein beziehungsweise werden durch andere Rechtsgebiete abgesichert. Hiervon ist etliches seit In-Kraft-Treten des Grundgesetzes reformiert worden. Manche Regelungen, die in den fünfziger, sechziger, siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts noch aktuell geltendes Recht waren, wirken auf die heutige Generation von Studierenden wie Relikte aus dem 19. Jahrhundert. Inzwischen sind gleichgeschlechtliche Lebensweisen nicht nur nicht mehr strafbar, sondern durch das Gesetz über die Eingetragene Lebenspartnerschaft[30] sogar eine anerkannte Lebensform

27 Mittlerweile ist nur noch die Doppelehe kriminelles Unrecht (§ 172 StGB). Früher stand auch Ehebruch unter Strafe. Auch im Eherecht sind die meisten so genannten Ehehindernisse inzwischen weggefallen oder stark abgeschwächt (beispielsweise ist nur noch die Ehe zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie sowie voll- und halbbürtigen Geschwistern unzulässig; Cousin und Cousine dürfen einander heute heiraten, ohne erst einen Dispens vom grundsätzlichen Verbot einholen zu müssen).

28 Dieser Reformprozess begann mit der ersten sozialliberalen Koalition ab 1969. Bereits mit dem Ersten Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 25. 6. 1969 (BGBl I, S. 645) wurden u. a. Ehebruch, Erschleichung außerehelichen Beischlafs, Sodomie und Homosexualität unter Erwachsenen als Straftatbestände abgeschafft. Vgl. hierzu Laufhütte in Leipziger Kommentar, 11. Aufl., vor § 174.

29 Dem 33. Strafrechtsänderungsgesetz vom 1. 7. 1997 (BGBl I, S. 1607, in Kraft getreten am 5. 7. 1997) war eine lange Debatte vorausgegangen; erreicht wurde es letztlich nur durch einen interfraktionellen Zusammenschluss der Parlamentarierinnen. Vgl. hierzu Nelles, Ursula in diesem Buch.

30 Vom 16. 2. 2001 (BGBl I, S. 226).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

geworden.[31] Damit ist die alte Regel, dass die Ehe ein ausschließlich verschieden geschlechtlichen Paaren vorbehaltenes Rechtsinstitut ist, zumindest argumentativ etwas ins Wanken geraten. Juristen sehen das natürlich anders, weil die Ehe weiterhin nur geschlechtsverschiedenen Verbindungen vorbehalten ist.[32] Aber gleichwohl können wir uns zu Beginn des 21. Jahrhunderts ein anderes Familienbild machen. Wenn auch Menschen gleichen Geschlechts sich zu einer zumindest eheähnlichen Gemeinschaft verbinden dürfen – was ist dann noch der Gehalt dieser Verbindung? Es wird gewissermaßen nicht mehr auf die Nachkommenschaft als Hauptzweck abgestellt, sondern in das Zentrum rückt die Unterstützungsgemeinschaft, die Familie ja immer *auch* war.

Diesen Gedanken könnten wir noch weiter spinnen, selbst wenn manches davon utopisch klingt und sicherlich nicht demnächst zu erwarten ist. Wenn Ehe und Familie immer weniger über die Produktion von Nachkommenschaft definiert werden und immer mehr über das Zusammenleben aus Zuneigung und zur wechselseitigen Unterstützung, dann findet jedenfalls eine Funktionsverschiebung statt. Dem müsste das Recht irgendwann auch grundsätzlich Rechnung tragen und statt der rechtsförmlich geschlossenen Zweierbünde auch so etwas wie Wahlfamilien anerkennen. Dafür wäre eventuell auch die Adoption zu erleichtern und weniger stark an traditionelle Familienmuster anzuknüpfen, auch um von entsprechenden geschlechtsspezifischen Zuschreibungen und Aufgabenverteilungen loszukommen. Gleichgeschlechtlichen Paaren steht die Adoption derzeit noch nicht offen, aber auch Unverheiratete haben es jedenfalls faktisch schwer. Ferner ist denkbar, dass das, was in unserem Rechtssystem durch den so genannten Familienleistungsausgleich gewährt wird, nicht mehr den Erwachsenen, die für die Kinder sorgen oder von Rechts wegen zuständig sind, zugeteilt wird, sondern denen, deretwegen diese Leistungen gewährt werden, nämlich den Kindern. Dadurch würden unterhaltsrechtlich bedingte Abhängigkeiten innerhalb der Familie ganz anders strukturiert, was zugleich neue Formen der Emanzipation *in* der Familie bedeuten könnte.

31 Noch ist diese Form dogmatisch von der Ehe unterschieden, auch wenn manche Bestimmungen des Eherechts entsprechend anwendbar sind.

32 In den Niederlanden und Belgien hingegen können auch gleichgeschlechtliche Paare eine „echte" Ehe eingehen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Moderne und geschlechtergerechte Anforderungen an eine Alterssicherung

Christine Fuchsloch

In der aktuellen Diskussion über die gesetzliche Rentenversicherung wird allgemein ein Reformstau beklagt. Dabei gerät in Vergessenheit, dass erst kürzlich eine grundlegende Reform des Sicherungssystems gegen das Risiko Alter erfolgt ist. Nach langem politischem Streit wurden in der letzten Legislaturperiode (1998-2002) – noch zu Zeiten von Walter Riester als Sozialminister – zum Rentenrecht drei Artikelgesetze verabschiedet. Vereinfacht wird die neue Rente daher auch „Riester-Rente" genannt. Die Neuregelungen traten im Wesentlichen zum 1. 1. 2002 in Kraft.[1] Seither gibt es vier gesetzliche Säulen zur Sicherung im Alter.

Die erste Säule bilden die gesetzlichen Versichertenrenten, die seit 1992 im Sechsten Buch des Sozialgesetzbuchs (SGB VI) geregelt sind. Ihr Niveau hat das Altersvermögensergänzungsgesetz (AVmEG) vom März 2001 mit einer veränderten Rentenformel niedriger angesetzt. Die heutige Klage der Regierung über das Fehlen eines „Nachhaltigkeitsfaktors" oder eines „demografischen Faktors" ist daher insoweit unzutreffend, als mit der Einführung der Riester-Rente tatsächlich das Rentenniveau deutlich gesenkt wurde.

Die zweite Säule bilden die herkömmlichen Hinterbliebenenrenten nach dem SGB VI. Für sie hat das AVmEG u. a. für kinderlose Hinterbliebene die Rentenhöhe von 60 auf 50 % gesenkt, den Ausschluss der so genannten Versorgungsehe und die Option für ein Rentensplitting eingeführt. Das Gesetz zur Verbesserung des Hinterbliebenenrentenrechts vom Juli 2001 hat das ursprünglich vorgesehene Einfrieren des Freibetrags für die Hinterbliebenenrenten aufgehoben und die bisherigen Leistungen für Hinterbliebene wegen Kindererziehung erweitert.

Neu ist die dritte Säule der staatlich geförderten privaten Altersvorsorge. Eingeführt wurde die Option auf einen steuerlich geförderten zertifizierten Altersvorsorgevertrag bzw. die Verwendung von Entgeltansprüchen für die betriebliche Altersvorsorge. Gesetzliche Grundlage ist das Altersvermögensgesetz (AVmG) vom Juni 2001.

Neu ist der ebenfalls mit dem AVmG vom Juni 2001 eingeführte Verzicht auf den Unterhaltsrückgriff gegenüber Kindern und Eltern bei Inanspruchnahme von Hilfe zum Lebensunterhalt im Alter und bei dauerhafter Erwerbsminderung. Grundlage ist das Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung (GSiG) vom Juni 2001. Damit gibt es eine etwas aufgestockte Sozialhilfe für alte Menschen mit abgemilderter Bedürftigkeitsprüfung. Dies ist die vierte Säule gesetzlicher Alterssicherung.

---

1 Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensergänzungsgesetz - AVmEG) v. 21. 3. 2001, BGBl 2001 I S. 403; Gesetz zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (Altersvermögensgesetz - AVmG) v. 26. 6. 2001, BGBl 2001 I S. 1310; Gesetz zur Verbesserung des Hinterbliebenenrechts v. 17. 7. 2001, BGBl 2001 I S. 1598.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Im Anschluss an die Reform wird in der aktuellen politischen Diskussion nunmehr gefordert, die private Kapitaldeckung auszuweiten, das Rentenniveau noch weiter abzusenken und die Hinterbliebenenrenten noch weiter abzuschmelzen. Nachfolgend wird untersucht, ob die private Kapitaldeckung hält, was sie verspricht, und was diese Forderungen für die Alterssicherung von Frauen[2] bedeuten. Dabei ist ausgehend von den bisherigen Grundstrukturen der gesetzlichen Rentenversicherung zu zeigen, was die aktuellen Herausforderungen sind und in welchen Richtungen Lösungen gesucht werden müssten, die geschlechtergerecht und nachhaltig sind.

1. Grundstrukturen der gesetzlichen Rentenversicherung

Hundertfünfzehn Jahre alt ist die gesetzliche Rentenversicherung in Deutschland. Ihre Geschichte ist eine Geschichte der Veränderungen.

Von der Kapitaldeckung zum Umlageverfahren

Im Jahr 1889 wurde das „Gesetz betreffend die Invaliditäts-und Alterssicherung" erlassen.[3] Die Finanzierung war ursprünglich auf dem Kapital- bzw. Anwartschaftsdeckungsverfahren aufgebaut. Vereinfacht heißt das: Die eingezahlten Beiträge werden als Kapital gesammelt, um sie dann auszuschütten. 1917 hatten die Rentenversicherungsträger das Vermögen zu 50 % in Aktien, zu 40 % in Darlehen und zu 4 % in Immobilien angelegt, eine Mischung, die eine kluge Finanzberatung vielleicht auch heute empfehlen könnte. Das Vermögen ging während der Inflation nach dem Ersten Weltkrieg weitgehend verloren. Die danach gesammelten Kapitalrücklagen fielen der Weltwirtschaftskrise im Jahr 1929 zum Opfer.[4] Als sich das Gleiche im Zweiten Weltkrieg wiederholte, stellte man mit der Einführung der DM auf das Umlageverfahren um. Seitdem kann man nur eingeschränkt davon sprechen, die Rente beruhe auf „eigenen Beiträgen", denn die eigenen Beiträge der Rentner sind lange verbraucht. Was jetzige Rentner früher als Erwerbstätige an Beiträgen gezahlt haben, ist für die Generation der damaligen Rentner ausgegeben worden.

2 Grundlegend zu der Rentenreform aus dem Jahr 2002: Rust, Ursula: Alterssicherung der Frau – neue Widersprüche und rechtliche Risiken als Folge der „Riester-Rentenreform", SGb 2001, 650-658 und dies.: Geschlechtsspezische Neuregelungen der Rentenreform, Mitteilungen LVA Ober-fran-ken/-Mit-tel-fran-ken 2001, 737-742.

3 Gesetz vom 22. Juni 1889, RGBl. S. 97.

4 Ausführlich dazu Ruland, Franz: Die Rentenversicherung in Deutschland im Zeichen der Jahrhundertwende, DRV 2000, S. 23 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vom Zwei-Generationen-Vertrag zum Drei-Generationen-Vertrag

Rein monetär betrachtet beruht das Umlageverfahren auf einem Zwei-Generationen-Vertrag: Die Jüngeren leisten Beiträge von ihrem Lohn, die als Rente sofort ausgeschüttet werden. Aber wenn sich die jüngere, erwerbstätige Bevölkerung darauf beschränken würde, zu arbeiten und Sozialversicherungsbeiträge zu zahlen, dann wäre dies das Ende für das Rentenversicherungssystem. Denn wer sollte dann später die Beiträge für die jetzt Erwerbstätigen zahlen? Deshalb muss die nachfolgende Generation auch für die übernächste Generation sorgen, also Kinder bekommen und aufziehen. Diese simple Einsicht haben Frauen wohl immer schon gehabt. In der rechtspolitischen Diskussion dauerte es ziemlich lange, bis das gedankliche Modell eines Zwei-Generationen-Vertrages auf das Modell eines Drei-Generationen-Vertrages erweitert wurde. Es bedurfte dafür eines kräftigen Anstoßes. Das BVerfG hat im so genannten Trümmerfrauenurteil von 1992[5] entschieden, dass die Kindererziehung als ein eigenständiger, generativer Beitrag zur gesetzlichen Rentenversicherung anzusehen ist. Dieser Gedanke ist vom Gericht in der Entscheidung zur Notwendigkeit einer additiven Berücksichtigung von monetären Beitragszeiten und Kindererziehungszeiten noch einmal hervorgehoben worden.[6] Schon deshalb sind Kindererziehungszeiten auch nicht „versicherungsfremd" – ein ohnehin problematischer Begriff.

Von den Witwenrenten zum Versorgungsausgleich

Die Hinterbliebenenrente gehörte ursprünglich nicht zur gesetzlichen Rentenversicherung. Für Angestelltenwitwen wurde sie 1911 eingeführt. Arbeiterwitwen erhielten eine Witwenrente nur, wenn sie selbst invalide, also erwerbsunfähig waren. Ab 1949 bekamen Arbeiterwitwen auch eine abgeleitete Rente, wenn sie 60 Jahre alt waren. Seit 1957 gibt es eine unbedingte Witwenrente auch für junge kinderlose Witwen.[7] Als Trendwende für die Witwenrente zumindest für Frauen kann das Jahr 1986 gelten. Seither wird das eigene Einkommen auf die Rente dynamisch angerechnet. Das war der finanzielle Preis dafür, dass Witwer unter den gleichen Voraussetzungen wie Witwen eine Hinterbliebenenrente erhielten.

Hinterbliebenenrenten versichern das Risiko der Eheschließung. Ein bei seinem Tode verheirateter Rentner ist teurer für die gesetzliche Rentenversicherung als ein unverheirateter. Die Rentenzahlungen verlängern sich um die Lebzeiten des überlebenden Ehegatten. Die Rente wird von Anfang an in voller Höhe an den Versicherten ausgezahlt, obwohl die Anwartschaften in einer Ehe erworben wurden und zwei Personen absichern müssen. Vor allem ist ein verheirateter auch teurer als ein geschiedener Rentner. Besonders belastend für die solidarische Rentenversicherung sind Ehepaare mit großen Altersunterschieden, bei denen der überlebende Ehegatte nur eine geringe Anwartschaft

5 BVerfG vom 7. Juli 1992, BVerfGE 87, 1 (39).
6 BVerfG vom 12. März 1996, BVerfGE 94, 241.
7 Vgl. im Überblick Rust, Ursula: Rentenrecht. Für Frauen besonders relevante Veränderungen. In: Informationen für die Frau, Folge 2, 2000, S. 12.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

aus eigener Erwerbstätigkeit oder der Kindererziehung erworben hat und daher kein eigenes Einkommen auf die Hinterbliebenenrente angerechnet wird.

Die Versicherung des überlebenden Ehegatten ist für den versicherten Rentner kostenlos, das heißt mit keinen finanziellen Einbußen verbunden. Die „eigene" Rente wird bei bestehender Ehe nicht geschmälert, und es müssen für die Absicherung des Hinterbliebenen keine zusätzlichen Beiträge oder Zuschläge geleistet werden. Das Hinterbliebenenrentensystem bewertet die interfamiliäre Aufgabenteilung. Erwerbstätigkeit wird hoch, Haushalts- und Reproduktionsarbeit niedrig bewertet. Damit keine Missverständnisse aufkommen: Es geht nicht darum, dass eine den Ehegatten unterstützende Haushaltstätigkeit ohne Kindererziehung oder Pflege im engeren Sinne rentenrechtlich berücksichtigt werden müsste. Eine solche innerfamiliäre Aufgabenteilung stellt vielmehr einen Beitrag für den dadurch entlasteten berufstätigen Ehegatten dar, der nach unterhaltsrechtlichem Verständnis gleich der Erwerbstätigkeit zu beurteilen ist. Verdient – wie häufig – ein Mann viel und seine Frau wenig, so bekommt der Ehemann sein Leben lang eine hohe eigene Rente. Die Ehefrau erhält bis zu seinem Tode keine oder eine geringe Rente, danach eine reduzierte einkommensabhängige Hinterbliebenenrente. Für das Haushaltseinkommen ist entscheidend, wer zuerst stirbt.

> Beispiel: Bei 5 Kindern, die vor 1992 geboren sind, bekommt eine Frau eine Rente von rund 129 Euro monatlich. Als fiktiver Eckrenter mit einem 45-jährigen Durchschnittseinkommen erhält der Mann im Jahr 2003 eine Rente von etwa 1.164 Euro monatlich.[8] Stirbt die Frau, so bleibt ein Haushaltseinkommen von 1.164 Euro. Stirbt der Mann, so bleibt ein Haushaltseinkommen von rund 827 Euro.

Die Idee der Gleichwertigkeit der innerfamiliären Rollenverteilung für die Alterssicherung ist paradoxerweise nicht für die bestehende Ehe, sondern nur für den Fall der Scheidung umgesetzt. 1977 wurde der Versorgungsausgleich eingeführt. Bei Scheidung werden die Rentenanwartschaften paritätisch aufgeteilt. Jeder der Ehegatten erhält die Hälfte der gemeinsam in der Ehe erworbenen Anwartschaften. Interessant ist, dass diesem Modell des Versorgungsausgleichs grundlegendere Überlegungen zur Reform des Rentenrechts in Richtung auf eine eigenständige Sicherung von Frauen in der gesetzlichen Rentenversicherung vorausgegangen sind. Bereits damals wurden Modelle eines Rentensplittings während der Ehe diskutiert. Weiter wurde eine Pflichtversicherung der „Hausfrau" vorgeschlagen, die während der Kindererziehung beitragsfrei sein sollte. Aus heutiger Sicht scheiterten diese Vorschläge vor allem aus zwei Gründen: Die Probleme bei der Einbeziehung der Versorgungswerke von Selbständigen und der Beamtenversorgung erschienen unüberwindbar. Noch wichtiger war aber, dass eine deutliche Senkung der „Hauptverdienerrenten" – in der Regel der Männerrenten – nicht akzeptabel erschien.

Um zu verdeutlichen, wie sehr die Rentenversicherung die nicht geschiedene Ehe subventioniert, und zwar das höhere Einkommen noch stärker als das niedrige, ist noch einmal auf das oben verwendete Beispiel zurückzukommen.

8 Die Werte beziehen sich auf die alten Bundesländer. In den neuen Bundesländern ist der aktuelle Rentenwert und damit auch die Rente für 45 Versicherungsjahre etwas niedriger.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Beispielsabwandlung: Lassen die beiden Ehegatten sich scheiden, so führt dies nicht nur für den Mann zur Senkung der Rente. Bei einer langen Ehe, in die viele Versicherungsjahre fallen, und bei großen Einkommensunterschieden ist für beide Ehegatten eine Scheidung nachteilig für die Rentenhöhe. In dem obigen Beispiel bekommt bei einer Scheidung nach Abschluss des Versicherungsverlaufs, also kurz vor dem Rentenalter, bei überschlägiger Berechnung jeder Einzelne eine eigene Rente von weniger als 700 Euro monatlich – unabhängig davon, wer zuerst stirbt.

Die große Privilegierung der lebenslangen Ehe hängt mit dem höheren Splittingsatz von 60 % – statt 50-%-Aufteilung wie bei beim Versorgungsausgleich – und mit den Freibeträgen für das eigene Einkommen zusammen.

2. *Alte und neue Herausforderungen für die Alterssicherung*

Die Rentenversicherung steht vor drei großen Herausforderungen: der demografischen Entwicklung, der Arbeitsmarktveränderung und der Veränderung familiärer Lebensverhältnisse.

Demografische Entwicklung

Deutschland altert, gleich allen westlichen Industrienationen. Das ist allgemein bekannt und rückt durch die Rentendiskussion erneut in das Bewusstsein der Öffentlichkeit. Die Lebenserwartung steigt und damit auch die statistische Rentenbezugszeit.[9] Ein Rentner in Deutschland kann damit rechnen, knapp 81 Jahre alt zu werden, eine Rentnerin kann mit einem statistischen Alter von knapp 85 Jahren rechnen.[10] Geht man weiter davon aus, dass zurzeit das Rentenzugangsalter bei ca. 60 Jahren[11] liegt, dann bedeutet dies eine Rentenbezugszeit von 21 bis 25 Jahren. Es ist davon auszugehen und auch zu wünschen, dass sich diese Entwicklung einer stetigen Steigerung der Lebenserwartung fortsetzt. Die durchschnittliche Lebenserwartung in Deutschland entspricht dem Standard westlicher Industrienationen; in Ländern wie beispielsweise Italien ist die statistische

9 Ausführlicher Kruse, Edgar: Sterblichkeit und fernere Lebenserwartung von Versichertenrentnern der gesetzlichen Rentenversicherung – Aktuelle Ergebnisse einer Sterbetafelberechnung für 1996/1998. In: DRV-Heft, 3-4 2000, S. 121 ff.

10 Rentenversicherungsbericht 1999, BTDrucks 14/2116, S. 141

11 Rentenversicherungsbericht 1999, BTDrucks 14/2116, S. 96. 1960 betrug das durchschnittliche Rentenzugangsalter bei Männern 59,5 Jahre. Heute sind es 59,7 Jahre. Frauen gingen 1960 mit 58,8 Jahren in Rente, jetzt mit 60,7 Jahren. Diese Entwicklung wird sich durch die Anhebung der Altersgrenzen für die Frauenrenten noch verstärken. Besonders spät in Rente gehen Arbeiterinnen: Ihr durchschnittliches Rentenzugangsalter beträgt 61,6 Jahre. Die Zahlen klammern die knappschaftliche Rentenversicherung aus und sind auf die alten Bundesländer bezogen. In den neuen Bundesländern ist das Rentenzugangsalter mit 58,0 (Männer) und 58,2 (Frauen) Jahren im Jahr 1998 deutlich niedriger.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Lebenserwartung noch höher. Hinzu kommt, dass die Geburtenrate sinkt. Jedes Jahr sterben mehr Menschen als geboren werden. Auffällig ist dies vor allem in den neuen Ländern. 1988 gab es noch einen Geburtenüberschuss von 2.000 Menschen. Zwischen 1992 und 1995 schrumpfte die Bevölkerung jedes Jahr um mehr als 100.000 Menschen.

Das bedeutet zusammengenommen, dass sich der Anteil der Rentner bezogen auf die erwerbsfähige Bevölkerung erhöht. Der Altersquotient, also das Verhältnis der über 65-Jährigen im Verhältnis zu den 15- bis 65-Jährigen, beträgt zurzeit rund 23 %. Ein Wert, der von anderen Ländern wie Großbritannien oder Italien schon jetzt erheblich überschritten wird. Auch in Deutschland wird dieser Quotient noch deutlich steigen. Es wird prognostiziert, dass er im Jahr 2030 rund 35 % betragen wird.[12] Auf 2,8 erwerbsfähige Menschen kommt dann ein Rentner, heute kommt ein Rentner auf 4,3 erwerbsfähige Menschen.

Veränderungen der Arbeitswelt

Damit allein wird die Entwicklung noch nicht ausreichend erfasst. Die Zahl der Erwerbstätigen ist viel kleiner als die Zahl der Erwerbsfähigen. Nicht alle Menschen zwischen 15 und 65 sind erwerbstätig oder erziehen Kinder – leisten also versicherungstechnisch gesprochen einen monetären oder generativen Beitrag zur Rentenversicherung. Das hat viele Gründe, und auch diese Entwicklung hat sich in den letzten Jahrzehnten verstärkt.

Zum einen ist die Jugend- und Ausbildungsphase länger geworden, was zu einem späteren Eintritt in das Erwerbsleben führt. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass die Zahl der Beitragszahler kleiner ist als die Zahl der Erwerbstätigen. Schon immer fielen die meisten Selbständigen und die Teilnehmer an anderen Sicherungssystemen (vor allem die Beamten) als Beitragszahler aus. Abzuziehen sind darüber hinaus die Arbeitnehmer in atypischen Beschäftigungsverhältnissen und nicht zuletzt die Hausfrauen (und die wenigen Hausmänner). Schließlich gehören auch die Arbeitslosen und die Kranken, selbst wenn sie Lohnersatzleistungen beziehen, nur fiktiv zu den Beitragszahlern, und zwar ungeachtet des Umstandes, dass bestimmte Zeiten der Krankheit und Arbeitslosigkeit als Pflichtbeitragszeiten bewertet werden und andere Versicherungsträger Beiträge abführen. Ökonomisch betrachtet bezahlen auf dem Umweg über die Kranken- oder Arbeitslosenversicherung wiederum die aktiven aktuellen Beitragszahler die Rentenversicherungsbeiträge für die Kranken und Arbeitslosen.[13] Beitragszahler im engeren Sinne, also abhängig Beschäftigte und selbständige Beitragszahler, gab es zum

12 Vgl. VDR, Rentenversicherung im internationalen Vergleich, DRV-Schriften, Band 15, 1999, S. 413 ff.

13 Knapp 15 Mrd. Euro werden jedes Jahr von der Arbeitslosen-, Kranken- und Pflegeversicherung an die gesetzliche Rentenversicherung geleistet, das sind mehr als 7 % der gesamten Beitragseinnahmen. Diese Summen müssen aber die aktuell Pflichtversicherten aufbringen. Das ist weitgehend der gleiche Personenkreis, der auch Beiträge zur Rentenversicherung bezahlt. Die realen Kosten für die Rentenversicherung sind schon deshalb deutlich höher, als der Rentenversicherungsbeitrag von 19,5 % glauben macht. Zu den Zahlen vgl. BTDrucks 14/2116, S. 19.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Stand 31. 12. 2001 nur in der Größenordnung von 25,7 Millionen Personen.[14] Demgegenüber wurden am 1. Juli 2002 Versichertenrenten an 19,5 Millionen Rentner ausgezahlt, 1997 waren es noch 17,7 Millionen. Vier Beitragszahler stehen also drei Rentnern gegenüber.

Die realen Kosten für die Alterssicherung sind noch höher, wenn man den Bundeszuschuss mitberücksichtigt. Insgesamt betrug der Bundeszuschuss im Jahr 2002 über 56 Mrd. Euro und damit mehr als ein Viertel der Gesamteinnahmen der Rentenversicherung. Über den Bundeszuschuss werden die Steuerpflichtigen (etwa über die Lohn-, Einkommens- und Mineralölsteuer) zur Mitfinanzierung der Renten herangezogen. Allein für die jetzt auf drei Jahre erweiterten Kindererziehungszeiten werden jährlich 7 Mrd. Euro[15] an die Rentenversicherung überwiesen. Diese Leistungen werden für die jetzt geborenen Kinder von allen aktuell Steuerpflichtigen erbracht. Sie subventionieren die jetzige Rentnergeneration, ohne dass es äquivalent den Müttern unter den Rentnerinnen zugute kommt, denn für diese Generation wurde nur ein Jahr an Kindererziehungszeiten berücksichtigt.

In der gegenwärtigen Lage ist dieser Zuschuss zur Verbreiterung der Beitragsbasis wichtig. Es gibt auch gute Gründe, die Rentenversicherungsbeiträge als Nebenkosten für sozialversicherungspflichtige Arbeit nicht auf deutlich über 20 % ansteigen zu lassen. Gleichwohl werden auch durch den Bundeszuschuss die tatsächlichen Kosten für die jeweilige Alterssicherung verschleiert. Das verhindert echte Reformen sowohl bei der Rentenversicherung als auch bei der Beitragsgestaltung.

Nutzlosigkeit eheabgeleiteter Sicherungsansprüche

Auch die dritte Entwicklung ist hinlänglich bekannt. Ehen halten heute häufig nicht mehr ein Leben lang, und die Kindererziehung wird nicht mehr typischerweise von verheirateten Eltern erbracht. Seit dem 19. Jahrhundert haben die Ehescheidungen in Deutschland wie in allen westlichen Industrienationen stetig zugenommen. Fast jede dritte Ehe wird inzwischen geschieden. 1989 lag die Scheidungswahrscheinlichkeit in der alten Bundesrepublik bei 30,1 %, in der DDR bei 36,9 %.[16] Inzwischen stehen 100 Eheschließungen 46 Ehescheidungen gegenüber, Tendenz steigend.

Auch fallen Ehe und Familie nicht mehr typischerweise zusammen. Die Zahl der nichtehelich geborenen Kinder erhöht sich. In der DDR wurde zuletzt über ein Drittel aller Kinder außerhalb einer Ehe geboren.[17] 1998 betrug diese Zahl im Bundesdurchschnitt gut 22 % und ist damit gegenüber der Vergangenheit deutlich angestiegen, selbst wenn sie von Zahlen wie beispielsweise denen aus Dänemark mit einer Nichtehelichenquote von 46 % noch weit entfernt ist. Aber nicht nur nichtehelich geborene Kinder

14 Vgl. Rentenversicherungsbericht 2003, BTDrucks 15/2144, S. 14.
15 Vgl. VDR, Fakten und Argumente, Nr. 9, S. 6.
16 Fünfter Familienbericht 1994, BTDrucks 12/7560, S. 52 f.
17 Fünfter Familienbericht 1994, BTDrucks 12/7560, S. 55.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

werden außerhalb einer Ehe erzogen. Die Zahl der geschiedenen Alleinerziehenden ist in Deutschland fast doppelt so hoch wie der Zahl der ledigen Alleinerziehenden.[18]

In der jetzigen Rentnerinnengeneration sichern die Hinterbliebenenrenten noch viele ältere Frauen, die keine oder nur minimale eigene Anwartschaften erworben haben. Diese geringen Anwartschaften hängen neben vielen anderen Gründen auch damit zusammen, dass bei den jetzigen Rentnerinnen nur ein Jahr Kindererziehung angerechnet wird, die verursachten Lücken und Nachteile in der Alterssicherung aber erheblich höher sind. Hinterbliebenenrenten haben hier eine wichtige Funktion. Sie verhindern die Altersarmut von Frauen. Aber sie entsprechen nicht mehr der oben gekennzeichneten Vielfalt familiärer Lebensformen. Außerdem belohnen sie einseitig die lebenslange Ehe, unabhängig von Kindererziehungs- und Pflegeleistungen. Immer mehr Frauen fallen aus dieser Sicherung ganz heraus. Es sind die Alleinerziehenden, die Geschiedenen und die ledigen Frauen in schlecht bezahlten Frauenberufen. Bei den Geschiedenen können von dem Problem der Altersarmut prinzipiell auch Männer betroffen sein. Dies gilt vor allem für sehr lange Ehen, in denen nur ein Partner Anwartschaften erworben hat. Im Regelfall einer Scheidung innerhalb der ersten 10 Jahre einer Ehe haben Männer jedoch im Vergleich zu Frauen statistisch eine erheblich stetigere und längere Erwerbsbiografie.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Ehe schon jetzt faktisch ihre prägende Rolle als traditionelles Versorgungsinstrument für Frauen, die Kinder erziehen, verloren hat und eine Alterssicherung, die eine lebenslange, also bis zum Tod eines Partners bestehende Ehe voraussetzt, nicht mehr den Realitäten entspricht. Nicht vertieft werden kann an dieser Stelle, dass ein von einem Partner abgeleiteter Anspruch auch mit dem Selbstverständnis heutiger Frauen unvereinbar ist.

3. Lösungsweg Riester-Rente?

In der letzten Legislaturperiode ist die private kapitalgedeckte Altersvorsorge eingeführt worden, und zwar unter dem Schlagwort „Brücke der Generationen" mit folgender Zielsetzung: „Zum anderen geben wir den Jüngeren die Chance, eine zusätzliche kapitalgedeckte Alterssicherung aufzubauen."[19] Ziel der als Jahrhundertreform gefeierten Neuerung war eine mittelfristige Lösung der Probleme der gesetzlichen Rentenversicherung.

18 Von 100 Alleinerziehenden mit Kindern unter 18 Jahren im Jahr 1991 waren statistisch betrachtet 21,2 ledig, 38,6 geschieden und 9,1 noch verheiratet, aber getrennt lebend. BTDrucks 12/7560, S. 57.

19 SPD und Bündnis 90/Die Grünen – Koalitionsarbeitsgruppe: Konzept für eine Rentenstrukturreform, Stand 30. Mai 2000 (im Folgenden: Konzept-Rentenstrukturreform) veröffentlicht im Internet unter http://bma.de; siehe auch SozSich 2000, S. 218 f. und 182 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Aufgabe der paritätischen Finanzierung

Konzeptionell sollen die Arbeitnehmer/innen seit 2001 einen Teil des Bruttolohns zusätzlich zu den bisherigen Rentenbeiträgen an eine private Versicherung abführen. Dies bedeutet zunächst, dass nur die abhängig Beschäftigten an der ergänzenden kapitalgedeckten Versicherung des Risikos Alter beteiligt werden. Umgekehrt folgt daraus, dass die Unternehmen um die hälftigen Sozialabgaben in diesen Teilbereichen entlastet werden.[20] Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, bei einer vom Unternehmen ausgehenden Betrachtung der Lohnsumme sei es unerheblich, ob die Sozialversicherung als Arbeitgeber- oder Arbeitnehmerbeitrag ausgestaltet ist, in jedem Fall sei der Sozialversicherungsbeitrag Bestandteil des Lohns. Wenn überhaupt, dann gilt dieses Argument nur für ein obligatorisches Versicherungssystem, das alle gleichermaßen belastet. Aber auch in diesem Fall ist es mehr als fraglich, ob im Rahmen der Tarifverhandlungen Lohnerhöhungen zum zumindest hälftigen Ausgleich dieser Belastungen akzeptiert werden. Ist doch nach dem gedanklichen Ansatz der privaten Zusatzversorgung der bzw. die Beschäftigte allein für diesen Teil der (hoffentlich) lebensstandardsichernden Alterssicherung verantwortlich.

Versorgungsniveau durch die Kapitaldeckung

Nach dem Kapitalkonzept liegt der Beitrag zunächst bei 0,5 % des Bruttoeinkommens und steigt bis zum Jahr 2008 auf 4,0 % an. Den ursprünglichen Berechnungsbeispielen zufolge soll sich darauf bei 5,5-prozentiger Verzinsung im Jahr 2050 statistisch eine private Zusatzrente von über 1.600 Euro ergeben. Um die Zeitdimensionen zu verdeutlichen folgendes Beispiel:

Im Jahr 2050 werden die jetzt 15-jährigen Kinder mit 65 Lebensjahren in Rente gehen, sofern die Altersgrenzen bis zu diesem Zeitpunkt nicht angehoben worden sind. Nach den Planberechnungen soll die Rente dann zu einem Drittel aus dieser privaten Zusatzversorgung bestehen und nur noch zu zwei Dritteln aus der solidarischen gesetzlichen Rentenversicherung.

Problematisch ist der Optimismus der Modellrechnung. Eine langfristige Verzinsung von 5,5 % wird in Fachkreisen angesichts des bereits akkumulierten Kapitals auf dem internationalen Finanzmarkt als viel zu hoch angesehen. Während die Aufrechterhaltung des Versorgungsniveaus bei der Umlagefinanzierung durch die demografische Entwicklung unmittelbare Probleme bereitet, geschieht dies bei der Kapitaldeckung mittelbar aufgrund der Renditeentwicklung.[21] In seriösen Modellrechnungen zu den Belastungswirkungen bei einem Wechsel der Finanzierungsverfahren in der gesetzlichen Rentenversicherung werden reale Zinssätze von 2 bis 4 % zugrunde gelegt.[22] Das hohe Risiko

20 Konzept-Rentenstrukturreform S. 2

21 Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung. Kapitaldeckung: Kein Wundermittel für die Altersvorsorge, Wochenbericht 46/98, S. 18.

22 Eitenmüller, Stefan/Hain, Winfried: Potentielle Effizienzvorteile kontra Übergangskosten. Modellrechnungen zu den Belastungswirkungen bei einem Wechsel des Finanzierungsverfahrens in der gesetzlichen Rentenversicherung, DRV-Heft 9-10, 1998, S. 634 (649).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einer kapitalgedeckten Versorgung gerade für die problematischen Rentenzugangsjahre zwischen 2020 und 2030 hängt damit zusammen, dass angesichts einer überalterten Bevölkerung viele Länder, darunter auch sehr große Länder wie Kanada, schon in der Vergangenheit enorme Kapitalsummen angespart haben, die genau in diesen Jahren ausgeschüttet werden sollen.[23] Die Gefahr einer massiven Geldentwertung ist daher nicht von der Hand zu weisen. Schließlich warnen Wirtschaftsinstitute vor den makroökonomischen Folgen der Erhöhung der Sparquote und dem entsprechenden Ausfall von Konsumnachfrage; mit Wachstumseinbußen müsste in der Übergangsphase gerechnet werden.[24]

Davon ausgehend lässt sich der Wert der kapitalgedeckten Zusatzfinanzierung auch in anderer Weise berechnen. Berücksichtigt man nicht die hypothetischen, sondern die garantierten Erträge der privaten Zusatzversorgung, ergibt sich ein deutlich schlechteres Bild. Eine Sicherheitsklausel in den privaten Verträgen soll garantieren, dass jedenfalls die Beiträge ausgeschüttet werden, die eingezahlt wurden.[25] Andernfalls entfällt die steuerliche Förderung. Wendet man diese Grundannahmen auf die Vergangenheit an, so ergibt sich folgende Sicherung: Ein fiktiver Eckrentner (45 Jahre Beitragszahlung mit Durchschnittseinkommen)[26] hätte bei einer zusätzlichen 4-%-igen Belastung seines Bruttodurchschnittseinkommens in den letzten 45 Jahren ohne Verzinsung ein Kapital von 25795,55 Euro angespart.[27] Wird dieses Kapital bezogen auf die statistische Lebenserwartung von 20 Jahren ab dem 65. Lebensjahr verrentet, so beträgt die monatliche Zusatzrente noch 107,48 Euro. Das wären aber weniger als ein Zehntel der Gesamtversorgung im Alter statt des angepeilten Drittels zur Gewährleistung einer lebensstandardsichernden Altersversorgung. Das ist eine der Schwächen der Kapitaldeckung im Verhältnis zum Umlageverfahren.

Bewertung der Kapitaldeckung aus Frauensicht

Aus mehreren Gründen ist die private Zusatzversicherung für weibliche Beschäftigte besonders nachteilig. Die private Zusatzrente soll allein aus der individuellen Ansparsumme gezahlt werden. Frauen haben jedoch deutlich niedrigere Verdienste als Männer.

23 Nach wie vor instruktiv zu den Zusammenhängen und Risiken des Weltfinanzmarktes: Martin, Hans-Peter/Schumann, Harald: Die Globalisierungsfalle. Der Angriff auf Demokratie und Wohlstand. Hamburg 1998, S. 63 ff.

24 Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung. Einstieg in die Teilkapitaldeckung der Altersvorsorge mit Wachstumseinbußen verbunden, Wochenbericht 46/99, S. 823.

25 Gegen diese Klausel wenden sich vor allem die Fondsgesellschaften und Banken. Sie befürchten, dass die Garantie nur bei privaten Versicherungen, nicht jedoch bei anderen Alterssicherungsformen gegeben werden kann – ein lukratives Geschäft damit allein für die private Versicherungswirtschaft, allen voran die Allianz. Ausführlich dazu Brost, Marc/Hauch-Fleck, Marie-Luise: Eine Allianz fürs Leben, in: Die Zeit Nr. 26/2000.

26 Eckrentnerinnen, also Frauen mit 45 Beitragsjahren gibt es noch seltener als die seltenen Spezies der männlichen Eckrenter.

27 Zu den genauen tabellarischen Berechnungen auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Sterbetafeln vgl. Fuchsloch, Christine in: Rust, Ursula (Hrsg.): Eigenständige Alterssicherung von Frauen. Sozialpolitik in Europa. Bd. 5, Wiesbaden 2000, S. 32-50.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Selbst unter den Vollzeitbeschäftigten verdienen sie auch heute noch rund ein Viertel weniger als ihre männlichen Kollegen. Der Abstand wird noch größer, wenn auf den Durchschnittsverdienst aller Beschäftigten einschließlich der typischerweise weiblichen Teilzeitbeschäftigung abgestellt wird. Die Lohndiskriminierung setzt sich so in der Rente fort.

Vor allen wegen Zeiten der Kindererziehung und Pflege, aber auch ehebedingt haben Frauen deutlich kürzere Erwerbsverläufe als Männer, Zeiten, in denen nicht durch Abzüge vom Lohn Kapital aufgebaut werden kann. Die private Versicherung kennt keine Kindererziehungszeiten oder Pflegezeiten, in denen fiktive Beiträge angespart werden. Bei einer klugen Ausgestaltung des Ausgleichsfaktors hätten diese Zeiten stattdessen zusätzlich in der gesetzlichen Rentenversicherung berücksichtigt werden können. Von dem individualisierten Ausgleichsfaktor soll jedoch im gegenwärtigen Konzept wieder Abstand genommen worden sein. In jedem Fall wird zusätzlich wegen der unsteten Erwerbsverläufe die private Zusatzrente von Frauen deutlich niedriger sein als die von Männern.

Ein Drittes kommt hinzu: Bei einer allein versicherungsmathematischen Berechnung der Rentenleistungen bekommt eine Frau bei gleicher Ansparsumme eine deutlich niedrigere monatliche Rente, denn sie muss für einen längeren Zeitraum reichen. Oder Frauen müssen für die gleiche Leistung einen höheren Beitrag zahlen. Das ist der Hintergrund der aktuellen Debatte über die so genannten Unisex-Tarife. Dabei gibt es zu Recht Protest sowohl von europäischer Ebene durch einen Vorstoß der zuständigen EU-Kommissarin als auch von Verfassungsrechtlerinnen. So hat Ute Sacksofsky (Lehrstuhl für öffentliches Recht an der Universität Frankfurt am Main) Anfang des Jahres 2003 in einem viel beachteten Interview mit der Süddeutschen Zeitung die Auffassung vertreten, dass die Riester-Rente in der gegenwärtigen Ausgestaltung verfassungswidrig sei. Der Staat verstoße dadurch, dass er die Tarife der privaten Versicherungsunternehmen, die höhere Beiträge für Frauen vorsehen, zertifiziert, gegen das Gleichbehandlungsgebot. Denn er müsse sich das Verhalten der Versicherer, die für Männer und Frauen unterschiedliche Tarife anbieten, zurechnen lassen. Wenn sich die Versicherer, die so genannte Riester-Produkte anbieten, auf „versicherungsmathematische Grundsätze" zurückzögen, könne sich der Staat dies nicht ohne weiteres zu Eigen machen, indem er solche Produkte zertifiziere und damit de facto legalisiere. Inzwischen soll Zeitungsberichten zufolge die Bundesregierung auch beabsichtigen, diesen Bereich der Riester-Rente zu ändern und dabei zahlreiche Vereinfachungen vorzunehmen. Das wird zu Übergangsproblemen für die bisher kalkulierten Renten führen. Bedauerlich ist, dass dieser unter anderem vom Deutschen Juristinnenbund[28] kritisierte Punkt nicht bereits im Gesetzgebungsverfahren aufgegriffen wurde.

28 Stellungnahme des djb zum Gesetzentwurf zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung und zur Förderung eines kapitalgedeckten Altersvorsorgevermögens (BTDrucks 14/1310) im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung am 11. Dezember 2000, veröffentlicht unter http://www.djb.de/content.php/pmsn-49.html (10.03.2004).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

4. *Hinterbliebenenrenten*

Lange Zeit hatte die damalige Bundesregierung Schröder eine Wahlmöglichkeit zwischen zwei Rentenmodellen vorgesehen. Neben einer durch Einkommensanrechnung gekürzten Hinterbliebenenrente sollte ein so genanntes Partnerschaftsmodell mit einem Rentensplitting beim Todesfall eingeführt werden.[29] Das Partnerschaftsmodell war zwar noch nicht ausgereift und hatte Mängel. Ein Defizit bestand darin, dass – im Gegensatz zu dem bei einer Scheidung durchgeführten paritätischen Versorgungsausgleich – der privilegierende Splittingsatz von 70 % gewählt wurde. Außerdem sollte das Splitting erst mit dem ersten Todesfall durchführt werden, die Grundstruktur „meine Anwartschaften gehören mir" wurde also nur leicht modifiziert. Immerhin sollten jedoch beim Tod die Rentenanwartschaften geteilt werden, was zu einer dann gleich hohen Versorgung des überlebenden Ehegatten – sei es des geringer oder höher Verdienenden – geführt hätte. Die für die Hinterbliebenenrente geschilderte Ungerechtigkeit einer ganz unterschiedlichen Höhe des Haushaltseinkommens, je nachdem ob der Mann oder die Frau in einer Ehe zuerst stirbt, wäre beseitigt worden. Außerdem war das Partnerschaftsmodell ein kleiner Schritt in Richtung auf eine eigenständigere Sicherung von Frauen, denn die zugesplitteten Anwartschaften wären eigenständig in der Ehe erworbene gewesen, hätten den Schutz von Art. 14 GG genossen und wären weder durch eigenes Einkommen noch durch Wiederheirat verloren gegangen. Schließlich hätte das Modell die Erwerbstätigkeit beider Partner durch eine höhere Gesamtversorgung honoriert. Insofern war dieses Modell moderner als das traditionelle Hinterbliebenenrentenmodell, das die Hausfrauenehe oder die Ehe mit den erheblichen Einkommensdifferenzen privilegiert.

Zwischen Januar und Juni 2000 ist das Partnerschaftsmodell als Rentenkonzept der Bundesregierung verschwunden. Die Gründe dafür sind unbekannt. In der öffentlichen Rentendiskussion wurden die Differenzen zu den Gewerkschaften (um den hälftigen Arbeitgeberbeitrag) und zur CDU (um kindbezogene Förderelemente) hochstilisiert, die Stellungnahmen von Frauenverbänden fanden nur vereinzelt Gehör. Es kann also nur spekuliert werden, aus welchen Gründen das zarte, entwicklungsfähige und -bedürftige Pflänzchen „Partnerschaftsmodell" zugunsten der tradierten Hinterbliebenenrente wieder eingestampft wurde. Es könnte daran gelegen haben, dass die langfristige Wahlmöglichkeit zwischen den zwei Systemen Partnerschafts- oder Hinterbliebenenrente mit unklaren Optionen als problematisch angesehen wurde. Diese Kritik wird auch von der Verfasserin geteilt. Dem hätte jedoch leicht dadurch entsprochen werden können, dass die Partnerschaftsrente künftig das Standardmodell gewesen wäre. Für eine Übergangszeit hätte dann ein Wahlrecht ausgeübt werden können. Stattdessen blieb es beim theoretischen Ansatz einer Hinterbliebenenrente, die jedoch in den Leistungen durch die Einkommensanrechnung reduziert wurde. Jeder Ehegatte erhält beim Versicherungsfall, also beim Eintritt in das Rentenalter, „seine volle eigene Rente" mit lebenslanger Garantie der eigenen Anwartschaften. Die Rürup-

29 Vgl. Eckpunkte der Bundesregierung zur Rentenstrukturreform zum Thema „Alterssicherung der Frauen".

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kommission sieht keinen aktuellen Reformbedarf bei den Hinterbliebenenrenten. Demgegenüber schlägt die Herzog-Kommission eine drastische Kürzung der Hinterbliebenenrenten und gleichzeitig eine Ausweitung der Kindererziehungszeiten vor. Aus frauenpolitischer Sicht ist diese Diskussion ein Rückschritt gegenüber den Reformmodellen, die in der letzten Legislaturperiode wenigstens diskutiert wurden.

5. *Kindbezogene Höherbewertung von niedrigen Frauenlöhnen*

Eine frauenfreundliche Regelung scheint auf den ersten Blick die Erhöhung der individuellen Entgelte um die Hälfte auf maximal das Durchschnittseinkommen für die ersten zehn Lebensjahre des Kindes zu sein.[30] Um die Regelung an einem Beispiel zu verdeutlichen: Arbeitet die Mutter in den ersten zehn Lebensjahren des Kindes auf einer Teilzeitstelle, bei der die Arbeitszeit und damit auch der Lohn um die Hälfte reduziert ist, wird der Lohn für die Rente fiktiv auf eine 3/4-Stelle aufgestockt. Arbeitet sie voll, verdient jedoch nur 2/3 des Durchschnitts – was bei Frauengehältern keine Seltenheit ist –, dann wird der Lohn auf das Durchschnittsgehalt aufgestockt.

Die Regelung ist gut gemeint, aber nicht gut gemacht. Der Teufel steckt im Detail. Zunächst gilt die Regelung faktisch nur für sieben Jahre, denn in den ersten drei Lebensjahren eines Kindes führt bereits bisher die Kindererziehungszeit dazu, dass volle Entgeltpunkte erworben werden, also immer das Durchschnittseinkommen erreicht ist.[31] Problematisch ist jedoch vor allem, dass für die Aufstockung der Entgelte die rentenrechtliche Wartezeit von 25 Jahren erfüllt sein muss. Nach der Begründung des Konzepts soll es für heutige Frauen wegen der zehnjährigen Berücksichtigungszeiten für Kindererziehung leicht sein, diese Versicherungsjahre zu erreichen. Diese Annahme ist jedoch schwer nachzuvollziehen. Kinderberücksichtigungszeiten werden nicht zu den übrigen rentenrechtlichen Beitragsjahren addiert, die Zeiten werden aufeinander angerechnet. Kindererziehungszeiten und -berücksichtigungszeiten fallen ohnehin zusammen und werden für mehrere Kinder je nach Abstand der Geburten aufeinander angerechnet.

Neu ist schließlich die Förderung von Zwei- und Mehrkindfamilien. Den maximalen Zuschlag von fiktiven 33 % des Durchschnittsverdiensts soll auch ohne Beschäftigung eine Frau mit zwei oder mehr Kindern erhalten, die wegen Kindererziehung nicht erwerbstätig ist. Kritisch anzumerken ist Folgendes: Die Aufwertung der Entgelte in den ersten zehn Lebensjahren von Kindern bis zum Durchschnittseinkommen stellt eine versteckte Subventionierung und damit eine Rechtfertigung niedrigerer Frauenlöhne dar. Außerdem wird ein Anreiz gegen die Erwerbstätigkeit von Müttern in gut bezahlten Positionen geschaffen, wenigstens, wenn sie in Vollzeitarbeit arbeiten. Der auf solche

30 Die nicht unkomplizierte Regelung ist in § 70 Abs. 3a SGB VI verankert.

31 Sinn würde die Regelung also für diesen Zeitraum nur dann machen, wenn die Kindererziehungszeiten nicht bei der Erhöhung auf das Durchschnittseinkommen berücksichtigt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frauen häufig ohnehin schon ausgeübte moralische Druck, die Erwerbstätigkeit zugunsten der Kinder doch wenigstens teilweise aufzugeben, könnte auf diese Weise weiteren Auftrieb erhalten.

6. *Forderungen*

Aus Frauensicht, aber auch aus gesamtgesellschaftlicher Sicht, sind die derzeitigen Vorschläge zur Rentenreform mehr als enttäuschend. Durch die allein von den Beschäftigten zu tragende kapitalgedeckte Zusatzversorgung wird dem System der gesetzlichen Rentenversicherung Geld entzogen, das nicht mehr zur Umverteilung eingesetzt werden kann. Unter anderem wegen der für Frauen unattraktiven Konditionen wird das Produkt Riester-Rente kaum angenommen, was zu Versorgungslücken im Alter führen wird. Minimalforderung ist daher die Einführung des so genannten Unisextarifes, das heißt, es dürfen nur Produkte zertifiziert werden, die für Frauen und Männer die gleichen Sterbetafeln verwenden.

Eine echte Reform der gesetzlichen Rentenversicherung muss jedoch die Beitragsbasis und damit die Finanzkraft der Rentenversicherung stärken. Dazu gehört die obligatorische Einbeziehung anderer Einkunftsarten und Personengruppen und die Entkoppelung der Sozialversicherung vom „Normalarbeitsverhältnis". Vor allem ist die Privilegierung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse, die seit April 2003 gilt, wieder rückgängig zu machen. Durch die niedrigen pauschalen Beitragssätze für Mini-Jobs wird den Sozialversicherungssystemen weiter Geld entzogen. Außerdem wird die Umwandlung von Teilzeitstellen in versicherungsfreie Beschäftigungen gefördert.

Die Hinterbliebenenrenten bedürften als von der Ehe abgeleitetes und nicht mehr zielgenaues Sicherungssystem aus Frauensicht dringend einer Reform. Es besteht jedoch die große Gefahr, dass die Witwenrenten zum Zwecke der allgemeinen Haushaltskonsolidierung abgeschmolzen werden, ohne dass ein geschlechtergerechtes Alterssicherungssystem an deren Stelle tritt. Das wäre fatal und würde zu eklatanten Sicherungslücken für Frauen führen. Um nicht weiter an Glaubwürdigkeit zu verlieren, muss die Politik sich daher mit geschlechtergerechten Rentenmodellen[32] beschäftigen, die ausgearbeitet und hinsichtlich der Verteilungswirkungen berechnet sind. Dazu gehört ein Rentensplitting unter Verheirateten und eine Veränderung der strikt beitragsäquivalenten Rentenberechnung durch ein Sockel-Steigerungsbeitragsmodell[33] oder ein Modell flexibler Anwartschaften.[34]

32 djb-Modell.

33 So z. B. das Modell des Deutschen Juristinnenbundes, vgl. zur Ausgestaltung, Verteilungswirkung und zum rechtlichen Rahmen: Zusammenstellung der Fachaufsätze, in: Zeitschrift für Sozialreform, 2000, S. 669-889.

34 So z. B. das Modell der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte; hier werden zusätzliche feste Entgeltpunkte gutgeschrieben, um diskontinuierlichen Erwerbsverläufen Rechnung zu tragen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

III. Frauenförderung

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gender Mainstreaming, Frauenförderung und Rechtsentwicklung im Hochschulbereich
Vom Machtverhältnis zum Rechtsverhältnis und Verfahren

Margot Gebhardt-Benischke

Frauen und Männer, die, neugierig geworden durch verheißungsvolle Botschaften von Gender Mainstreaming als „Innovation in der Gleichstellungspolitik"[1] oder als „Chance für den Dialog zwischen den Geschlechtern"[2] oder die hören, dass in den Hochschulen die Entwicklung „von der Frauenförderung zu Gender Mainstreaming"[3] in vollem Gange sei, meinen, dass sie als moderne, innovationsbewusste Bürgerinnen und Bürger darüber Bescheid wissen sollten, was Gender Mainstreaming eigentlich sei, können sich von der Bundesregierung informieren lassen. In einer von ihr herausgegebenen Broschüre, die auch ins Netz gestellt wurde[4], heißt es:

> „Mit Kabinettsbeschluss vom 23. Juni 1999 hat die Bundesregierung die Gleichstellung von Frauen und Männern als durchgängiges Leitprinzip ihres Handelns anerkannt und beschlossen, diese Aufgabe mittels der Strategie des Gender Mainstreaming zu fördern. In der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien ist dementsprechend die Verpflichtung aller Ressorts festgelegt, den Mainstream-Ansatz bei allen politischen, normgebenden und verwaltenden Maßnahmen der Bundesregierung zu beachten (§ 2 GGO). Hintergrund ist die rechtliche Verpflichtung der EU-Mitgliedstaaten aus dem Amsterdamer Vertrag.[5] Art. 2 und 3 Abs. 2 EG-Vertrag verpflichten alle Mitgliedsländer zu einer aktiven und integrierten Gleichstellungspolitik im Sinne des Gender Mainstreaming. Auch Art. 3 Abs. 2 unseres Grundgesetzes stellt eine wichtige Rechtsgrundlage für eine aktive Gleichstellungspolitik dar. Der Staat muss sich aktiv um die ‚tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung' und um die ‚Beseitigung bestehender Nachteile' bemühen (Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG)."

Auf die den neugierigen Bürgerinnen und Bürgern unterstellte Frage: „Gender Mainstreaming, was ist denn das?", gibt die Broschüre die Antwort, dass Gender Mainstreaming bedeute, bei allen gesellschaftlichen Vorhaben die unterschiedlichen Lebenssituationen von Frauen und Männern von vornherein und regelmäßig zu berücksichtigen, da es keine geschlechtsneutrale Wirklichkeit gebe. Mit der folgenden Inhalts-

1 Vgl. Bothfeld, Silke u. a. (Hrsg.): Gender Mainstreaming – Eine Innovation in der Gleichstellungspolitik, Frankfurt. 2002.
2 Vgl. Jansen, Mechthild M. u. a. (Hrsg.): Gender Mainstreaming – Herausforderung für den Dialog der Geschlechter, München: 2003.
3 Vgl. Kamphans, Marion: Von der Frauenförderung zum Gender Mainstreaming. In: Roloff, Christine/Selent, Petra (Hrsg.): Hochschulreform und Gender Mainstreaming – Geschlechtergerechtigkeit als Querschnittsaufgabe, Bielefeld: 2003, S. 165 ff.
4 Vgl. unter http://www.gender-mainstreaming.net (3. 3. 2004).
5 BGBl 1998, S. 387 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

angabe will die Bundesregierung dazu anregen, einen „animierten Flash-Film zur spielerischen Erläuterung des Gender-Mainstreaming-Prinzips" herunterzuladen:

> „Verschiedene Vogelarten (Storch, Schwan, Rabe, Pinguin, Specht, Pfau) versammeln sich vor dem Vogelrathaus und demonstrieren für neue Nester. Die Vogelverwaltung lässt daraufhin eine moderne Vogelsiedlung bauen. Beim Einzug in die neuen Nester müssen fast alle Vögel feststellen, dass ihre unterschiedlichen Lebenssituationen nicht berücksichtigt wurden. Die Störche passen nicht in das viel zu kleine Vogelhaus, der großen Schwalbenfamilie fehlt der Platz für die zahlreichen Kinder, den Pinguinen ist das Vogelhaus zu heiß und die Schwäne haben keinen Zugang zum Wasser. Die Bauverwaltung erfährt von Gender Mainstreaming und baut noch einmal neue Unterkünfte unter Berücksichtigung der verschiedenen Lebenssituationen der Vögel. Die Störche erhalten ein großes weiches Nest auf einem Baumstumpf, die Pinguine können in ein Iglu ziehen, die Schwalben erhalten ein Nest für die gesamte Familie und die Schwäne wohnen direkt am Wasser."

Es ist übrigens wirklich lohnenswert, sich der angebotenen Diashow zu unterziehen. Die wohnungssuchenden Vögel tauchen nur als Pärchen auf, und das Gender-Mainstreaming-Handbuch, das dem verdutzten Chef des Vogelrathauses überreicht wird, enthält eine Definition von Gender Mainstreaming, die völlig neu ist: „Gender Mainstreaming bedeutet, bei allen gesellschaftlichen Vorhaben die unterschiedlichen Lebenssituationen der Beteiligten [sic!] von vornherein und regelmäßig zu berücksichtigen."

Auch wenn Vergleiche bekanntlich immer hinken, so lassen sie doch gewisse Schlussfolgerungen darauf zu, was die Vergleichende/den Vergleichenden dazu bewogen haben mag, gerade dieses und kein anderes Beispiel zum Vergleich heranzuziehen. Von dem gewählten Beispiel führt aber auch gar kein Weg zum Thema „Gleichberechtigung von Frauen und Männern" oder in frappanter Weise vielleicht doch: Männer und Frauen werden wie Vögel-Männchen und Vögel-Weibchen als Pärchen/Familie gesehen und gedacht. In dieser gedachten Symbiose verschwinden alle Geschlechtergegensätze. Sie werden einfach weggedacht. Frauenförderung und Frauenpolitik ade? Das könnte doch die Lösung sein!

Die Abgrenzung von Gender Mainstreaming zu Frauenförderung bzw. die Bestimmung des Verhältnisses, in dem sie zueinander stehen, ist ein schwieriges Unterfangen. Das liegt weniger an dem Begriff der Frauenförderung als am Begriff des Gender Mainstreaming, der sich, von seiner häufig beklagten und entschuldigten „Unübersetzbarkeit" oder seiner „Sperrigkeit" einmal völlig abgesehen, nur schwer fassen/erfassen, nur schwer greifen/begreifen lässt. Die Abgrenzung beider Bereiche ist jedoch notwendig. Während der Begriff der Frauenförderung im Laufe von mehr als drei Jahrzehnten relativ klare Konturen erhalten hat und durch gesetzliche Regelungen strukturiert und verankert wurde, ist das bei Gender Mainstreaming nicht der Fall.

Wenn sich das Gender-Mainstreaming-Prinzip, wie Kamphans es in ihrem Aufsatz „Von der Frauenförderung zum Gender Mainstreaming" formuliert, „mit rasanter Ge-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schwindigkeit auf die Hochschulen zubewegt"[6], könnte angesichts des Bildes vom rasenden Gender Mainstream schon eine gewisse Bangigkeit entstehen, dass er erhebliche Zerstörungen hinterlassen könnte – eine Bangigkeit, die nicht ganz grundlos ist. Einige Äußerungen geben durchaus dazu Anlass: Während früher, so ist zu lesen, Chancengleichheitsforderungen von den frauenpolitischen Aktivistinnen erhoben worden seien, werde heute die Forderung nach der Gleichstellung von Frauen und Männern auf höchster politischer Ebene verankert. Inzwischen sei aus der Förderung von Frauen die Förderung von Frauen und Männern gemäß dem Gender-Mainstreaming-Prinzip geworden.[7] Manchen feministischen Frauenforscherinnen und -kämpferinnen würde gerade an dieser Stelle die Sache nicht schmecken, da deutlich werde, dass es bei der Realisierung von Gender Mainstreaming nicht primär um die notwendige Umsetzung von Frauenrechten gehe, sondern vor allem um die Verwirklichung zukunftsträchtiger Arrangements. Die Frage sei jedoch, ob solche „Zweckbündnisse" nicht viel größere Realisierungschancen hätten als die früheren Ansätze der Frauenförderpolitik, die vor allem moralisch-ethisch begründet gewesen seien.[8] Zahlreiche Autorinnen, die über Gender Mainstreaming schreiben, werfen interessante rhetorische Fragen auf. So stellt Stiegler z. B. die Fragen, ob Frauenförderung nun überholt und ob eine eigenständige Frauenpolitik noch erforderlich sei oder ob Gender Mainstreaming die Frauenpolitik lähmen könne, um dann zu antworten, dass das natürlich nicht der Fall sei.[9] Oder es wird z. B. gefragt, ob die Frauenbeauftragten durch Gender Mainstreaming zum Auslaufmodell würden.[10]

1. Das Geschlechterverhältnis, der Mainstream und die Frauenförderung

Wenn Befürworterinnen des Gender-Mainstreaming-Prinzips die „traditionelle" Frauenförderung gegen diesen „modernen" Ansatz der Gleichstellungspolitik ausspielen, weil Frauenförderung einseitig sei und die Frauen als defizitär begreife, während Gender Mainstreaming gerade ihre Stärken zeigen wolle,[11] ist ein kurzer Rückblick auf Ursa-

6 Vgl. Kamphans, Marion: Von der Frauenförderung zu Gender Mainstreaming. In: Roloff, Christine/Selent, Petra (Hrsg.): Hochschulreform und Gender Mainstreaming – Geschlechtergerechtigkeit als Querschnittsaufgabe, Bielefeld 2003.

7 Vgl. Ehrhardt, Angelika: Gender Mainstreaming – wo es herkommt, was es will und wie es geht. In: Jansen, Mechthild M./Röming, Angelika/Rohde, Marianne (Hrsg.): Gender Mainstreaming – Herausforderung für den Dialog der Geschlechter, München 2003, S. 13.

8 A. a. O., S. 27 f.

9 Vgl. Stiegler, Barbara: 10 Fragen und Antworten zum Konzept Gender Mainstreaming. http://www.landesfrauenrat-sachsen.de/gendermain/gender5.html (3. 3. 2004).

10 Vgl. Lischetti, Barbara: Die Frauenbeauftragte – ein Auslaufmodell? Erste Erfahrungen mit Gender Mainstreaming an der Universität Bern. In: Roloff, Christine/Selent, Petra (Hrsg.): Hochschulreform und Gender Mainstreaming – Geschlechtergerechtigkeit als Querschnittsaufgabe. Bielefeld: 2003, S. 182 ff.

11 Vgl. Stiegler, a. a. O.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

chen, Entstehungszusammenhänge und Ziele der „traditionellen" Frauenförderung und Frauenpolitik angebracht.

Als am 1. 7. 1977 das Eherecht der BRD von Grund auf reformiert wurde und der Gesetzgeber das patriarchale Eheleitbild beseitigte, hatte damit der Mainstream eine radikale Veränderung des Geschlechterverhältnisses durchgesetzt. Mit der Aufgabe des Leitbilds der Hausfrauenehe, dem nunmehr für beide Ehepartner gegebenen Recht, erwerbstätig zu sein und der freien Scheidbarkeit der Ehe war auch die Verpflichtung zur Zahlung von nachehelichem Unterhalt geändert worden. Es gilt nunmehr der Grundsatz, dass nach einer Scheidung jede(r) für sich selbst zu sorgen hat, eine Veränderung, deren Radikalität, wie Schwab schreibt, der Öffentlichkeit erst nach und nach bewusst wurde.[12] Wie sich aus der amtlichen Begründung ergibt, sah der Gesetzgeber einen natürlichen Zusammenhang zwischen der Aufgabe des Leitbilds der Hausfrauenehe und der Erwerbstätigkeit beider Ehepartner. Nachdem die Familienarbeit nicht mehr durch Gesetz der Ehefrau zugeschrieben war, war es nach Ansicht des Gesetzgebers weder notwendig noch gerechtfertigt, das Recht, erwerbstätig zu sein, für Mann und Frau unterschiedlich zu regeln. Das Recht, erwerbstätig zu sein, müsse der Frau schon deshalb ausdrücklich im Gesetz gegeben sein, „weil eine eigene Erwerbstätigkeit der Ehefrau zu Selbständigkeit und Selbstbewusstsein verhilft (...) und ihr diese Möglichkeit vom Gesetzgeber nicht versagt werden darf".[13] Allerdings hatte es der Mainstream abgelehnt, zugleich mit der Aufhebung des Leitbilds der Hausfrauenehe ein neues Leitbild an die Stelle zu setzen, etwa das der berufstätigen Ehefrau. Wie aus der amtlichen Begründung ebenfalls zu entnehmen ist, erwartete der Gesetzgeber von der Ehefrau eine verstärkte Rücksichtnahme und Nachgiebigkeit, insbesondere wenn Kinder zu erziehen sind.[14] Uwe Diederichsen hat dies 1977 wie folgt kommentiert:[15]

> „So erfreulich nun ein derartiges Emanzipationspathos des Gesetzgebers anmutet, so ist doch zu befürchten, daß auch diese Befreiungstat einseitig auf Kosten der Frau geht. Im Grunde wird von ihr jetzt verlangt, den Haushalt und die Kinder zu versorgen und sich daneben noch ein zusätzliches Selbstbewußtsein durch Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zu besorgen. Mit der Aufgabe des Leitbilds der Hausfrauenehe entstehen keine zusätzlichen, für die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit zur Verfügung stehenden Zeitreserven; und Umfragen haben gezeigt, daß die meisten Ehemänner trotz einer Erwerbstätigkeit ihrer Ehefrauen kaum mehr Arbeit im Haushalt übernehmen. Selbst eine Teilzeitbeschäftigung bedeutet für die meisten Ehefrauen eine sozialstaatlich kaum vertretbare Belastung. Es wäre also angebracht gewesen, zunächst die ökonomischen und sozialpsychologischen Rahmenbedingungen zu ändern, ehe man sich an die Demontage einer in gewisser Weise auch mit Privilegien verbundenen Rollenverteilung macht."

12 Vgl. Schwab, Dieter: Gleichberechtigung und Familienrecht im 20. Jahrhundert. In: Gerhard, Ute (Hrsg.): Frauen in der Geschichte des Rechts, München 1977.

13 Vgl. BTDrucks 7/650, S. 98.

14 A. a. O.

15 Vgl. Diederichsen, Uwe: Die allgemeinen Ehewirkungen nach dem 1. Eherechtsgesetz und Ehevereinbarungen. In: Neue Juristische Wochenschrift 1977, S. 217 (220).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bei der Reform des Eherechts war Ende der 1960er Jahre unter dem Eindruck der Vollbeschäftigung von einer prognostizierten wirtschaftlichen Entwicklung ausgegangen worden, die zu einem wachsenden Bedarf an weiblichen Arbeitskräften führen würde. Dies war bekanntlich die Zeit, in der wegen der großen Nachfrage nach Arbeitskräften massenhaft „Gastarbeiter" ins Land geholt wurden.[16] Zu Beginn der Reformarbeiten war dabei allen Beteiligten klar, dass das angestrebte Leitbild der modernen Ehe, in der beide Ehegatten voll ausgebildet sind und im Erwerbsleben stehen, noch eine kühne Utopie war. Der Entwurf wurde in der Öffentlichkeit überwiegend mit Empörung aufgenommen. Von der intendierten Abschaffung der Ehe als Versorgungseinrichtung sahen sich Millionen Frauen, die ihre Lebensplanung am gesetzlichen Leitbild der Hausfrauenehe ausgerichtet hatten, in ihrer Existenz bedroht. Der Spiegel schrieb 1970, als der Reformentwurf vorlag, dass die Reform des Eherechts ausgehe von der „Frau des Jahres 2000, selbstbewusst, berufstätig, politisch emanzipiert, die Partnerin in der Ehe ist und nach einer Ehescheidung mühelos ihrer Selbstverpflichtung nachkommt, während in der Realität eher die Frau des Jahres 1900 anzutreffen sei, wirtschaftlich abhängig und in der Ehe zuständig für Haushalt und Kinder. Wenn ein neues Eherecht noch im Jahre 2000 Bestand haben soll, muss es eine soziale Wirklichkeit antizipieren, einen weiblichen Bewußtseinsstand und einen Grad an Emanzipation, die erst noch zu schaffen sind."[17]

Es schien nur eine Frage der Zeit, wann diese Voraussetzungen geschaffen sein würden. Die Disproportionalität zwischen der Wirklichkeit und den Gesetzesintentionen wurde erklärt mit dem Hinterherhinken der Wirklichkeit. Sie schien jedoch auflösbar durch einen vom Gesetzgeber selbst hervorgebrachten Reformzwang, wobei als Essentials zur Schaffung der *inneren Gerechtigkeit* des neuen Scheidungsrechts umfangreiche Reformen notwendig erschienen, die insbesondere die Beseitigung ungleicher Chancen im Erwerbsleben, Beseitigung der ungleichen Entlohnung von Männer- und Frauenarbeit, Beseitigung von Bildungs- und Ausbildungsbarrieren in einem neuen Bildungssystem, Ausbau von öffentlicher Kinderbetreuung, Ganztagsunterricht zur Entlastung der Mütter und zur besseren Ausbildung der Kinder und Vorschulerziehung zum Gegenstand haben sollten.[18]

Mit dem neuen Ehescheidungsrecht ist also das rechtliche Verhältnis der Geschlechter revolutioniert worden. Die Ehe, richtiger gesagt die patriarchale Ehe, in der die Frau auf die Hausfrauenrolle festgelegt war, war beseitigt. Damit war auch die Arbeit in Ehe und Familie als Existenzgrundlage beseitigt, weil jede Frau, auch wenn sie noch so treu gedient hat, die Kündigung bekommen kann und dann auf sich selbst gestellt ist. Wenn es früher hieß, die heiratet ja doch, die braucht keine lange Ausbildung, oder wenn für Mädchen familiennahe, kurze Ausbildungen empfohlen wurden, dann stand dahinter

16 Bis 1964 gab es bereits eine Million ausländischer ArbeitnehmerInnen in der BRD. Ihre Zahl stieg auf zwei Millionen im Jahr 1969 und erreichte ihren Höchststand 1973 mit 2,4 Millionen. Mit dem Beginn der Wirtschaftskrise im Herbst 1973 wurde die Anwerbung gestoppt und es gab erste Pläne für die Rückführung in die Heimatländer.

17 Der Spiegel 49/70, S. 82.

18 Vgl. Menschik, Jutta: Gleichberechtigung oder Emanzipation – Die Frau im Erwerbsleben der Bundesrepublik, Frankfurt 1976, S. 92 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das Ziel, den unkündbaren Beruf der Hausfrau und Mutter ergreifen zu wollen bzw. zu sollen. Zugleich, und das ist die Kehrseite der Medaille, sah sich jeder Mann auf Grund der vom Recht vorausgesetzten patriarchalen Ernährerrolle zumindest theoretisch lebenslangen Unterhaltsverpflichtungen ausgesetzt. Vor dem Hintergrund des alten patriarchalen Eherechts mit vorgegebener Rollenverteilung lassen sich in gewisser Weise sogar Regelungen „moralisch legitimieren", die alle Frauen, waren sie verheiratet oder nicht, wollten sie heiraten oder nicht, in Ausbildung und Beruf schlechter stellten als die Männer, waren sie doch alle potenzielle Hausfrauen und Mütter bzw. Ehemänner und Familienernährer. Bei der vorgegebenen Rollenverteilung war es verständlich, dass die eheinternen Aufgaben von Männern kaum übernommen wurden.

Mit der grundsätzlichen Befreiung der Frauen vom ehemännlichen Unterhalt, sprich mit der grundsätzlichen Verpflichtung, für sich selbst sorgen zu müssen, was Erwerbsarbeit bedeutet, müssen Frauen ebenso wie Männer die Möglichkeit haben, durch Erwerbsarbeit nachhaltig marktwirtschaftliches Einkommen und ein auch für das Alter existenzsicherndes Einkommen zu erzielen. Alles, was das behindert, muss beseitigt werden; faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, müssen durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden. Das ist keine „moralisch-ethische" Frage, sondern die Quintessenz des Gleichberechtigungsgrundsatzes von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG, wie er vom Bundesverfassungsgericht mehrfach, z. B. in der Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen bestätigt wurde.[19]

Das Fatale war und ist, dass das Leitbild der Hausfrau und Mutter bzw. der zuverdienenden Ehefrau noch lange nachwirkt bzw. durch den Mainstream propagiert und aufrechterhalten wurde und wird. Das Ehegattensplitting ist ein sinnfälliger Ausdruck dafür. Es gab damals bereits aussagekräftige Statistiken und Analysen über die weibliche Erwerbstätigkeit, über das Berufswahlverhalten von Frauen, ihre überwiegende Beschränkung auf typische Frauenberufe mit geringer Entlohnung und geringen Aufstiegschancen, die Altersarmut von Frauen, das Fehlen von Frauen in Führungsfunktionen in Wissenschaft, Wirtschaft, Verwaltung und Politik, das große Problem der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, das Fehlen von Kinderkrippen, Kindergärten, Horten und Ganztagsschulen, die Tradierung der Hausfrauenrolle in den Schulbüchern oder die geringe Bereitschaft von Männern, Aufgaben in der Familie zu übernehmen.[20]

Gerade damals hätte es angesichts des radikalen Bruchs in der rechtlichen Regelung des Geschlechterverhältnisses nahe gelegen, dass die Reformen vom Mainstream in Angriff genommen wurden, um die „von oben" dekretierte formale Gleichberechtigung auch materiell zu vollenden, indem auf der Grundlage vorhandener Erkenntnisse die Rahmenbedingungen hätten verändert werden müssen. Tatsächlich hielt sich der Reformeifer in Grenzen. Die Wirtschaftskrise seit Herbst 1974 hatte zum massenhaften Abbau von Arbeitsplätzen geführt mit der Folge, dass viele Frauen, anders als bei der Reform des Eherechts vorausgesetzt, eben doch nicht ohne weiteres auf dem Arbeitsmarkt unterkommen konnten, sei es, dass die Arbeitsplätze fehlten, sei es, dass Arbeitsplätze eher an Männer vergeben wurden, sei es, dass Beschäftigungsverbote für Frauen

19 BVerfG, Urt. vom 28. 1. 1992 – BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1BvL 10/91, NJW 1992, S. 964 ff.
20 Vgl. Menschik, Jutta: a. a. O.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

diesen den Zugang zu einzelnen Berufen verwehrten oder Kinderbetreuungseinrichtungen nicht geschaffen wurden. Auch die weit verbreitete Lohnungleichheit, häufig tarifvertraglich abgesichert, der Ausschluss von Frauen von Sonderzahlungen, die Benachteiligung von Teilzeitarbeitenden etwa beim beruflichen Aufstieg oder bei den Renten, hatten zur Folge, dass Frauen in ihrem grundgesetzlich garantierten Recht ebenso wie Männer existenzsicherndes Erwerbseinkommen zu erzielen, deutlich benachteiligt waren.

Nicht weil Frauen defizitäre Wesen sind oder weil es „moralisch-ethisch" geboten ist, ihnen dieselben Entwicklungs- und Erwerbsmöglichkeiten zuzugestehen wie den Männern, sondern weil es eine ökonomische Notwendigkeit war, entstand die Forderung nach Beseitigung von Diskriminierung und nach Frauenförderung, nämlich in erster Linie nach Maßnahmen, die den Frauen den Anteil an Ausbildungs- und Arbeitsplätzen sichern sollten, die ihnen nach ihrer Qualifikation und ihrer Zahl zustehen, aber auf Grund diskriminierender Mechanismen, insbesondere wegen der nicht mehr zu rechtfertigenden Festlegung auf die Familienrolle verwehrt wurden.

Der Begriff der Frauenförderung hat seine juristische Definition zunächst in der vom Europäischen Parlament und dem Rat erlassenen „Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen" – 76/207/EWG[21] –, deren Art. 4 Abs. 4 lautete:

> „Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Männern und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen (...) beeinträchtigen, entgegen."

Im Vertrag von Amsterdam wird in Art. 2 und 3 in den breit gefächerten Aufgabenkatalogen der Gemeinschaft auch die Gleichstellung von Männern und Frauen als Ziel aufgenommen, welches in Art. 141 Abs. 4 u. a. wie folgt konkretisiert wird:

> „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichberechtigung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verminderung oder zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen."

Im September 2002 wurde die o. g. Richtlinie 76/207/EWG novelliert[22]. Sie nimmt nunmehr in Art. 2 Ziff. 8 auf Art. 141 Abs. 4 des Vertrags von Amsterdam Bezug und weist in Ziff. 14 der einleitenden Begründung darauf hin, dass die Mitgliedstaaten in erster Linie eine Verbesserung der Situation der Frauen im Erwerbsleben anstreben sollten.

Das bekannteste und lange Zeit sehr umstrittene Instrument der Frauenförderung war und ist die Quotenregelung, die vom Europäischen Gerichtshof mehrfach – wenngleich

21 ABl L 39 v. 14. 2. 1976.
22 ABl L 269/15 vom 2. 10. 2002.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mit gewissen Restriktionen – bestätigt wurde. Quotenregelungen finden sich heute in den Gleichstellungsgesetzen der Länder, und auch das Gleichberechtigungs-/Gleichstellungsgesetz des Bundes enthält in § 2 eine solche Regelung.

Der Begriff der Frauenförderung geht jedoch heute weit über die Quotenregelung hinaus. Insbesondere im Hochschul- und Wissenschaftsbetrieb hat der Begriff der Frauenförderung eine Diversifikation erfahren, die die vielfältigen Aufgaben, die Hochschulen haben, unter den Aspekten der Förderungsmöglichkeiten und -notwendigkeiten von Frauen aufgreift und differenzierte Handlungsansätze und Strategien entwickelt. Der Wissenschaftsrat, der auf zahlreiche Vorarbeiten von Frauenforscherinnen und Frauenpolitikerinnen zurückgreifen konnte, hat 1998 „Empfehlungen zur Chancengleichheit von Frauen in Wissenschaft und Forschung" veröffentlicht.[23] Die Veröffentlichung ist – gerade unter dem Eindruck des um sich greifenden Gender-Mainstreaming-Prinzips – beachtlich, weil sich der Wissenschaftsrat unmissverständlich für Frauen fördernde Maßnahmen überall dort ausspricht, wo bekannte Brüche in der wissenschaftlichen Karriere von Frauen feststellbar sind und weil er im Besonderen die Empfehlung ausspricht, die Funktion der Frauenbeauftragten durch Personal- und Sachmittelausstattung zu stärken und das Instrument des Frauenförderplans einzusetzen.

2. *Das Geschlechterverhältnis oder vom Machtverhältnis zum Rechtsverhältnis und Verfahren am Beispiel Hochschulen*

Die Forderung nach Gleichheit, Gleichberechtigung und Chancengleichheit ist stets die Philosophie der Aufstrebenden.[24] Mit jedem Schritt, der erreicht ist, ändert sich das Kräfteverhältnis, und es wird notwendig, Strategie und Taktik dem veränderten Kräfteverhältnis anzupassen. Die Entwicklung der Frauenfrage in den deutschen Hochschulen ist ein aufschlussreiches Beispiel dafür, wie sich das Kräfteverhältnis zwischen den männlich dominierten Hochschulen und ihren weiblichen Mitgliedern ständig verändert. Die Veränderung lässt sich als die Entwicklung vom Machtverhältnis zum Rechtsverhältnis bis hin zu einem durch Verfahren relativ geordneten Verhältnis beschreiben. Der Gender-Mainstreaming-Ansatz wird daran zu messen sein, ob er das Kräfteverhältnis in den Hochschulen zugunsten der Frauen verändert, ob er zumindest das Erreichte stabilisiert oder ob ihm das Potenzial innewohnt, das Erreichte zu gefährden.

Die Geschichte von Studentinnen und Wissenschaftlerinnen an deutschen Hochschulen ist eine noch junge. Erst 1908 fiel auch in Preußen das Verbot, dass Frauen sich an einer Hochschule immatrikulieren dürfen. In ihrem Aufsatz „Auf dem Weg in die Tempel der Wissenschaft. Zur Durchsetzung des Frauenstudiums in Deutschland" gibt v. Soden[25] einen Überblick über den Kampf der Frauen um das Recht, studieren und

23 Wissenschaftsrat (Hrsg.). Empfehlungen zur Chancengleichheit von Frauen in Wissenschaft und Forschung 1998.

24 Vgl. Gusy, Werner: Der Gleichheitssatz. Neue Juristische Wochenschrift 1988, S. 2505 ff.

25 Vgl. v. Soden, Kristine in: Gerhard, Ute: Frauen in der Geschichte des Rechts, München: 1997, S. 617 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sich wissenschaftlich qualifizieren zu dürfen. Das Verbot der Habilitation, d. h. das Verbot, sich für eine Professur zu qualifizieren, fiel erst 1920. Mit den Mitteln des Rechts, mit Gesetzen, Verordnungen und Erlassen wurde den Frauen der Zugang zu den Universitäten verwehrt. Aus der Perspektive des Geschlechterdialogs gesehen bedeutet das: Solange Frauen nicht den Status von Mitgliedern der Gelehrtengemeinschaft erlangen konnten, konnte es keinen Dialog der Geschlechter innerhalb der Körperschaft Hochschule geben. Männer dialogisierten unter sich über Frauen, über ihr Wesen, ihre natürliche Bestimmung und ihre mangelnde Befähigung und Eignung zum Beruf der Wissenschaft.

Die Immatrikulation war der erste Schritt, die notwendige Vorbedingung dafür, dass sich in der Hochschule, in der Gelehrtenrepublik, ein Dialog zwischen Männern und Frauen überhaupt entwickeln konnte. Erst das Recht der Habilitation und die Berufung in eine Professur gab Frauen unter den Bedingungen der Ordinarienuniversität das abstrakte Recht zum Dialog innerhalb der Wissenschaftlergemeinschaft. Mit der Aufgabe der Ordinarienuniversität und dem Wechsel zur Gruppenuniversität war das Recht zum Dialog in der Hochschule nicht mehr nur an eine Professur geknüpft. Damit war zumindest die Möglichkeit gegeben, dass auch andere Gruppen sich in den Gremien zu Wort melden und mitreden durften. Das waren angesichts des niedrigen Anteils von Frauen an den Professuren, beim wissenschaftlichen Mittelbau und bei den Studierenden kaum Frauen.[26]

Als Hochschulfrauen in den 1970er Jahren im Zuge der Neuen Frauenbewegung in außeruniversitären Zusammenhängen sich der Probleme bewusst wurden, dass die männliche Wissenschaft Frauen inhaltlich ausgrenzt und ihre zahlenmäßige Repräsentanz an Hochschulen marginal war, formulierten sie ihre Forderungen an eine geschlechtergerechte Hochschule und konfrontierten damit die Hochschulen und die Öffentlichkeit.[27] Insbesondere der „Arbeitskreis Wissenschaftlerinnen in Nordrhein-Westfalen" formulierte bereits 1981 ein Memorandum zur Situation der Frauen im Wissenschaftsbetrieb und erarbeitete ein Antidiskriminierungsprogramm für den Wissenschaftsbetrieb, das grundlegend die weitere Entwicklung in den Hochschulen beeinflusst hat.[28] Die Öffentlichkeit, mit der „ungeheuerlichen" Behauptung konfrontiert, dass Frauen an den Hochschulen massiv diskriminiert würden, reagierte mit ungläubigem Staunen bzw. mit interessierter Skepsis. Ministerialbürokratie, Abgeordnete und Medien, von den konkreten Zahlen irritiert, erwarteten, dass die Behauptung der Dis-

26 Vgl. dazu die ausführliche Situationsbeschreibung und -analyse von Schmidt-Harzbach, Ingrid: Kampf ums Frauenstudium – Studentinnen und Dozentinnen an deutschen Hochschulen. In: Frauen und Wissenschaft. Beiträge zur Berliner Sommeruniversität für Frauen. Berlin: 1977.

27 Vgl. dazu: Schlüter, Anne: Zehn Jahre Frauenpolitik im Wissenschaftsbetrieb – Ziele, Strategien, Ergebnisse. In: Gebhardt-Benischke, Margot/Stahr, Ingeborg (Hrsg.): Frauenpolitik im Wissenschaftsbetrieb: Perspektiven und Handlungsmöglichkeiten im Hochschul- und Wissenschaftsalltag, Alsbach/Bergstr. 1991.

28 Vgl. Knapp, Ulla: Anti-Diskriminierungsprogramm im Wissenschaftsbetrieb – zur Verankerung von Frauenforderungen in den Grundordnungen der Hochschulen am Beispiel der Universität-GH Wuppertal. In: Gebhardt-Benischke, Margot/Knapp, Ulla (Hrsg.): Was Frauen tun können, um die Hochschule zu verändern – Antidiskriminierungsprogramm im Wissenschaftsbetrieb, Alsbach/Bergstr.: 1984.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kriminierung mit spektakulären Einzelfällen bewiesen werde. In den Hochschulen wurden die Ergebnisse schlicht ignoriert, wenn überhaupt einzelne Frauen das Recht erhielten, im Senat das Thema einzubringen.[29] Wird diese historische Ausgangssituation einer juristischen Analyse unterzogen, so zeigt sich, dass sie drei juristische Charakteristika aufweist:

- Eines der juristischen Charakteristika bestand darin, dass „Frauen" juristisch, d. h. als mögliche Subjekte und Beteiligte eines Verfahrens nicht existent waren. Ob und in welcher Weise sie von den Repräsentanten der Wissenschaft Gehör fanden oder sich zu Gehör brachten, war zunächst eine Frage des Wohlwollens, die allerdings zunehmend der Erkenntnis Platz machen musste, dass es politisch zweckmäßig sein könnte, Frauen die Gelegenheit zu geben, ihre Interessen zu artikulieren. Da Frauen als Gruppe jedenfalls verfahrensrechtlich nicht vorkamen, war es ohne Rechtsverstoß möglich, in den männerdominierten Hochschulen auf der Grundlage der ungeschriebenen patriarchalen Geschäftsordnung stillschweigend „Nichtbefassung" zu beschließen, wenn es um frauenrelevante Fragestellungen ging. Unter Nichtbefassung waren dabei alle bekannten und typischen Reaktionsweisen vertreten, vom Schweigen bis hin zu überheblichen, herablassenden und abwegigen Äußerungen zur Sache, also alle Formen der Un-Kommunikation.

- Ein weiteres Charakteristikum dieser Ausgangssituation war es, dass die Frauen, die sich außerhalb und ohne die Gewährleistung verfahrensrechtlicher Sicherungen zu Wort meldeten und die Hochschulen von deren Akteuren wie selbstverständlich in ein bestimmtes Verhältnis zueinander gestellt wurden, das der Rollenverteilung im Zivilprozess gleicht: Die Frauen wurden wie die klagende Partei in einem Zivilprozess mit dem Beweis dafür belastet, dass ihre Behauptungen wahr seien. Die Hochschulen hingegen, die „Beklagten", verlegten sich auf einfaches Bestreiten. Selbstherrlich und wie selbstverständlich wurde davon ausgegangen, dass bis zum Beweis des Gegenteils zu vermuten sei, dass die Hochschulen ihre Aufgaben diskriminierungsfrei und im Sinne des Gleichberechtigungsgebots wahrnehmen.

- Das dritte juristische Charakteristikum bestand darin, dass ein Diskriminierungsbegriff Anwendung fand, der nur die offene, direkte Benachteiligung erfasst. Dass dieser Diskriminierungsbegriff nicht nur im Alltagsverständnis verbreitet war, sondern zum damaligen Zeitpunkt auch in rechtswissenschaftlichen Fachkreisen noch ausgeprägt vertreten wurde, zeigt z. B. die Sachverständigenanhörung zum Prüfauftrag der Bundesregierung zum Thema „Kann die Situation der Frauen durch ein Antidiskriminierungsgesetz verbessert werden?", die Anfang 1982 in Bonn durchgeführt wurde. Ein er-

29 Vgl. Schlüter: a. a. O.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

heblicher Teil der Sachverständigen vertrat dort die Ansicht, dass Benachteiligungen von Frauen nur einzelfallbezogen festgestellt werden können.[30]

Die Frauen, wiewohl juristisch inexistent, so doch real außerordentlich präsent, griffen zunächst den engen Diskriminierungsbegriff an, indem sie von Anfang an konkrete Zahlen ins Spiel brachten, um sichtbar zu machen, wie gering der Frauenanteil insbesondere an den exponierten Stellen im Wissenschaftsbetrieb ist. Unter dem Eindruck der Zahlen, für die es angesichts des Anteils der Studentinnen und der qualifizierten Examina von Frauen keine rationale Erklärung gab, vollzog sich allmählich ein Wandel in der Fremdeinschätzung der Hochschulen. Zugleich vollzog sich damit eine grundlegende Veränderung der quasi-zivilprozessualen Rollen- und Beweislastverteilung. Die Vermutung, dass die autonome Aufgabenwahrnehmung in den Hochschulen geschlechtergerecht erfolgt, geriet ins Wanken. Das entscheidende Indiz, dass sich in der Beurteilung der Hochschulen ein Wandel vollzogen hatte, war die Einführung des § 2 Abs. 2 des Hochschulrahmengesetzes im Jahre 1985 und den entsprechenden Vorschriften in den Hochschulgesetzen der Länder mit der Verpflichtung, dass die Hochschulen bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben auf die Beseitigung der für Wissenschaftlerinnen bestehenden Nachteile hinzuwirken haben. Diese Vorschriften waren der sinnfällige Ausdruck dafür, dass nach Auffassung des Bundesgesetzgebers und der Gesetzgeber der Länder und damit der repräsentierten Allgemeinheit in den Hochschulen Nachteile für Frauen bestehen und dass die Hochschulen es bisher daran haben fehlen lassen, diese Benachteiligungen abzubauen und Frauen im Rahmen ihrer Aufgabe zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses gleichberechtigt zu fördern.

Parallel zu dieser Entwicklung vollzog sich in der Rechtswissenschaft ein Prozess der Veränderung bzw. Erweiterung des Diskriminierungsbegriffs, dessen Spezifikum darin besteht, dass unter Verzicht auf den Beweis der Diskriminierung im konkreten Fall eine Diskriminierung in der Form der strukturellen Diskriminierung dann angenommen wird, wenn eine statistisch signifikante Unterrepräsentanz von Frauen an einer bestimmten Berufs-, Funktions- oder Statusgruppe festzustellen ist und diese Unterschiede nicht anders als mit dem Geschlecht oder den Geschlechterrollen erklärt werden können. Diese zunächst anhand des privaten Arbeitsrechts entwickelte Diskriminierungstheorie[31] wurde insbesondere von Benda in seiner gutachtlichen Stellungnahme für die Leitstelle Gleichstellung der Frau der Freien und Hansestadt Hamburg für den öffentlichen Dienst übernommen und weiterentwickelt. Nach Benda ist für den Bereich des öffentlichen Dienstes davon auszugehen, dass sich zahlenmäßige Diskrepanzen von Frauen als Folge einer Vielzahl von letztlich in den Strukturen des öffentlichen Dienstes als Institution begründeten Faktoren ergeben, weshalb er den Begriff der strukturellen Diskriminierung verwendet. Ob eine solche Diskriminierung vorliegt, soll nicht mehr

30 Vgl. dazu Gebhardt-Benischke, Margot (Hrsg.): Zur politischen und juristischen Diskussion eines Antidiskriminierungsgesetzes. In: Gebhardt-Benischke, Margot/Knapp, Ulla: Was Frauen tun können, um die Hochschule zu verändern – Antidiskriminierungsprogramm im Wissenschaftsbetrieb. Alsbach/Bergstr.: 1984, S. 202 ff.

31 Vgl. dazu Pfarr, Heide/Bertelsmann, Klaus: Gleichbehandlungsgesetz – zum Verbot der unmittelbaren und mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, S. 107 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

von dem empirischen Beweis des jeweiligen – zudem oft im Psychologischen – liegenden Diskriminierungsvorgangs abhängen. Zur Feststellung der strukturellen Diskriminierung genügt die Feststellung einer statistischen Diskrepanz.[32] So, wie die Unterrepräsentanz eines Geschlechts in der Beschäftigtenstruktur eines Unternehmens dergestalt rechtliche Bedeutung erlangen kann, dass die Tatsache glaubhaft gemacht und die Vermutung begründet wird (§ 611a Abs. 3 BGB), dass die Angehörigen des unterrepräsentierten Geschlechts in diesem Unternehmen diskriminiert werden, sind die Hochschulen aus der vormals unangefochtenen Position der Vermutung rechtmäßigen Handelns verdrängt und in eine Position gestellt worden, in der vermutet wird, dass sie die durch den Gleichberechtigungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG „verpönte" Einseitigkeit zulasten der weiblichen Mitglieder noch nicht aus ihrer Aufgabenwahrnehmung „verbannt" haben.

Mit der Einführung der Funktion der Frauenbeauftragten an den Hochschulen seit Ende der 1980er Jahre hatte in der Körperschaft Hochschule, wenngleich noch rudimentär, der Übergang vom Geschlechterverhältnis als Machtverhältnis zum Geschlechterverhältnis als Rechtsverhältnis begonnen. Mit der allmählichen Durchsetzung von Beteiligungsrechten, die zunächst nur die Mitwirkung bei Einstellungen betrafen, die jedoch mittlerweile alle Aufgabenbereiche und Gremien einschließlich der leistungsorientierten Mittelvergabe betreffen – das Ergebnis kontinuierlicher Lobby-Arbeit der mittlerweile auf Bundes- und Landesebene zusammengeschlossenen Frauenbeauftragten und des politischen Drucks, den sie erzeugen konnten – hat auch das Verfahren, in dem der Geschlechterdialog in den Hochschulen stattfinden kann, eine Form gefunden.

Dass es mittlerweile in den Hochschulen ein gesetzlich geregeltes Verfahren der Kommunikation zur Frauenfrage gibt, dass die Frauenbeauftragte/Gleichstellungsbeauftragte weitgehende Mitwirkungsrechte hat, ist keineswegs die Gewähr dafür, dass sie mit allen Vorschlägen oder Beanstandungen auf Erfolgskurs ist. Je aufgeschlossener die Hochschulleitung oder die Fachbereichsleitungen sind, je besser die Frauenbeauftragte in ihrer Hochschule verankert ist, je kompetenter sie ihren Aufgabenbereich kommuniziert, desto erfolgreicher wird sie den Geist oder das Profil der Hochschule im Sinne einer geschlechtergerechten Hochschule beeinflussen und mitsteuern können.

3. *Gender Mainstreaming in Hochschulen: Fortschritt, Stillstand oder Rückschritt?*

Wenn von Gender Mainstreaming die Rede ist, fällt zunächst auf – so auch in der einleitenden Erklärung des Begriffs durch die Bundesregierung[33] –, dass nicht auf das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland rekurriert wird, sondern Art. 2 und 3 des Vertrags von Amsterdam bemüht werden, um die Verpflichtung zur Förderung der Gleich-

32 Vgl. Benda, Ernst: Notwendigkeit und Möglichkeit positiver Aktionen zugunsten von Frauen im öffentlichen Dienst. Gutachten im Auftrag der Leitstelle Gleichstellung der Frau der Freien und Hansestadt Hamburg 1985.

33 Siehe Fn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

stellung von Frauen und Männern zu legitimieren und dass diese Verpflichtung noch der besonderen Anerkennung bedarf. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG werden nur als zusätzliche Grundlage erwähnt. Durch das Grundgesetz werden der Staat und alle Träger mittelbarer Staatsgewalt, dazu gehören auch die staatlichen Hochschulen, verpflichtet, die garantierte Gleichberechtigung von Frauen und Männer durchzusetzen und auf die Beseitigung bestehender Nachteile hinzuwirken. Ob die Träger der Staatsgewalt das anerkennen oder nicht, tut der Geltung des Gleichberechtigungsgrundsatzes keinen Abbruch. Der Gleichberechtigungsgrundsatz gilt nicht, weil er von der Regierung oder wem auch immer persönlich anerkannt wird oder weil internationale Konferenzen auch die Gleichberechtigung der Geschlechter fordern, sondern weil er eines der Grundprinzipien der Gesellschaft der Bundesrepublik ist, die sie in ihrer Verfassung festgeschrieben hat.

Noch bedenklicher ist es jedoch, wenn zur Propagierung des Gender-Mainstreaming-Prinzips in der BRD oder gar in den Hochschulen die Aktionsplattform der 4. Weltfrauenkonferenz herangezogen wird. Bereits im ersten Satz des mehr als hundert Seiten umfassenden Dokuments wird klargestellt: „The Platform for Action is an agenda for women's empowerment". Um dieses „empowerment", in der deutschen Übersetzung „Machtgleichstellung", zu erreichen, sollen alle Entwicklungshilfemaßnahmen unter dem Geschlechteraspekt betrachtet werden, um sicherzustellen, dass die Fördermaßnahmen tatsächlich zielgerichtet auch die Frauen erreichen. Wichterich kritisiert, „dass der Gender-Ansatz nicht hält, was er versprochen hat, nämlich das Geschlechterverhältnis als Macht- und Ungleichverhältnis in den Griff zu nehmen. Vielmehr ist beobachtbar, dass er als Versöhnungs- und Harmonisierungsangebot definiert und die Friedenspfeife mit den Männern geraucht wird."[34]

Wenn sich Gender Mainstreaming als Strategie zur Durchsetzung der Gleichberechtigung der Geschlechter in der Bundesrepublik auf Dokumente und Resolutionen berufen muss, die aus dem Zusammenhang der Entwicklungsarbeit und Entwicklungshilfe entstanden sind und die das Ziel verfolgen sollen, die Frauenarmut in der Welt zu bekämpfen und für alle Frauen und Mädchen dieser Welt das Menschenrecht auf Leben, Freiheit und Ausbildung zu verwirklichen, statt konsequent die Umsetzung des Gleichberechtigungsgebots auf der Grundlage des Grundgesetzes und der einfachen Gesetze durchzusetzen, dann ist das wohl eher als Rückschritt denn als Fortschritt zu bewerten.

Gender Mainstreaming als Politikansatz erfährt aus feministischer Perspektive viel Kritik.[35] Es ist höchst aufschlussreich, dass auch die Autorinnen, die den Ansatz grundsätzlich befürworten, darauf hinweisen, dass es sich um einen höchst voraussetzungs-

34 Vgl. Wichterich, Christa: Frauenpolitik. In: NRO Frauenforum (Hrsg.). Mit Gender in die Zukunft? Tagungsdokumentation einer Fachtagung zur Genderperspektive in der Entwicklungszusammenarbeit 14.-15. 5. 1997, Stuttgart, S. 45-47.

35 Vgl. z. B. Widerspruch – Beiträge zu sozialistischer Politik, Bd. 44 mit Beiträgen von Stella Jegher, Susanne Schunter-Kleemann, Mascha Madörin, Barbara Nohr, Katharina Pühl, Claudia Michel/Flavia Vattolo, Natalie Imboden, Therese Wüthrich, Susanne Kappeler, Frigga Haug, Andrea Maihofer, Patricia Purtschert, Tove Soiland und Claudia v. Werlhof, Zürich 2003; Schwerpunktheft 2/2001 zu Gender Mainstreaming des Forum Wissenschaft mit Beiträgen von Heike Weinbach, Pia Gries, Ruth Holm, Bettina Stötzer, Barbara Nohr, Susanne Schunter-Kleemann, Sandra Kotlenga, Sandra Smykalla, Annette Kuhn, Christine Thürmer-Rohr, Stefan Möbius und Claudia v. Braunmühl.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vollen Weg handelt, der nur gelingen kann, wenn er im Sinne des Top-down-Ansatzes von der Spitze der Institution vertreten wird. Immer wird auch die Gefahr gesehen, dass, wenn alle ihre Arbeit „gendern", vorhandene Strukturen der Frauenförderung gefährdet sein können.[36] Der Begriff des Gender Mainstreaming schiebt sich praktisch wie eine Milchglasscheibe zwischen die klaren rechtlichen Vorgaben und diejenigen, die sie sie qua Amt umzusetzen haben. Gender Mainstreaming hat aber noch einen anderen bedenklichen Effekt: Um dem Begriff überhaupt einen Handlungsrahmen zu sichern, muss im Aufgabenbereich der Frauenförderung und Frauenpolitik gewildert werden bzw. es muss der Aufgabenbereich der Frauenförderung und Frauenpolitik auf ein unpolitisches Minimum reduziert werden. Das zeigt die Gegenüberstellung der Aufgabenbereiche und Methoden von Frauenpolitik und Gender Mainstreaming, wie sie z. B. von der Bundesregierung verbreitet wird: Gender Mainstreaming ziele auf Rahmenbedingungen und Strukturen, analysiere den Ist-Zustand anhand von Daten und wolle den Aspekt der Chancengleichheit von Frauen und Männern in alle Politikbereiche und politische Maßnahmen auf allen Ebenen einbringen, betreffe Frauen und Männer bzw. definierte Teile von ihnen, suche auch einen kurzfristigen Ausgleich, lege jedoch seine Hauptperspektive auf die langfristige Beseitigung von Ungleichheitsstrukturen, betreffe alle AkteurInnen, die an der Gestaltung, Umsetzung und Evaluierung politischer Konzepte beteiligt seien.

Frauenpolitik hingegen, so meint die Bundesregierung, ziele direkt auf den Abbau von Benachteiligungen, reagiere auf Ungleichbehandlungen im politischen, wirtschaftlichen, gesellschaftlichen, sozialen und kulturellen Leben, betreffe die Zielgruppe der Frauen bzw. einen oder mehrere Teile der weiblichen Bevölkerung, suche schnelle Lösungen, die eine unmittelbare Verbesserung der Lebenssituation von Frauen nach sich ziehen, werde von eigenen, für Frauenpolitik zuständigen Organisationseinheiten, die darüber hinaus in andere Politikbereiche Vorschläge zur Umsetzung einbringen, umgesetzt.

Das muss nun vollends verwirren. War es vielleicht gar nicht Frauenpolitik, sondern Gender Mainstreaming, wenn Frauen fast dreißig Jahre lang die Hochschulen mit Statistiken traktiert haben, die patriarchalen Strukturen in den Hochschulen angegangen sind, die Dialogfähigkeit und ihre Mitwirkung an der Mittelverteilung in den Hochschulen durchgesetzt, ihre Beteiligung und Mitwirkungsrechte in allen Hochschulgremien erreicht, in langwierigen Aushandlungsprozessen die politischen Akteure auf allen Ebenen mobilisiert, Förderprogramme für Wissenschaftlerinnen durchgesetzt, feministische Wissenschaft salonfähig gemacht, wenn sie Kinderbetreuungseinrichtungen für studierende Eltern durchgesetzt oder Sommerschulen zur Erhöhung des Studentinnenanteils an ingenieur- und naturwissenschaftlichen Studiengängen initiiert haben und dergleichen mehr?

Die Frage, die sich stellt, ist nicht die, ob es nicht wirklich schön wäre, wenn sich plötzlich alle, die in der Hochschule Verantwortung tragen, weil es „von oben" so gewollt ist, diesen Aufgaben stellen und sie kreativ weiterentwickeln, nachdem sie ihr

36 Vgl. statt vieler Stiegler, Barbara: Wie Gender in den Mainstream kommt. In: Bothfeld, Silke u. a. (Hrsg.): Gender Mainstreaming – Eine Innovation in der Gleichstellungspolitik, Frankfurt: 2002, S. 19 (38 f.).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gender-Mainstreaming-Trainingsprogramm mit Zertifikat absolviert haben. Die Frage ist, ob die teuer eingekaufte Gender-Kompetenz nicht an anderer Stelle zum Sparen zwingt, nämlich bei dem „kostenintensiven" Verfahren des Dialogs zwischen den Geschlechtern, wie es sich in den letzten drei Jahrzehnten langsam, aber konsequent entwickelt hat. Sollte es nicht wenigstens ein bisschen stutzig machen, dass gar keine Kritik am Gender-Mainstreaming-Prinzip aus der Ecke derjenigen kommt, die sich gegen jede konkrete gesetzliche Regelung zur Änderung des Geschlechter*vertrages* – um nur die Quotenregelung, die Abschaffung des Ehegattensplittings oder ein Antidiskriminierungsgesetz für die private Wirtschaft zu nennen – mit allen ihnen reichlich zu Gebote stehenden juristischen, politischen und publizistischen Mitteln und durchaus mit Erfolg zu wehren wussten und wissen?

Der Dialog der Geschlechter über den ständig neu zu verhandelnden Geschlechtervertrag ist unabdingbar notwendig. Solange allerdings als Essential für den Dialog der Geschlechter die Bereitschaft „der da oben" oder anders ausgedrückt das Top-down-Prinzip als unabdingbar gelten, steht *und fällt* der Dialog mit dieser Bereitschaft.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vergabe öffentlicher Aufträge als Instrument der Frauenförderung*

Elke Gurlit

Die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Bund, Länder und Kommunen hat ein jährliches Volumen in Milliardenhöhe. Frühzeitig erkannte die öffentliche Hand das enorme Steuerungspotenzial, das in diesem Ausgabeninstrument liegt, und setzte Haushaltsmittel nicht allein zur staatlichen Bedarfsdeckung mit Gütern oder Dienstleistungen, sondern auch zur Verfolgung anderer Sachpolitiken ein. So wurde seit den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts die Auftragsvergabe zur Zonenrand- und Mittelstandsförderung genutzt, indem im Wege so genannter Mehrpreisstaffeln den zu bevorzugenden Personengruppen oder Regionen auch dann öffentliche Aufträge zugeschlagen wurden, wenn sie nicht das günstigste Angebot abgegeben hatten.[1] Auch wurde und wird die Auftragsvergabe als Mittel der Realförderung genutzt, indem die öffentliche Hand Aufträge für Güter oder Dienstleistungen vergibt, für die ein marktwirtschaftlicher Bedarf nicht besteht.[2]

Anfang der 90er Jahre kam in der Bundesrepublik der Gedanke auf, die Auftragsvergabe in den Dienst besonderer Sachpolitiken zu stellen, deren Ziele sich mit dem herkömmlichen Regelungsinstrumentarium nicht oder nur unzureichend verwirklichen ließen. Dieser Ansatz wurde als Bepackung der Auftragsvergabe mit „vergabefremden Zwecken" charakterisiert.[3] So wurde und wird erwogen, bevorzugt Aufträge an Unternehmen zu vergeben, die auf umweltschonende Weise produzieren oder ökologisch wertvolle Güter herstellen (ökologisches Beschaffungswesen)[4], um durch die Auftrags-

---

* Schriftliche Fassung des Vortrags, den die Verfasserin im Jahr 2001 im Rahmen der Ringvorlesung „Recht und Geschlecht" an der Freien Universität Berlin gehalten hat. Seither hat sich die Diskussion um die Zulässigkeit von Sekundärzwecken im Vergabeverfahren entscheidend fortbewegt. Diese neueren Entwicklungen wurden in den Text aufgenommen. Ich danke meiner wissenschaftlichen Mitarbeiterin Henriette Sattler für die umsichtige Unterstützung bei der Recherche und Manuskriptüberarbeitung.

1 Zur Mittelstandsförderung s. Kling, Michael: Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen. Berlin 2000, S. 677 ff., dort auch zur Regionalförderung (S. 263 ff.) und zu sonstigen sog. normativ begünstigten Bietern (S. 727 ff.).

2 Beispiel hierfür sind Aufträge zum Bau von Schiffen, die der Stützung der maroden norddeutschen Werften dienen, s. dazu ausführlicher Pietzcker, Jost: Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns. Tübingen 1978, S. 383 f.

3 So bereits der Titel der Dissertation von Kling (2000), a. a. O.; Benedict, Christoph: Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, Berlin u. a. 2000, S. 17 ff. wählt den Begriff Sekundärzwecke, der sich vom Primärzweck der Beschaffung abgrenzt, ohne ihn damit von vornherein als vergabefremd zu kennzeichnen. – Die Frage nach der Zulässigkeit stellt sich indessen ungeachtet der Bezeichnung, s. den moderierenden Hinweis von Ziekow, Jan: Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, S. 72 ff. (72).

4 Kling (2000), a. a. O., S. 589 ff.; s. dazu bereits Rengeling, Hans-Werner: Umweltschutz durch Vergabe oder Nichtvergabe öffentlicher Aufträge. In: FS Lukes, Köln u. a. 1989, S. 169 ff.; Brenner, Michael: Umweltschutz als Zuschlagskriterium im Verfahren der öffentlichen Auftragsvergabe. JUTR 1997, S. 141 ff.; Schumacher, Kai: Vergabefremde Umweltkriterien im Abfallrecht und Ge-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vergabe das politische und verfassungsrechtliche Ziel des Umweltschutzes zu fördern. Auf Bundes- wie auf Länderebene wird zudem der Versuch unternommen, die Vergabe öffentlicher Bauaufträge mit der Bereitschaft des Auftragnehmers zur Abgabe einer so genannten Tariftreueerklärung zu verknüpfen.[5]

Auch die Staatsaufgabe der Verwirklichung der Gleichberechtigung der Geschlechter (Artikel 3 II 2 GG) könnte gefördert werden, wenn Aufträge bevorzugt an Unternehmen vergeben werden, die einen aktiven Beitrag zur Gleichberechtigung leisten oder sich hierzu verpflichten. Dieser Gedanke knüpft an die „affirmative action"-Politik in den Vereinigten Staaten an. Seit den 70er Jahren verfolgt die influenzierende staatliche Auftragsvergabe dort das (Neben-)Ziel, benachteiligte Bevölkerungsgruppen beim Zugang zum Beruf und Aufstieg im Beruf zu fördern. Hierzu rechnen nicht nur ethnische Minderheiten wie Afroamerikaner und Latinos, sondern auch Frauen.[6] Diese Vergabepolitik erwies sich als ausgesprochen erfolgreich. Insbesondere konnte der Frauenanteil in den Unternehmensbranchen gesteigert werden, die in hohem Maße auf staatliche Aufträge angewiesen sind.[7]

Das Vorbild dieser Maßnahmen ermutigte einige Landesgesetzgeber, Vorschriften zur Frauen fördernden Auftragsvergabe zu erlassen und sie in die Landesgleichstellungsgesetze (LGG) einzufügen.[8] Im Regelungszusammenhang der LGG erweist sich die besondere Pointe der Regelungen zur Auftragsvergabe im Dienste der Gleichberechtigung: Die LGG der Länder und auch das Gleichberechtigungsgesetz des Bundes beschränken ihren Anwendungsbereich jeweils auf den öffentlichen Dienst. Nur die öffentliche Hand ist als Arbeitgeberin zur Einrichtung von Frauen- bzw. Gleichstellungs-

meinschaftsrecht, DVBl 2000, S. 467 ff.; Fischer, Almut/Barth, Regine: Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz, NVwZ 2002, S. 1184 ff. Zur Vereinbarkeit ökologischer Beschaffungszwecke mit dem Gemeinschaftsrecht s. EuGH, Urt. v. 17. 9. 2002, Rs. C-513/99 Concordia Bus Finland, Slg. 2002 I-7213 ff. = EuZW 2002, S. 628 ff. m. Anm. Steinberg, Philipp; dazu auch Bungenberg, Marc: Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge; Bungenberg, Marc/Nowak, Carsten: Europäische Umweltverfassung und EG-Vergaberecht – zur Berücksichtigung von Umweltschutzbelangen bei der Zuschlagserteilung, ZUR 2003, S. 10 ff. (13 ff.); Rößner, Sören/Schalast, Christoph: Umweltschutz und Vergabe in Deutschland nach der Entscheidung des EuGH-Concordia Bus Finland, NJW 2003, S. 2361 ff.; jüngst EuGH, Urt.v. 4. 12. 2003, Rs. C-448/01 Wienstrom, EuZW 2004, S. 81 ff.; dazu Steinberg, Philipp: EuZW 2004, S. 76 ff.

5 Der Entwurf der Bundesregierung ist am Ende der vergangenen Legislaturperiode im Bundesrat gescheitert, s. dazu ausführlicher Kling, Michael: Tariftreue und Dienstleistungsfreiheit, EuZW 2002, S. 229 ff.; Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor: Tariftreue im Vergaberecht, ZIP 2002, S. 596 ff. Eine vergleichbare Berliner Regelung hielt der BGH in einem Vorlagebeschluss an das BVerfG zum einen im Hinblick auf Artikel 74 I Nr. 12 GG für kompetenzwidrig, zum anderen für unvereinbar mit der durch Artikel 9 III GG geschützten negativen Koalitionsfreiheit, s. BGH JZ 2000, S. 514 ff. m. Anm. Dreher; Meinrad, s. dazu auch Böhm, Monika/Danker, Claudia: Politische Zielvorgaben als Vergabekriterien, NVwZ 2000, S. 767 f. – Das BVerfG hat über den Vorlagebeschluss des BGH bislang nicht entschieden; mehrere Bundesländer haben gleichwohl inzwischen Tariftreueregelungen im Vergaberecht normiert.

6 Zur Praxis in den Vereinigten Staaten s. ausführlich v. Wahl, Angelika: Öffentliche Auftragsvergabe als Mittel der Frauenförderung: Das amerikanische Modell der „Affirmative Action", KJ 1996, S. 180 ff.

7 Paradigmatisch: die Rüstungsindustrie.

8 Siehe dazu sogleich unter I. 2.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

beauftragten verpflichtet, nur sie muss Frauenförderpläne aufstellen und gegebenenfalls bevorzugt Frauen einstellen und befördern. Vor allem diese vielfach als Quotenbestimmungen bezeichneten Regelungen hat bislang kein Gesetzgeber der Privatwirtschaft auferlegen mögen. Hintergrund sind erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf unternehmerische Grundrechte (Artikel 12 I und 14 I GG), denn unstreitig berühren Pflichten zur Bevorzugung eines Geschlechts die Freiheit der Arbeitgeberin zur Auswahl ihrer Arbeitnehmer. Durch die Vergabe von staatlichen Aufträgen, um die sich Privatunternehmen aus eigenem Entschluss bewerben, könnten unternehmerische Maßnahmen zur beruflichen Gleichberechtigung der Geschlechter in der Privatwirtschaft umgesetzt werden, deren Zulässigkeit als gesetzlich auferlegte Pflicht zumindest zweifelhaft ist. Zugleich erscheint die Strategie einer Frauen fördernden Auftragsvergabe als ein rechtliches Instrument des *Gender Mainstreaming*, dem sich Bund und Länder verschrieben haben.[9]

1. Regelungsstrukturen der Frauen fördernden Auftragsvergabe

1.1. Die Europäisierung des Vergaberechts

Die überkommene deutsche Konzeption der Auftragsvergabe sah als Zweck der Auftragsvergabe die schlichte Bedarfsdeckung, die an die Grundsätze des Haushaltsrechts gebunden ist. Weil der Staat seine durch Steuern eingetriebenen Gelder nur sparsam verwenden darf, gilt grundsätzlich, dass ein öffentlicher Auftrag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot entfallen muss. Die Bedarfsdeckung wurde als „fiskalisches" Verwaltungshandeln verstanden, weil sich der Staat mit seiner Nachfrage am Markt wie ein privater Vertragspartner bewege.[10]

Der mit der Zuschlagserteilung zustande gekommene Vertrag gilt als privatrechtlich, für seinen Inhalt waren (und sind) die Verdingungsordnung für Leistungen (VOL) und die Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB) im Range einer Verwaltungsvorschrift maßgeblich (§ 55 II Bundeshaushaltsordnung). Wegen der haushaltsrechtlichen Regelung durch Verwaltungsvorschriften kamen den Bietern subjektive Rechte auf Einhaltung der Regelungen des Vergabeverfahrens nicht zu.[11]

Auf dieses Umfeld stieß Anfang der 70er Jahre die Regelung des Vergaberechts durch die Europäische Gemeinschaft. Das enorme finanzielle Volumen der öffentlichen Auftragsvergabe in allen Mitgliedstaaten ließ den Verdacht keimen, dass Vergabemittel jedenfalls auch zu protektionistischen Zwecken eingesetzt werden. EG-weite Regelungen sollten für Transparenz sorgen und dafür, dass sich auch ausländische Bieter in den Mitgliedstaaten erfolgreich um öffentliche Aufträge bewerben können. Der Rat erließ seit 1971 Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, öffentlicher Lieferaufträge,

9 Siehe nur den kurzen und instruktiven Überblick von Braun, Stefan: Gender Mainstreaming – Chancengleichheit als Leitprinzip, RiA 2003, S. 53 ff.

10 Beispielhaft für dieses Verständnis Forsthoff, Ernst: Der Staat als Auftraggeber, Stuttgart 1963.

11 Pietzcker, a. a. O., S. 386 ff.; BGH NJW 1991, S. 827 ff. (827).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

öffentlicher Dienstleistungsaufträge und für den Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie für den Telekommunikationssektor, die um Verfahrensrichtlinien ergänzt wurden. Jüngst wurden die Regelungen nach langwierigen Vorarbeiten in einer einheitlichen Vergaberichtlinie zusammengefasst.[12] Nur die so genannten Sektoren des Infrastrukturbereichs und das Nachprüfungsverfahren erfahren noch eine gesonderte Normierung.[13]

Nach der gemeinschaftsrechtlichen Konzeption sind diese Richtlinien ab dem Erreichen bestimmter Auftragsschwellenwerte[14] anwendbar. Sie dienen nach dem Willen des Gemeinschaftsrechtsgesetzgebers den Zielen der Wettbewerbsfreiheit und der Wettbewerbsgleichheit. Der beschränkte Blickwinkel des deutschen Rechts auf die sparsame Verwendung öffentlicher Mittel muss folglich im Anwendungsbereich der EG-Richtlinien als überwunden gelten.[15] Zur Durchsetzung ihrer Schutzzwecke verlangen die Richtlinien, dass die Bieter um einen öffentlichen Auftrag die Möglichkeit besitzen müssen, die Einhaltung der sie schützenden vergaberechtlichen Grundsätze gerichtlich kontrollieren zu lassen.[16] Weder die Regelung des Vergaberechts in den Verwaltungsvorschriften der VOL und VOB noch die nachgeschobene so genannte haushaltsrechtliche Lösung[17] gewährten klagefähige Rechte. Ihre Gemeinschaftsrechtswidrigkeit lag auf der Hand.[18] Der Bundesgesetzgeber regelte das Vergaberecht grundlegend neu.

12 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, C5-0607/2003 i. d. F. des Gemeinsamen Entwurfs nach Billigung durch den Vermittlungsausschuss vom 9. 12. 2003.

13 Richtlinie 93/38/EWG vom 14. 6. 1993 zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABlEG L 199/84, geändert durch Richtlinie 2001/78/EG der Kommission vom 13. 9. 2001, ABlEG L 285/1. Diese Richtlinie wird ebenfalls neu gefasst; Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, geändert durch Richtlinie 92/50/EWG vom 18. 6. 1992, ABlEG L 209/1. Die Gemeinschaft hat außerdem das GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA) durch weitere Richtlinien umgesetzt, s. Richtlinie 97/52/EG zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG, ABlEG L 328/1; Richtlinie 98/4/EG zur Änderung der Richtlinie 93/98/EWG, ABlEG L 101/1.

14 Dies sind nach Artikel 7 der neu gefassten Vergaberichtlinie je nach Auftragstyp 162.000 oder 249.000 Euro bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und 6.242.000 Euro bei Bauaufträgen.

15 Zu den problematischen Konsequenzen eines zweigeteilten Vergaberechts – ober- und unterhalb der für die Anwendung der Richtlinien maßgeblichen Schwellenwerte – s. ausführlicher Pietzcker, Jost: Die Zweiteilung des Vergaberechts, Baden-Baden 2001.

16 EuGH, Urt.v. 11. 8. 1995, Rs. C-433/93, Kommission/Bundesrepublik Deutschland, Slg. 1995, I-2303 ff. (2317, Tz 19).

17 In einem Zwischenschritt wurde das Vergaberecht in §§ 57a-c Haushaltsgrundsätzegesetz geregelt und die Verdingungsordnungen in den Rang einer Verordnung erhoben, s. Verordnung über die Vergabebestimmungen für öffentliche Aufträge vom 22. 2. 1994, BGBl I, S. 321.

18 Die haushaltsrechtliche Lösung verfolgte ausdrücklich das Ziel, „individuelle, einklagbare Rechtsansprüche der Bieter nicht entstehen zu lassen", s. BTDrucks 12/4636, S. 12. Das von der Kommission eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren (s. ZIP 1995, 1940 ff.) musste vom EuGH wegen der Neuregelung im GWB nicht mehr entschieden werden; das Schrifttum hielt die haushaltsrechtliche Lösung ganz überwiegend für gemeinschaftsrechtswidrig, s. nur Pietzcker, Jost: Die deutsche Um-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1.2. Die Regelungsstrukturen des deutschen Vergaberechts

Mit der Regelung des Vergaberechts in §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist die öffentliche Auftragsvergabe erstmals durch materielle Rechtssätze mit Außenwirkung geregelt. Die Bieter haben im Anwendungsbereich der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien (§ 100 I i. V. m. § 127 Nr. 1 GWB) subjektive Rechte auf Einhaltung der Vergabevorschriften (§ 97 VII GWB), die nach Abschluss des Vorverfahrens durch die Vergabekammern von Bund und Ländern (§§ 102 ff. GWB) vor den Oberlandesgerichten geltend gemacht werden können (§ 116 III GWB). Grundsätzlich bleibt es dabei, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird (§ 97 V GWB).

Entscheidende Einbruchstelle für die Berücksichtigung Frauen fördernder Zwecke bei der Auftragsvergabe ist § 97 IV GWB, dem zufolge zwar grundsätzlich Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu vergeben sind, aber „andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer (nur) gestellt werden (dürfen), wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist". Dieser im Gesetzgebungsverfahren umkämpfte Halbsatz ermöglicht dem Bundes- wie dem Landesgesetzgeber die rechtsförmliche Regelung weiterer Vergabezwecke.[19] Die Sekundärzwecke sind nach ihrer grundsätzlichen Zulässigkeit im vergaberechtlichen Regime der §§ 97 ff. GWB nicht mehr als „vergabefremd" zu qualifizieren.[20] Welche Zwecke dies verfassungs- wie gemeinschaftsrechtskonform sein dürfen, ist hiermit indessen nicht entschieden.

Einige Länder haben Regelungen zur Berücksichtigung Frauen fördernder Unternehmensaktivitäten bei der Auftragsvergabe erlassen. Nach § 13 Landesgleichstellungsgesetz (LGG) des Landes *Berlin*[21] ist beim Abschluss von Verträgen mit einem Aufwand von mehr als 50.000 Euro in den jeweiligen Vertrag die Verpflichtung des Auftragnehmers aufzunehmen, Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie durchzuführen sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten. Eine konkretisierende Verordnung[22] nennt die Maßnahmen, die als Vertragsbedingung aufgenommen werden können. Dies sind etwa die Umsetzung eines qualifizierten Frauenförderplans, die Erhöhung des Anteils der weiblichen Beschäftigten in gehobenen Positionen und Leitungspositionen oder die Bereitstellung

setzung der Vergabe- und Nachprüfvorschriften im Lichte der neuen Rechtsprechung, NVwZ 1996, S. 313 ff. (315); Dreher, Meinrad: Der Rechtsschutz nach „Umsetzung" der EG-Vergaberichtlinien, ZIP 1995, S. 1869 ff. (1876 ff.).

19 Der Regierungsentwurf wollte diesen Vorbehalt nur für den Bund eröffnen, s. § 106 III RegEVgRÄG. Das Verlangen der Länder, bestehende Verwaltungsvorschriften insbesondere zur Berücksichtigung der Tariftreue beibehalten zu dürfen, wurde zurückgewiesen, s. BTDrucks 13/9340, S. 48. Die Gesetz gewordene Fassung ist ein klassischer Kompromiss, der einerseits Bund und Ländern die Regelung weiterer Vergabezwecke gestattet, hierfür aber andererseits einen einfachrechtlichen Gesetzesvorbehalt aufstellt.

20 So auch Rust, Ursula: GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, S. 453 ff. (453 f.); dies.: Die sozialen Kriterien im Vergaberecht, EuZW 2000, S. 205 ff. (206).

21 In der Fassung der Bekanntmachung vom 6. 9. 2002, GVBl. S. 280.

22 Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 23. 8. 1999, GVBl. S. 498.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

betrieblicher oder externer Kinderbetreuung. Ausgenommen von diesen Anforderungen ist allerdings der nach seinem Volumen bedeutsame Sektor der Bauleistungen (§ 1 I der Verordnung).

Im Land *Brandenburg* regelt § 14 LGG i. V. m. einer Frauenförderverordnung[23] die Voraussetzungen der Frauen fördernden Auftragsvergabe. Sie findet Anwendung bei Aufträgen im Wert von über 50.000 Euro, aber unterhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte (§§ 1, 2 FrauFöV). Auftraggeber werden bevorzugt, wenn sie einen höheren Frauenanteil an den Beschäftigten aufweisen und Frauen in höherem Maße in qualifizierten Positionen beschäftigen (§ 4 FrauFöV). Dies wird durch Kennziffern ermittelt. Ist ihr Angebot gleichwertig mit dem ansonsten wirtschaftlichsten Angebot, erhalten sie den Zuschlag (§ 6 FrauFöV). Weicht ihr Angebot um nicht mehr als 20 % vom Angebot des wirtschaftlichsten Bieters ab, wird ihnen Gelegenheit gegeben, ihr Angebot entsprechend nachzubessern (§ 7 FrauFöV). Im Unterschied zur Berliner Regelung wird ein potenzieller Konflikt mit dem Richtlinienrecht der Gemeinschaft vermieden, weil die Regelung nur außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinien gilt; des Weiteren knüpft die Bevorzugung an eine bereits bestehende Frauen fördernde Aktivität des Unternehmens an; und schließlich enthält sie einen echten Bevorzugungstatbestand, während das Land Berlin sämtliche Unternehmen in den der Zuschlagserteilung nachfolgenden Vertragsbedingungen in die Pflicht nimmt.

Demgegenüber sieht § 27 I LGG des *Saarlandes*[24] lediglich vor, dass beim Abschluss von Verträgen durch Vereinbarung sichergestellt werden „soll", dass bei der Ausführung des Auftrags die „Grundzüge dieses Gesetzes" Anwendung finden. Nach § 27 III LGG ist in den Teilnahmebedingungen darauf hinzuweisen, dass der Zuschlag zwischen zwei wirtschaftlich gleichwertigen Angeboten danach erfolgen „kann", welcher Anbieter eine relativ größere Zahl von Frauen beschäftigt oder konkrete Maßnahmen zur Frauenförderung ergriffen hat. Diese Vorgaben bleiben einerseits recht unbestimmt, koppeln aber prozedural den Ansatz von Berlin und Brandenburg, indem Frauen fördernde Maßnahmen sowohl als bereits durchgeführte zum Zuschlagskriterium als auch als künftige Maßnahmen zum Vertragsinhalt gemacht werden können.

Im Land *Thüringen* sieht § 22 LGG[25] die Koppelung der Auftragsvergabe mit der unternehmerischen Mitwirkung an der Verwirklichung der Chancengleichheit ab einem Auftragswert von 125.000 Euro vor, überlässt aber Näheres der Regelung durch Verwaltungsvorschriften.

Das Land *Hamburg* schließlich hat mit Wirkung zum 1. 1. 1999 eine „Richtlinie zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der öffentlichen Auftragsvergabe" erlassen, die

23 Landesgleichstellungsgesetz vom 4. 7. 1994, GVBl. I S. 254; Verordnung über die bevorzugte Berücksichtigung von Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zur Förderung von Frauen im Erwerbsleben vom 25. 4. 1996, GVBl. II S. 354, zuletzt geändert durch Verordnung vom 18. 2. 2002, GVBl. II S. 139; ausführlicher dazu Kling (2000), a. a. O., S. 546 ff.

24 Landesgleichstellungsgesetz vom 24. 4. 1996, ABl S. 623, zuletzt geändert durch Gesetz vom 23. 6. 1999, ABl S. 982.

25 Gleichstellungsgesetz vom 3. 11. 1998, GVBl. S. 309, zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. 10. 2001, GVBl. S. 265.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

unterhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte eine Bevorzugung zugunsten von Unternehmen vorsieht, die bestimmte Kriterien zur Frauenförderung erfüllen.[26]

2. *Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Frauen fördernden Auftragsvergabe*

Seit einigen Jahren steht die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Koppelung der Auftragsvergabe mit Sekundärzwecken im Brennpunkt des rechtlichen Interesses. Indessen stellt sich wegen der umfassenden Geltung der Grundrechte auch die Frage, inwieweit die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die neben dem Beschaffungszweck weitere Ziele verfolgt, die Grundrechte der erfolgreichen wie erfolglosen Bieter berührt.

2.1. Grundrechte der Bieter

Öffentliche Aufträge werden nach überwiegender Ansicht als privatrechtliche Verträge ausgestaltet. Es kann allerdings heute als *Common Sense* gelten, dass die staatliche Verwaltung durch den Wechsel der Rechtsform nicht von ihren grundrechtlichen Bindungen befreit wird. Dient das privatrechtliche Verwaltungshandeln der unmittelbaren Erfüllung öffentlicher Aufgaben, gestattet Artikel 1 III GG keinen Dispens von grundrechtlichen Bindungen.[27] Umstritten war hingegen lange, ob die Verwaltung auch bei der bedarfsdeckenden Auftragsvergabe an die Grundrechte gebunden ist. In der Sichtweise als „Hilfsgeschäft" der Verwaltung war das Verständnis angelegt, dass für diese Handlungsform allein das Privatrecht die Rechtmäßigkeitsmaßstäbe setzt.[28] Diese Auffassung kann allerdings heute als weitgehend überwunden gelten. Zum einen ist bereits eine Linie zwischen Verwaltungshandeln, das unmittelbar der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient, und sonstigem „fiskalischem" Verwaltungshandeln nicht trennscharf zu ziehen. Zum anderen erweist sich, dass auch die Auftragsvergabe in privatrechtlicher Form den Staat nicht zum Privaten macht. Er bleibt zwar an das Haushaltsrecht gebunden, nimmt jedoch zahlreiche Privilegien in Anspruch, die den Maßstab zivilrechtlicher

26 Siehe dazu Boesen, Arnold: VergabeNews 1999, 13; Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 542. – Im Land Schleswig-Holstein wurde speziell für das so genannte Gebäudemanagement eine Regelung zur Frauen fördernden Auftragsvergabe geschaffen, s. § 3 IV Nr. 2 Satz 2 Gebäudemanagement-Errichtungsgesetz v. 15. 6. 1999, GVOBl S. 134, zuletzt geändert durch Verordnung vom 16. 9. 2003, GVOBl 503; s. a. auch Landesbeschaffungsordnung Schleswig-Holstein Punkt 10: Frauenförderung. Die im Land Sachsen-Anhalt in § 20a Frauenfördergesetz vorgesehene Bevorzugungsregel bei der Auftragsvergabe (Gesetz vom 27. 5. 1997, GVBl. S. 516) wurde durch Gesetz vom 16. 7. 2003, GVBl. S. 158 wieder aufgehoben.

27 Ehlers, Dirk: Verwaltung in Privatrechtsform, Berlin 1984, S. 216 ff. m. w. N.; Dreier, Horst in: Dreier (Hrsg): GG-Kommentar Bd. 1, Tübingen 1996, Artikel 1 III Rdnr. 51; Jarass, Hans-D. in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 6. Aufl. München 2002, Artikel 1 Rdnr. 28; s. a. Gurlit, Elke: Verwaltungsvertrag und Gesetz, Tübingen 2000, S. 398; aus der Rechtsprechung BGHZ 52, S. 325 ff. (327 ff); BGHZ 91, 84 ff. (98).

28 Paradigmatisch Forsthoff, a. a. O. (Fn 10), S. 13 f.; so auch noch BGHZ 36, S. 91 ff. (95 ff.); s. a. die Retrospektive bei Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 45 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Waffengleichheit als fragwürdig erscheinen lassen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Verwaltung mit der Auftragsvergabe auch Lenkungszwecke verfolgt, die öffentliche Aufgaben darstellen. Wird die Auftragsvergabe etwa in Ausfüllung des Auftrags aus Artikel 3 II 2 GG mit gleichstellungspolitischen Zielen angereichert, wird der potenzielle Auftragnehmer in die öffentliche Aufgabenerfüllung eingebunden. Die Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand bei der Auftragsvergabe ist deshalb im Ergebnis weithin akzeptiert.[29]

Im Vordergrund standen bislang die Grundrechte des *erfolglosen Bieters*. Es ist anerkannt, dass der Gleichheitssatz des Artikel 3 I GG eine willkürfreie Auftragsvergabe gebietet. Das Gleichheitsgebot erfordert subjektivrechtlich die chancengleiche Teilnahme am Wettbewerb und die Einhaltung der Vergabekriterien. Die Bieter können beanspruchen, dass die Gebote gleichheitsgemäß bewertet werden.[30] Neben dem Gleichheitssatz kann sich der erfolglose Bieter auch auf das Gebot effektiven Rechtsschutzes nach Artikel 19 IV GG berufen. Er muss die Möglichkeit haben, eine rechtswidrige Auftragserteilung zu verhindern.[31]

Ob die Freiheitsgrundrechte – maßgeblich Artikel 2 I, 12 I und 14 I GG – zum Tragen kommen, ist eine bislang eher vernachlässigte Frage. Der erfolglose Bieter kann sich auf sie nicht berufen, da ein grundrechtlicher Anspruch auf Auftragserteilung nicht besteht.[32] Die Freiheitsgrundrechte in ihrer abwehrrechtlichen Dimension könnten aber Maßstab sein für die Rechtsstellung des *erfolgreichen Bieters*. Dies setzt voraus, dass in dem Abschluss eines Vertrages ein Grundrechtseingriff gesehen werden kann. Die Freiwilligkeit des Auftragnehmers, der ja nicht gezwungen ist, ein Gebot abzugeben, scheint einer Mobilisierung der Grundrechte in ihrem abwehrrechtlichen Gehalt entgegen zu stehen: Im Regelfall wird man im Vertragsschluss einen Grundrechtsgebrauch der „vertragsnahen" Grundrechte aus Artikel 2 I, 12 I und 14 I GG sehen, die einer selbst auferlegten Bindung nicht entgegenstehen.[33]

29 Ehlers, a. a. O. (Fn 27), S. 214 ff.; Dreier in: Dreier, a. a. O. (Fn 27), Artikel 1 III Rdnr. 49; Jarass in: Jarass/Pieroth, a. a. O. (Fn 27), Artikel 1 Rdnr. 28; Gurlit, a. a. O. (Fn. 27), S. 398 ff.; Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 66 ff. – Neuere Judikate haben diese Sichtweise vor allem unter dem Druck des Gemeinschaftsrechts übernommen, s. OLG Brandenburg NVwZ 1999, S. 1142 ff. (1146); instruktiv BKartA NJW 2000, S. 151 ff. (153). – Zum Sonderproblem der sog. Sektorenauftraggeber nach der Richtlinie 93/38/EWG s. Noch, Rainer: Begriff des öffentlichen Auftraggebers, NVwZ 1999, S. 1083 ff.; Thode, Reinhold: Zum vergaberechtlichen Status von juristischen Personen des Privatrechts, ZIP 2000, S. 2 ff.; Hailbronner, Kay: Private Töchter öffentlicher Auftraggeber und die Anwendbarkeit des EG-Vergaberechts, DÖV 2003, S. 534 ff.

30 Pietzcker, a. a. O. (Fn 2), S. 367 ff.; ausführlich Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 69 ff.; die objektivrechtliche Geltung des Gleichheitssatzes hatte auch der BGH früh bejaht, BGH NJW 1977, S. 628 ff. (639).

31 BKartA NJW 2000, S. 151 ff. (153).

32 So auch Burgi, Martin: Vergabefremde Zwecke und Verfassungsrecht, NZBau 2001, S. 64 ff. (66); a. A. Grzeszick, Bernd: Vergaberecht zwischen Markt und Gemeinwohl, DÖV 2003, S. 649 ff. (654) mit der Erwägung, der Ausschluss aus dem Bieterwettbewerb aufgrund marktfremder Zwecke sei eine grundrechtlich erhebliche Wettbewerbsbeschränkung.

33 Ehlers, a. a. O. (Fn 27), S. 221; Krebs, Walter: Verträge und Absprachen zwischen der Verwaltung und Privaten, VVDStRL 52 (1993), S. 248 ff. (265); Scherzberg, Arno: Grundfragen des verwaltungsrechtlichen Vertrages, JuS 1992, S. 205 ff. (211); Kunig, Philip: Verträge und Absprachen zwischen Verwaltung und Privaten, DVBl 1992, S. 1193 ff. (1198); Gurlit, a. a. O. (Fn 27), S. 390 f.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wird die Vergabe eines öffentlichen Auftrags mit weiteren Zwecken bepackt, stellt sich aber die Frage, ob diese vom Auftragnehmer in freiwilliger Selbstbestimmung – und damit eingriffsausschließend[34] – übernommen werden oder ihn als zwangsgleiche Wirkungen treffen. Die Modalitäten des Eindringens der Sekundärzwecke in den öffentlichen Auftrag können unterschiedlich sein. Dem Auftragnehmer kann die Erfüllung bestimmter gleichstellungspolitischer Maßnahmen zur Vertragspflicht gemacht werden, indem nach Zuschlagserteilung in den Vertrag bestimmte Pflichten zur Frauenförderung aufgenommen werden. Diesen Weg hat das Land Berlin mit § 13 LGG i. V. m. der Verordnung beschritten. Möglich ist aber auch, dass die Erfüllung Frauen fördernder Maßnahmen bereits zur Vorabbedingung für die Zuschlagserteilung gemacht wird, die bevorzugte Zuschlagserteilung also die Erfüllung der Sekundärziele voraussetzt. Dies ist die Regelungsstruktur, die das Land Brandenburg in § 14 LGG i. V. m. der Verordnung gewählt hat. Das Saarland hat beide Wege miteinander verknüpft.

Wird die reale Beziehungsstruktur zum Ausgangspunkt genommen, so könnte ein Eingriff in die von der Berufsfreiheit geschützte Wettbewerbsfreiheit gesehen werden, wenn der Bieter wegen der Nachfragemacht der öffentlichen Hand keine realistische Möglichkeit hat, auf eine Gebotsabgabe zu verzichten.[35] Grundrechtlich bedeutsam ist in abwehrrechtlicher Perspektive weniger die Sachgerechtigkeit der Verknüpfung, sondern vielmehr der materielle Gehalt der dem Auftragnehmer auferlegten Verpflichtungen oder Vorbedingungen.[36] Voraussetzung für einen vertragsbezogenen Eingriff ist zum einen, dass diese Pflichten nicht ohnehin vertragsunabhängig von Gesetzes wegen bestehen; zum anderen muss es sich um Pflichten handeln, die der Auftragnehmer nicht bereits unabhängig vom Vertrag erfüllt hat. In der Berliner und der saarländischen Regelung sind deshalb Grundrechtseingriffe zu sehen, weil den erfolgreichen Bietern im Vertrag Pflichten auferlegt werden, die sie nicht bereits von Gesetzes wegen zu erfüllen haben. Bei der Regelung des Landes Brandenburg ist dies eher zweifelhaft, denn §§ 4, 6 FrauFöV knüpfen die Bevorzugung an den Umstand an, dass die Bieter bereits *vor* Angebotsabgabe Frauen fördernde Maßnahmen ergriffen haben, und das Eintrittsrecht nach § 7 FrauFöV entfaltet schwerlich zwangsgleiche Wirkungen.[37]

34 So die Konstruktion des BVerwG in der Entscheidung zum Folgekostenvertrag: Der Gesetzesvorbehalt sei nicht maßgeblich, da es „angesichts der einverständlichen Mitwirkung der am Vertrag Beteiligten zumindest nicht in dem Sinne zu Eingriffen kommt, in dem dies bei jenem Erfordernis gesetzlicher Grundlage vorausgesetzt wird", BVerwGE 42, S. 331 ff. (335).

35 So hat der BGH JZ 2000, S. 514 ff. (518) hinsichtlich eines Eingriffs in die Koalitionsfreiheit durch die Pflicht zur Abgabe einer Tariftreueerklärung insbesondere darauf abgestellt, dass das Land Berlin auf dem Nachfrage-markt für Bauleistungen eine marktbeherrschende Stellung innehat. Diesen Markt nimmt allerdings § 13 LGG i. V. m. der Verordnung des Landes Berlin von der Auftragspflicht zur Frauenförderung aus. – Siehe zur Begründung zwangsgleicher Wirkungen auch Gurlit, a. a. O. (Fn. 27), S. 115 f. m. w. N.; bezogen auf Artikel 12 I GG bejaht auch Kling, a. a. O. (Fn. 1), S. 395 f. einen Eingriff durch die abverlangten Tariftreueerklärungen.

36 Siehe zu dieser Differenzierung Pietzcker, a. a. O. (Fn 2), S. 391 f.

37 Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 570 f. verneint einen Eingriff durch das Eintrittsrecht mangels berufsregelnder Tendenz.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2.2. Folgerungen für Frauen fördernde Maßnahmen als Sekundärzweck

Die grundrechtliche Bedeutung der Koppelung von Auftragsvergabe und betrieblicher Frauenförderung führt zur Frage nach dem Gebot gesetzlicher Vorordnung. Der *Gesetzesvorbehalt* lässt sich bereits mit der Chancen umverteilenden Wirkung begründen, die dem Sekundärzweck Frauenförderung zukommt. Ein aus dem Gleichheitssatz folgender Verfahrensvorbehalt gebietet, Inhalt und Verfahren der Berücksichtigung des Sekundärzwecks normativ zu regeln.[38] Zum anderen legt es die abwehrrechtliche Seite der Grundrechte nahe, die Berücksichtigung Frauen fördernder Maßnahmen durch Rechtsnormen mit Außenwirkung zu regeln. Bevorzugungsregeln im Range von Verwaltungsvorschriften würden den *grundrechtlichen* Vorordnungsgeboten nicht genügen. Insoweit kommt dem *einfachrechtlichen* Gesetzesvorbehalt des § 97 IV Hs. 2 GWB nur klarstellende Bedeutung zu.[39] Der grundrechtliche Gesetzesvorbehalt dürfte allerdings auch eine gesetzliche Grundlage unterhalb der für die Anwendung von § 97 IV Hs. 2 i. V. m. § 100 I GWB maßgeblichen gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte erfordern.[40] Diesem verfassungsrechtlichen Erfordernis gesetzlicher Grundlage genügen die Regelungen von Berlin, Brandenburg und dem Saarland[41], nicht hingegen die auf eine Verwaltungsvorschrift verweisende Regelung des Landes Thüringen[42] und die hamburgische Richtlinie im Range einer Verwaltungsvorschrift.

In *kompetenzieller* Hinsicht stellt § 97 IV Hs. 2 GWB klar, dass sowohl der Bund als auch die Länder entsprechende außenwirksame Regelungen treffen dürfen. Die von ihnen normierten Sekundärzwecke müssen aber ihrerseits die grundgesetzliche Kompetenzordnung wahren.[43] Dies mag bei den von einigen Ländern geschaffenen Tariftreue-

38 Hermes, Georg: Gleichheit durch Verfahren bei der staatlichen Auftragsvergabe, JZ 1997, S. 909 ff. (914 ff.); Gurlit, a. a. O. (Fn. 27), S. 405. Nach Auffassung des BVerwG sollen hingegen subventionierende Maßnahmen in Umsetzung von Artikel 3 II 2 GG keinem Parlamentsvorbehalt für das Wesentliche unterfallen, sondern durch Verwaltungsvorschriften getroffen werden können, NVwZ 2003, S. 92 ff.

39 Artikel 3 Nr. 5 des Vergaberechtsänderungsgesetzes (BGBl 1998, I, 2512) sah übergangsweise die Weitergeltung von Verwaltungsvorschriften über Sekundärzwecke bis zum 20. 6. 2000 vor; s. a. BGH, B. v. 8. 12. 1998, KVR 23/98, WuW/E Verg., 175; BayObLG NVwZ 1999, S. 1138 ff. (1142); zu § 97 IV Hs. 2 GWB als Formvorbehalt s. ausführlicher Heintzen, Markus: Vergabefremde Ziele im Vergaberecht, ZHR 165 (2001), S. 62 ff. (64 ff.).

40 Hermes, Georg: JZ 1997, S. 909 ff. (914 ff.); Gurlit, a. a. O. (Fn. 27), S. 405; Puhl, Thomas: Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), S. 456 ff. (496).

41 Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der parlamentarische Gesetzgeber jedenfalls die für die Grundrechtsausübung wesentlichen Angelegenheiten selbst normieren muss und nur das Unwesentliche nach Maßgabe von Artikel 80 I GG an die normsetzende Verwaltung delegieren darf, s. grundlegend BVerfGE 33, S. 1 ff. (11); BVerfGE 47, S. 46 ff. (79). In Berlin, Brandenburg und dem Saarland ist das Grundrechtswesentliche in den parlamentsbeschlossenen LGG geregelt, die Verordnungen enthalten Konkretisierungen.

42 In Thüringen regelt § 22 LGG nicht das Grundrechtswesentliche.

43 Der einfachrechtliche Vorbehalt kann die grundgesetzliche Kompetenzordnung nicht überspielen, so zutreffend BGH JZ 2000, S. 514 ff. (518); Böhm, Monika/Denker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); Grzeszick, Bernd: DÖV 2003, S. 649 ff. (653); a. A. Heintzen, Markus: ZHR 165 (2001), S. 62 ff. (70 f.), der in § 97 IV Hs. 2 GWB eine Kompetenzverteilungsregel sieht.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

regelungen problematisch sein,[44] dürfte aber Länderregelungen zur betrieblichen Frauenförderung nicht treffen, solange nicht bundesgesetzlich eine Artikel 74 I Nr. 11 oder 12 GG ausschöpfende Regelung erlassen wird.[45]

Die Öffnungsklausel in § 97 IV Hs. 2 GWB hat insofern konstitutive Bedeutung, als sie den *inhaltlichen Rahmen* umschreibt, den sowohl bundes- als auch landesrechtliche Regelungen von Sekundärzwecken zu beachten haben. Die anderen oder weitergehenden Anforderungen, die Bund und Länder nach § 97 IV Hs. 2 GWB regeln dürfen, beziehen sich auf die in § 97 IV Hs. 1 GWB genannten Eignungskriterien (*bieterbezogene* Kriterien). Diese Anforderungen müssen sich als „andere" nicht auf eine Fortschreibung der in Artikel 97 IV Hs. 1 GWB genannten Eignungskriterien beschränken. Sie dürfen aber nicht den Grundsatz des § 97 V GWB antasten, dem zufolge der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist (*gebots- oder produktbezogene* Kriterien).[46] Das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 97 V GWB wird von der Berliner Regelung gewahrt, die einerseits in den Teilnahmebedingungen *vor* dem Zuschlag Bieter zu Angaben über geplante Maßnahmen auffordert und andererseits Frauen fördernde Maßnahmen erst *nach* der Zuschlagserteilung zum Vertragsinhalt macht. Zweifel könnten bei der Regelung des Landes Brandenburg bestehen, denn nach § 6 FrauFöV kann das Kriterium der Frauenförderung *bei* der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden. Indessen knüpft die Norm an die wirtschaftliche Gleichwertigkeit der Gebote an, sodass hierdurch ebenfalls das Wirtschaftlichkeitsgebot nicht tangiert wird. Gleiches gilt für das Eintrittsrecht nach § 7 FrauFöV, das gerade auf die Wahrung der Wirtschaftlichkeit abzielt.[47]

Die normierten Sekundärzwecke müssen sich schließlich auch *materiell* vor den betroffenen Grundrechten rechtfertigen. Dies ist bei den Regelungen zur Tariftreue umstritten.[48] Werden hingegen Frauen fördernde Maßnahmen zum Vertragsinhalt oder zum Zuschlagskriterium gemacht, so gestatten die Freiheitsgrundrechte grundsätzlich sachgerechte und durch den Gleichstellungsauftrag des Artikel 3 II 2 GG motivierte Be-

44 BGH JZ 2000, S. 514 ff. (517 f.) sah in der Berliner Regelung über die Abgabe einer Tariftreueerklärung einen Verstoß gegen Artikel 74 I Nr. 12 GG, da derartige Angelegenheiten dem Tarifrecht zurechnen und nach Auffassung des Gerichts mit § 5 TVG eine insoweit abschließende bundesrechtliche Regelung vorliegt.

45 Nach Ansicht von Heintzen, Markus: ZHR 165 (2001), S. 62 ff. (68) folgt nicht nur für das Vergaberecht, sondern auch für die Normierung von Sekundärzwecken die Kompetenz einheitlich aus Artikel 74 I Nr. 11 GG. – Für eine längere Länderexperimentierphase plädiert Rust, Ursula: Sozialpolitische Kriterien in landesgesetzlichen Vergabevorschriften, NJ 2001, S. 113 ff. (115).

46 So auch die Lesart von Heintzen, Markus: ZHR 165 (2001), S. 62 ff. (74 ff.); Rust, Ursula: EuZW 1999, S. 453 ff. (454); dies.: EuZW 2000, S. 205 ff. (206 f); Grzeszick, Bernd: DÖV 2003, S. 649 ff. (652).

47 So im Ergebnis auch Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 551 ff., 557 f.

48 BGH JZ 2000, S. 514 ff. (518) sah in der Berliner Regelung einen Verstoß gegen Artikel 9 III GG, zustimmend Dreher, Meinrad: JZ 2000, S. 519 ff. (519); Böhm, Monika/Denker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768). Entsprechende Bedenken wurden deshalb auch gegenüber einer bundesgesetzlichen Regelung formuliert, s. dazu bereits Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 388 ff.; Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor: ZIP 2002, S. 596 ff. (600 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schränkungen.[49] Auch der spezielle Gleichheitssatz des Artikel 3 III GG steht dem Sekundärzweck der Frauenförderung nicht entgegen: Gegen das strikte, geschlechtsbezogene Anknüpfungsverbot wird durch das staatliche Verlangen nach einem betrieblichen Frauenförderplan nicht verstoßen. Die Unternehmen werden auch nicht zu einer geschlechtsdiskriminierenden Einstellungs- oder Beförderungspraxis genötigt, da sie in den Wegen der Zielerreichung frei bleiben.[50]

3. *Gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Frauen fördernden Auftragsvergabe*

Der verfassungsrechtliche Rahmen umschreibt nicht den einzigen Maßstab für die Zulässigkeit der Koppelung der Auftragsvergabe mit dem Ziel der Frauenförderung. Wesentlich bedeutsamer erscheinen die Restriktionen, die das gemeinschaftliche Sekundär- und Primärrecht einer influenzierenden Auftragsvergabe auferlegen.

3.1. Der richtlinienrechtliche Rahmen

Wie die nunmehr abgelösten Vorgängerrichtlinien normiert auch die neue, vereinheitlichende Richtlinie aus dem Jahr 2004 Anforderungen an die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit des Bieters (Artikel 45 ff.). Von diesen bieterbezogenen Eignungskriterien sind die Maßstäbe für die Zuschlagserteilung zu unterscheiden. Der Zuschlag ist nach Wahl des Auftraggebers auf den niedrigsten Preis oder auf das wirtschaftlich günstigste Gebot zu erteilen (Artikel 53). Neu aufgenommen wurde die mitgliedstaatliche Befugnis, zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorzuschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht im Übrigen vereinbar sind. Beispielhaft werden soziale und umweltbezogene Aspekte genannt (Artikel 26). Die mitgliedstaatlichen Spielräume für die Berücksichtigung gleichstellungspolitischer Ziele ergeben sich aus dem Zusammenspiel von Artikel 26 und 53 der Richtlinie. Vor der Vereinheitlichung der Richtlinien unternommene Versuche, richtlinienspezifisch unterschiedlich große Spielräume zu begründen,[51] können getrost aufgegeben werden.[52] Die

49 Neßler, Volker: DÖV 2000, S. 145 ff. (150); Böhm, Monika/Denker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); wohl auch Rust, Ursula: EuZW 2000, S. 205 ff. (207); Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 554, 567 ff. hinsichtlich der Regelungen in §§ 6, 7 FrauFöV des Landes Brandenburg. – Das Verhältnismäßigkeitsprinzip dürfte den Berliner Gesetzgeber veranlasst haben, den Bausektor von der Regelung auszunehmen. § 7 III FrauFöV Brandenburg enthält eine Unbilligkeitsklausel als Ausnahme vom Eintrittsrecht.

50 Gurlit, a. a. O. (Fn 27), S. 401. Das BVerfG nimmt einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit an, wenn Grundrechtsträger von Gesetzes wegen genötigt werden, Dritte zu diskriminieren, s. BVerfGE 85, S. 191 ff. (205 f.).

51 Siehe die Erwägungen bei Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 189, 218; Götz, Walter: Die Zulässigkeit beschaffungsfremder Vergabekriterien nach Europarecht, EuR 1999, S. 621 ff. (629 ff.).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auslegung des richtlinienrechtlichen Rahmens bedarf allerdings des Rückgriffs auf die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs, dessen Rechtsprechung mit der gemeinschaftsrechtlichen Novellierung in weiten Teilen kodifiziert wurde.

Einfallstor für die Berücksichtigung Frauen fördernder Zwecke ist vor allem Artikel 26, der sich dem *Beentjes*-Urteil des EuGH aus dem Jahr 1988 verdankt.[53] In dieser Entscheidung hatte der Gerichtshof über eine niederländische Regelung zu urteilen, der zufolge im Vergabeverfahren für Bauaufträge die Bieter ihre Fähigkeit nachweisen mussten, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen. Der Gerichtshof ging davon aus, die Eignungs- und Zuschlagskriterien seien als voneinander zu unterscheidende Regelungen anzusehen. Auch dürften bei der Festlegung der Zuschlagskriterien nur solche zugrunde gelegt werden, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienten.[54] In dem niederländischen Erfordernis vermochte er weder ein Eignungs- noch ein Zuschlagskriterium zu sehen. Vielmehr qualifizierte das Gericht die Regelung als „besondere zusätzliche Bedingung", die mangels umfassender Richtlinienharmonisierung unter den weiteren Voraussetzungen statthaft sei, dass sie vorab publiziert werde und nicht gegen gemeinschaftliches Primärrecht verstoße.[55] Wenn sich also der Sekundärzweck nicht als Zuschlagskriterium darstellt, so lässt er sich als „Ausführungsbedingung" qualifizieren, die den *Auftragsinhalt* des erfolgreichen, weil günstigsten Bieters *nach* der Zuschlagserteilung determiniert und als vorab formulierte Bedingung alle Bieter gleichmäßig trifft. [56] Insoweit lassen sich Sekundärzwecke normieren, die den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz nicht berühren.[57] Diese Rechtsprechung ist nunmehr mit der Neufassung der Richtlinie rezipiert worden. Auch wenn in den Erwägungsgründen der Richtlinie Frauen fördernde Ziele nicht ausdrücklich genannt werden[58], dürfte die nicht abschließende Aufzählung der berücksichtigungsfähigen Belange auch gleichstellungspolitische Aspekte zulassen. Entscheidend ist, dass diese nicht Zuschlagskriterium sind, sondern als vorab formulierte Bedingung dem erfolgreichen Bieter als Vertragsinhalt auferlegt werden.

Ob die Bereitschaft zur Durchführung Frauen fördernder Maßnahmen oder bereits durchgeführte Maßnahmen auch zum Zuschlagskriterium gemacht werden dürfen, kann sich nur aus Artikel 53 der Richtlinie ergeben. Entscheidet sich der Auftraggeber für die

52 Der EuGH ist immer von einem einheitlichen Regelungsrahmen ausgegangen, s. EuGH, Urt. v. 17. 9. 2002, Rs. C-513/99 Concordia Bus Finland, Slg. 2002 I-7213 ff, Tz 87-93; s. a. bereits Gurlit, a. a. O. (Fn 27), S. 385 f.; s. a. Rust, Ursula: EuZW 1999, S. 453 ff. (454).

53 EuGH, Urt.v. 20. 9. 1988, Rs. 31/87, Slg. 1988, S. 4635 ff.

54 EuGH Slg. 1988, S. 4635 ff., Tz 16-20.

55 EuGH Slg. 1988, S. 4635 ff, Tz 36 f.

56 So die Lesart der Kommission, s. Mitteilung der Kommission: Öffentliches Auftragswesen – Regionale und soziale Aspekte, KOM (1989) 400 endg. v. 22. 9. 1989, ABlEG C 311 Rdnr. 47, bestätigt in der Mitteilung: Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, KOM (1998) 143 endg. v. 11. 3. 1998, Tz 4.4.

57 So die Lesart des Beentjes-Urteils von Rust, Ursula: EuZW 1999, S. 453 ff. (455 f.); Ziekow, Jan: NZBau 2001, S. 72 ff. (75); dagegen Rittner, Fritz: Die „sozialen Belange" i. S. der EG-Kommission und das inländische Vergaberecht, EuZW 1999, S. 677 ff. (679 f.).

58 Erwägungsgrund 33 der Richtlinie nennt beispielhaft die berufliche Ausbildung auf Baustellen sowie die Beschäftigungsförderung solcher Personen, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet – ob man Frauen pauschal letzterer Gruppe zuweisen sollte, erscheint eher fragwürdig.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlich günstigste Gebot, so kann er nach der Neufassung verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien anwenden, beispielsweise die Ästhetik oder die Umwelteigenschaften. Insbesondere die Aufnahme der Umwelteigenschaften in den Kriterienkatalog der Zuschlagserteilung geht auf die Judikatur des EuGH zurück.

In der Sache *Concordia Bus Finland*[59] hatte der Gerichtshof zu entscheiden, ob die Stadt Helsinki bei der Vergabe von Buslinien den Zuschlag auch daran ausrichten durfte, dass der erfolgreiche Bieter in der Lage war, erdgasbetriebene Busse mit geringen Emissionen einzusetzen. Der Gerichtshof nutzte die Gelegenheit, die Spielräume, die der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz bietet, gründlicher auszuloten. Danach kann der wirtschaftliche Wert eines Gebots einerseits auch durch Kriterien mitbestimmt werden, die selbst nicht unmittelbar wirtschaftlicher Natur sind.[60] Andererseits müssen aber die Zuschlagskriterien, auf die der Auftraggeber abstellt, mit dem Auftragsgegenstand „zusammenhängen".[61] Im Übrigen bleibt es dabei, dass diese Kriterien vorab bekannt gemacht werden und mit dem EG-Vertrag vereinbar sein müssen. Die gebotene Enge des Zusammenhangs von weiteren Kriterien im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots hat der Gerichtshof in der *Wienstrom*-Entscheidung vom Dezember 2003 präzisiert. Dort ging es um die Frage, ob Österreich als öffentlicher Auftraggeber die Fähigkeit der Bieter, Strom aus erneuerbaren Energiequellen zu liefern, mit einem Anteil von 45 % bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigen darf. War der Gerichtshof grundsätzlich geneigt, eine solche Berücksichtigung eines nicht unmittelbar betriebswirtschaftlichen Kriteriums zu akzeptieren, so meldete er doch durchschlagende Vorbehalte gegen die konkrete Ausgestaltung an. Diese sah nämlich eine Berücksichtigung der unternehmerischen Potenziale zur Bereitstellung von Energie aus erneuerbaren Quellen jenseits der durch den konkreten Auftrag geforderten Energiemengen vor. Nach Auffassung des EuGH wurde damit der Sachzusammenhang von zusätzlichem Kriterium und dem konkreten Auftrag nicht gewahrt.[62]

Die Urteile *Concordia Bus Finland* und *Wienstrom* bestätigen, dass Sekundärzwecke auch im Rahmen der Zuschlagserteilung verfolgt werden dürfen. Da Artikel 53 der Richtlinie nur beispielhaft weitere auftragsbezogene Kriterien nennt, ist grundsätzlich denkbar, auch gleichstellungspolitische Anliegen aufzunehmen.[63] Mit der Betonung des erforderlichen Konnexes von konkretem Auftrag und Zuschlagskriterien sind aber Restriktionen für die Verfolgung von Sekundärzwecken verbunden. Entscheidend ist, dass die Kriterien der Auftragserfüllung dienen und sich nicht als hiervon losgelöstes Erfordernis darstellen. Die beiden jüngsten Entscheidungen behandelten aber vor allem nur

59 EuGH Slg. 2002 I-7213 ff.

60 Die Stadt Helsinki hatte dargelegt, umweltschonende Busse bewirkten Spareffekte im medizinisch-sozialen Bereich, s. Schlussanträge von GA Mischo, Rdnr. 66.

61 EuGH Slg. 2002 I-7213 ff., Tz 55 und 59.

62 EuGH, Urt. v. 4. 12. 2003, Rs. C-448/01 Wienstrom, EuZW 2004, 81 ff. Tz 66-71.

63 Der Vorschlag des Parlaments, die Gleichstellungspolitik in das Zuschlagskriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots aufzunehmen, wurde zwar von der Kommission abgelehnt, s. KOM (2002) 236 endg. vom 6. 5. 2002, S. 54; der Erwägungsgrund 46 der Richtlinie nennt aber immerhin Kriterien „zur Erfüllung sozialer Anforderungen, (...) die insbesondere den (...) Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen".

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Frage der Berücksichtigungsfähigkeit zusätzlicher Belange *innerhalb* des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes.[64] Selbst unter Zugrundelegung des vom EuGH erweiterten Wirtschaftlichkeitsbegriffs erfordert es ein gewisses Maß an Fantasie, die Durchführung von gleichstellungsfördernden Maßnahmen als auftragsbezogenes Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots anzusehen.

Zur Nagelprobe der Flexibilität der Zuschlagskriterien wird deshalb die Frage, ob Artikel 3 der Richtlinie auch Durchbrechungen des Wirtschaftlichkeitsgebots gestattet. In der Rechtssache *Nord-Pas-de-Calais*[65] hatte der Gerichtshof offenbar derartige Spielräume gesehen. Im Vertragsverletzungsverfahren hatte die Kommission gerügt, die französische Region habe in den Ausschreibungsunterlagen für Bauaufträge staatliche Bedingungen zur lokalen Beschäftigungsförderung als Zuschlagskriterium und nicht als Ausführungskriterium bezeichnet. In Interpretation seines *Beentjes*-Urteils führte der Gerichtshof aus, sowohl die damalige „zusätzliche Bedingung" als auch die nunmehr fragliche Bedingung stellten sich der Sache nach als Zuschlagskriterien dar, weil sie als Grund für den Ausschluss eines Bieters fungierten. Auch als Zuschlagskriterien seien aber diese Bedingungen gemeinschaftsrechtskonform, wenn sie vorab bekannt gemacht werden und nicht mit dem gemeinschaftlichen Primärrecht kollidieren.[66] Mit dieser Entscheidung gab der Gerichtshof seine feinsinnige Unterscheidung zwischen den auf das Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichteten Zuschlagskriterien und zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung auf. Die überraschende Volte legte die Interpretation nahe, die Mitgliedstaaten seien durch das richtlinienrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot nicht absolut gebunden, die von den Richtlinien gewährten Spielräume für die Normierung von Sekundärzwecken seien mithin deutlich größer.[67] Die zeitlich danach ergangenen Entscheidungen *Concordia Bus Finland* und *Wienstrom*, die allein den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz ausloten, deuten allerdings bereits eine Korrektur des EuGH an.[68] Der Wortlaut des Artikel 3 und die Erwägungsgründe[69] sprechen eindeutig für eine abschließende Normierung der Zuschlagskriterien. Gleichstellungspolitische Ziele können deshalb nach Maßgabe der Richtlinien zwar als sog. Ausführungsbedingung, aber nur innerhalb des Gebots des Zuschlags auf das wirtschaftlich günstigste Angebot verwirklicht werden.

64 Dass dies grundsätzlich möglich sein muss, hatte der Gerichtshof schon zuvor entschieden, s. EuGH, Urt. v. 28. 3. 1995, Rs C-324/93, Evans Medical und MacFarlan Smith, Slg. 1995, I-563 ff., Tz 42-44.

65 EuGH, Urt.v. 26. 9. 2000, Rs. C-225/98, Slg. 2000, I-7445 ff.

66 EuGH Slg. 2000, I-7445 ff., Tz 50-52.

67 Benedict, Christoph: „Vergabefremde" Aspekte nach Beentjes und Nord-Pas-de-Calais, NJW 2001, S. 947 ff. (948); Rust, Ursula: NJ 2001, S. 113 ff. (116); sehr kritisch die Urteilsanmerkungen von Seidel, Ingelore: EuZW 2000, S. 762 f und Dreher, Meinrad: JZ 2001, S. 140 f.

68 So auch bereits nach der Concordia-Entscheidung Bungenberg, Marc: NVwZ 2003, S. 314 ff. (317).

69 Artikel 53 der Richtlinie formuliert die Zuschlagsvarianten als klares entweder/oder; nach Erwägungsgrund 46 sind nur die zwei Zuschlagskriterien niedrigster Preis und wirtschaftlich günstigstes Angebot zuzulassen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3.2. Gemeinschaftliches Primärrecht

Das Richtlinienrecht sperrt nicht den Rückgriff auf Regelungen des EG-Vertrages. Der Vertrag bildet einen zusätzlichen Maßstab für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Normierung von sekundären Vergabezwecken. Daneben ist er alleiniger gemeinschaftsrechtlicher Maßstab für diejenigen Vergabeverfahren der Mitgliedstaaten, die unterhalb der richtlinienrechtlichen Schwellenwerte bleiben.

Als Restriktion kommt vor allem das gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot in Betracht, das über das allgemeine Verbot des Artikel 2 EGV hinaus im Bereich der Grundfreiheiten Beachtung fordert. Die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit können Sekundärzwecken entgegenstehen, die unmittelbar oder mittelbar Bieter aus anderen Mitgliedstaaten benachteiligen.[70] Begrenzend können sich überdies die Regelungen zur Wettbewerbspolitik auswirken. Insbesondere das Verbot wettbewerbsverzerrender Beihilfen nach Artikel 87 I EGV kann berührt sein, wenn die Normierung von Sekundärzwecken letztlich das Ziel verfolgt, mittels der Auftragsvergabe gezielt Unternehmen zu subventionieren.[71]

Dass aber das Primärrecht nicht nur Schranken, sondern auch positive Leitlinien für die Zulässigkeit bestimmter Sekundärzwecke bereithält, hat die Entscheidung des Gerichtshofs in der Sache *Concordia Bus Finland* erwiesen. Dort stellte das Gericht für die Zulässigkeit eines Umweltschutzkriteriums maßgeblich darauf ab, dass der Umweltschutz auch ein gewichtiger gemeinschaftsrechtlicher Belang ist (Artikel 6 EGV).[72] Die umweltbezogene Querschnittsklausel ist dabei nicht unmittelbarer Prüfungsmaßstab, sondern Richtschnur für die vertragskonforme Interpretation des Richtlinienrechts. Da Querschnittsklauseln bei allen EG-Politiken Berücksichtigung verlangen, sind sie bei der Auslegung der primärrechtlichen Diskriminierungstatbestände und des Wettbewerbsrechts fruchtbar zu machen[73]. Sie sind Instrument des Ausgleichs konfligierender Gemeinschaftsziele und werden vom Gerichtshof zunehmend als Mittel zur Herstellung praktischer Konkordanz eingesetzt.[74]

---

70 EuGH Slg. 1988, S. 4635 ff., Tz 20, 29, 37; EuGH Slg. 2000, I-7445 ff., Tz 50; EuGH Slg. 2002 I-7213 ff., Tz 82.

71 Siehe dazu Dreher, Meinrad/Haas, Gabriele/v. Rintelen, Gregor: Vergabefremde Regelungen und Beihilferecht, Berlin 2002; Kese, Volkmar/Lukasik, Tanja: Friktionen des europäischen Vergaberechts mit dem EG-Beihilfenrecht, VBlBW 2003, 226 ff.; Koenig, Christian/Kühling, Jürgen: Diskriminierungsfreiheit, Transparenz und Wettbewerbsoffenheit des Ausschreibungsverfahrens – Konvergenz von EG-Beihilfenrecht und Vergaberecht, NVwZ 2003, S. 779 ff.; Cremer, Wolfram: Ökologische Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und EG-Beihilfenrecht – Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Aspekte, ZUR 2003, S. 265 ff.

72 EuGH Slg. 2002 I-7213 ff., Tz 57.

73 So auch Neßler, Volker: Politische Auftragsvergabe durch den Staat?, DÖV 2000, S. 145 f. (151 f.); Böhm, Monika/Danker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); Rust, Ursula: EuZW 2000, S. 205 ff. (207); Schumacher, Kai: DVBl 2000, S. 467 ff. (470); Steinberg, Philipp: EuZW 2002, S. 634 f. (635); Ziekow, Jan: NZBau 2001, S. 72 ff. (77 f.); Benedict, a. a. O. (Fn 3), S. 226 f.; Bungenberg, Marc: NVwZ 2003, S. 314 ff. (316); Bungenberg, Marc/Nowak, Carsten: ZUR 2003, S. 10 ff. (12).

74 Siehe EuGH, Urt. v. 27. 4. 1994, Rs. C-393/92 Almelo, Slg. 1994 I-1477 ff. zur Berücksichtigung des Umweltschutzes bei Artikel 86 II EGV; EuGH, Urt. v. 13. 3. 2001, Rs. C-379/98 PreussenElektra, Slg. 2001 I-2099 ff. zur Berücksichtigung des Umweltschutzes bei Artikel 87 EGV.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3.3. Folgerungen für Regelungen zur Frauen fördernden Auftragsvergabe

Das Gemeinschaftsrecht stellt Anforderungen an die Zulässigkeit der mitgliedstaatlichen Normierung von Sekundärzwecken, die nicht nur diese Regelungen selbst, sondern bereits die bundesrechtliche Öffnungsklausel in § 97 IV Hs. 2 GWB zu beachten hat. Der Gerichtshof hat die abschließende Natur der Eignungskriterien betont. Es wird deshalb die Ansicht vertreten, § 97 IV Hs. 2 GWB sei europarechtswidrig, da er ein Abweichen von den Eignungskriterien gestatte.[75] Mit der Ermöglichung „anderer" Anforderungen sind indessen gerade solche gemeint, die nicht an die Eignung des Bieters anknüpfen, sondern im Sinne des *Beentjes*-Urteils zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung sind. § 97 IV 2 GWB ist mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.[76]

Die gesetzlichen Regelungen der Länder zur Frauen fördernden Auftragsvergabe sind nur teilweise am Richtlinienrecht zu messen. Das Land Brandenburg hat einen Konflikt mit den Richtlinien vermieden, da seine Bevorzugungsregeln nur unterhalb der richtlinienrechtlichen Schwellenwerte Anwendung finden. Anderes gilt für das Land Berlin. Die Regelungsstruktur von § 13 LGG i. V. m. der Verordnung, die am Vertragsinhalt und damit an den „Ausführungsbedingungen" ansetzt, ist auf das *Beentjes*-Urteil und damit auch auf Artikel 26 der Richtlinie abgestimmt. Sie berührt die Zuschlagskriterien nicht. Da die Frauenförderung unmittelbarer Vertragsinhalt ist, wäre im Übrigen auch der nach der *Concordia*- und der *Wienstrom*-Entscheidung gebotene Sachzusammenhang von nichtwirtschaftlichen Kriterien und konkretem Auftrag gewahrt.

Sekundärzwecke können primärrechtlich in erster Linie am Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung scheitern. Umstritten ist die Zulässigkeit einer Regelung der Tariftreue, die Bieter aus anderen Mitgliedstaaten schon aus wirtschaftlichen Gründen kaum abgeben können. Dieses Kriterium birgt die Gefahr einer Marktabschottung, deren Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses fraglich ist.[77] Anders stellt sich aber die Lage für die Frauen fördernde Auftragsvergabe dar. Ungeachtet der Frage, ob dieses Kriterium zum Vertragsinhalt oder zum vorab zu erfüllenden Zuschlagskriterium gemacht wird, sind zum einen Beeinträchtigungen unternehmerischer Grundfreiheiten deutlich geringer zu veranschlagen.[78] Vor allem aber ist die Gleichberechtigung der Geschlechter – ebenso wie der Umweltschutz – ein gemeinschaftsrechtlicher Belang, der bei allen Politiken Beachtung erheischt (Artikel 3 II

75 Dreher, Meinrad: JZ 2000, S. 518 ff. (520); Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 238 ff., 247 f. unter Ablehnung der Beentjes-Rechtsprechung.

76 So auch Böhm, Monika/Danker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); Rust, Ursula: EuZW 2000, S. 205 ff. (206 f.).

77 So auch Neßler, Volker: DÖV 2000, S. 145 ff. (152); Böhm, Monika/Denker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768); ausführlicher im Hinblick auf das geplante Tariftreuegesetz des Bundes Kling, Michael: EuZW 2002, S. 229 ff. (232 ff.); s. a. schon zuvor ders., a. a. O. (Fn 1), S. 340 ff.; Kämmerer, Jörn Axel/Thüsing, Gregor: ZIP 2002, S. 596 ff. (S. 598 f.); offen gelassen von BGH, JZ 2000, S. 514 ff. (517).

78 So auch Kling, a. a. O. (Fn 1), S. 559 ff. für die brandenburgische Regelung in § 7 FrauFöV; skeptisch aber Benedict, a. a. O. (Fn 3), S. 226 f hinsichtlich der Berliner Regelung, weil das Instrument der Frauenförderpläne in anderen Mitgliedstaaten nicht unbedingt gebräuchlich sei; ähnlich Ziekow, Jan: NZBau 2001, 72 ff. (77).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

EGV). Die Querschnittsklausel des Artikel 3 II EGV rechnet zu den wesentlichen Grundsatzbestimmungen des Vertrages, die normenhierarchisch dem Beihilfenrecht nach Artikel 87 ff. EGV gleichgeordnet ist.[79] Die influenzierende Auftragsvergabe ist ein Instrument des vom primären Gemeinschaftsrecht geforderten Gender Mainstreaming. Grundfreiheiten und Wettbewerbsrecht einerseits und das Ziel der Gleichberechtigung der Geschlechter durch Auftragsvergabe andererseits sind in ein Verhältnis praktischer Konkordanz zu bringen. Weder die Grundfreiheiten noch das primäre Beihilfenrecht vermögen eine absolute Sperre für eine Frauen fördernde Auftragsvergabe zu errichten. Regelungen einer Frauen fördernden Auftragsvergabe sind mit dem Primärrecht vereinbar, wenn sie die Marktfreiheiten nicht unverhältnismäßig beeinträchtigen und im Sinne der Beihilfevorschriften den Wettbewerb nicht in unannehmbarer Weise verfälschen.[80]

4. Schlussbemerkung

Die betriebliche Förderung von Frauen mittels der Vergabe öffentlicher Aufträge ist ein in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht komplexes Vorhaben. Ob sich der Anteil von Frauen in Unternehmen und ihre betriebliche Position mit diesem Instrument verbessern wird, mag die Praxis erweisen. Das Recht steht einer influenzierenden Vergabepolitik jedenfalls nicht zwingend entgegen. Es lohnt gleichwohl, sich in Erinnerung zu rufen, dass das Vergaberecht nur ein Anwendungsfall des von Artikel 3 II EGV intendierten Gender Mainstreaming ist. Es kann andere Formen staatlicher Gleichstellungspolitik nicht substituieren, sondern allenfalls ergänzen.

79 So auch für das Verhältnis von Wettbewerbsrecht und umweltfördernder Auftragsvergabe der Ansatz von Bungenberg, Marc/Nowak, Carsten: ZUR 2003, S. 10 ff. (12), die allerdings zutreffend darauf hinweisen, dass sich die Grundfreiheiten und das Wettbewerbsrecht als Primärrecht unmittelbar als Verbotsnormen verwirklichen, während die gleichstellungspolitisch motivierte Auftragsvergabe der sekundärrechtlichen Umsetzung bedarf.

80 So im Wesentlichen auch Ziekow, Jan: NZBau 2001, S. 72 ff. (77 f.); Neßler, Volker: DÖV 2000, S. 145 ff. (151 f.); Böhm, Monika/Danker, Claudia: NVwZ 2000, S. 767 f. (768), die allerdings durchweg die Sperrwirkung des Beihilfenrechts höher veranschlagen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frauenförderung im öffentlichen Dienst – Wirksamkeitsfragen

Marion Eckertz-Höfer

Im Bereich des öffentlichen Dienstes gibt es inzwischen in allen 16 Ländern und auch im Bund Gleichstellungs- bzw. Frauenfördergesetze.[1] Ein spezieller Typus hat sich etabliert. Er ist gekennzeichnet durch das Bemühen um strukturelle Verbesserungen für Frauen als Gruppe. Die Gesetze enthalten nicht nur Diskriminierungsverbote sondern auch Handlungsverpflichtungen. Als institutionelle Absicherung haben sie Frauenbeauftragte bzw. Gleichstellungsbeauftragte eingeführt. Teilweise räumen sie Verfahrensansprüche in Gestalt von Vorrangregeln ein. Auf diese können sich die betroffenen Frauen berufen und sie können deren Einhaltung gegebenenfalls im Wege der Konkurrentenklage gerichtlich einfordern. Anders für die Privatwirtschaft: Dort fehlen Gesetze, die systematische Frauenförderung vorschreiben. Das hierzu geplante Bundesgesetz ist im Jahre 2001 vorerst gescheitert.[2] Die §§ 611a ff. BGB schreiben in ihrer derzeitigen Fas-

1 Vgl. im Bund als Nachfolger des Zweiten Gleichberechtigungsgesetz des *Bundes* vom 24. 6. 1994 (BGBl I, S. 1406) Gesetz zur Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern – DGleiG – vom 30. November 2001, BGBl I 3224; in den Ländern: Gesetz zur Durchsetzung der tatsächlichen Gleichberechtigung von Frauen und Männern *Baden-Württemberg* v. 21. 12. 1995 (GBl. S. 890); *Bayerisches* Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern v. 24. 5. 1996 (GVBl. S. 186); Landesgleichstellungsgesetz *Berlin* v. 31. 12. 1990 (GVBl. 1991, S. 8) i. F. d. ÄndG v. 13. 4. 1993 (GVBl. S. 184), zuletzt geänd. durch Gesetz v. 29. 6. 1995 (GVBl. S. 400); Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst im Land *Brandenburg* v. 4. 7. 1994 (GVBl. I S. 254); Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes *Bremen* v. 20. 11. 1990 (GBl. S. 433); Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im *hamburgischen* öffentlichen Dienst v. 19. 3. 1991 (GVBl. I S. 75); *Hessisches* Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierung von Frauen in der öffentlichen Verwaltung v. 21. 12. 1993 (GVBl. I, S. 729) i. d. F. vom 6. 7. 1999 (GVBl, I 38); Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes *Mecklenburg-Vorpommern* v. 18. 2. 1994 (GVBl. S. 343); *Niedersächsisches* Gleichberechtigungsgesetz v. 15. 6. 1994 (GVBl. S. 246); Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern für das Land *Nordrhein-Westfalen* v. 9. 11. 1999 (GVB S. 590); Landesgleichstellungsgesetz *Rheinland-Pfalz* v. 11. 7. 1995 (GVBl. S. 209); *Saarländisches* Gesetz Nr. 1371 zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern v. 24. 4. 1996 (ABl S. 623); Gesetz zur Förderung von Frauen und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf im öffentlichen Dienst im Freistaat *Sachsen* v. 31. 3. 1994 (GVBl. S. 684); Gesetz zur beruflichen Förderung von Frauen im öffentlichen Dienst des Landes *Sachsen-Anhalt* v. 7. 12. 1993 (GVBl. S. 734), geänd. durch Gesetz v. 27. 6. 1994 (GVBl. S. 762); Gesetz zur Gleichstellung der Frauen im öffentlichen Dienst *Schleswig-Holstein* v. 13. 12. 1994 (GVBl. S. 562); *Thüringer* Gleichstellungsgesetz vom 11. 11. 1998 (GVBl. S. 309). – Regelungen für die Privatwirtschaft sind in den Ländern schon deshalb ausgeklammert, weil ihnen die dafür notwendige Gesetzgebungszuständigkeit fehlt. Von der konkurrierenden Zuständigkeit für das Recht der Wirtschaft und das Arbeitsrecht hat der Bund in einer Weise Gebrauch gemacht, dass den Ländern kaum noch Gestaltungsmöglichkeiten verbleiben (Art. 72 Abs. 1 GG).

2 Vgl. Pfarr, Heide (Hrsg.): Ein Gesetz zur Gleichstellung der Geschlechter in der Privatwirtschaft. Düsseldorf 2001 (Edition der Hans Böckler Stiftung).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sung keine Frauenförderung vor, sondern beschränken sich im Wesentlichen auf Antidiskriminierungsvorschriften.

Mich interessiert die Frage, ob und wie Gesetze, deren Ziel systematische Frauenförderung durch quantitative und qualitative Aufwertung der Situation von Frauen im öffentlichen Dienst ist, „wirksam" sein können. Als praktisches Beispiel möge das Gesetz zur Durchsetzung der Gleichstellung von Frauen und Männern in der Bundesverwaltung und in den Gerichten, das Bundes-Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz (DGleiG) vom 30. November 2001[3], dienen. Dieses Gesetz ist seit dem 5. Dezember 2001 in Kraft. Wichtigster Bestandteil dieses Artikelgesetzes ist das Bundesgleichstellungsgesetz (BGleiG), welches das bisherige Frauenfördergesetz des Bundes vom 24. Juni 1994 (FFG) ablöst. Schon die Bezeichnung deutet darauf hin: Dem Bundesgesetzgeber geht es um eine *wirksame* Gleichstellung, um *wirksame* Frauenförderung. Ob er die Instrumente gefunden hat, mit denen die Gleichstellung von Männern und Frauen durchgesetzt werden kann, wie Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG es fordert, ob es ihm zumindest gelungen ist, die strukturellen Defizite der Frauenbeschäftigung im öffentlichen Dienst zu markieren und mit den Mitteln des Rechts zu bekämpfen oder zu kompensieren, ist die Frage.

Nur insoweit und ohne Rechtswirksamkeitsforschung im eigentlichen Sinne[4] betreiben zu wollen, beschäftige ich mich hier mit dem Thema. Die Perspektive der teilnehmenden Beobachtung ist hierbei nicht wegzudenken. So beziehe mich auf eigene praktische Erfahrungen, zum einen als frühere Verwaltungschefin eines Frauenministeriums[5], das in dieser Zeit Frauenförderung in die Landesverwaltung und die Kommunen implementiert hat – als erstes Land mit einem flächendeckenden Netz von Gleichstellungsbeauftragten –, zum anderen als langjährige Frauenbeauftragte eines Bundesgerichts, als die ich mit den Umsetzungsproblemen des früheren Frauenfördergesetzes des Bundes seit dessen In-Kraft-Treten befasst und in die Entstehung des neuen Bundesgleichstellungsgesetzes einbezogen war.[6]

3 BGBl I S. 3224. Diesem Gesetz ist der Entwurf der Bundesregierung für ein Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz vom 28. März 2001 vorangegangen (BTDrucks 14/5679).

4 Vgl. zu Ansätzen soziologischer Rechtswirksamkeitsforschung Blankenburg, Erhard: Rechtssoziologie und Rechtswirksamkeitsforschung: Warum es so schwierig ist, die Wirksamkeit von Gesetzen zu erforschen, in: Schreckenberger/König/Zeh (Hrsg.): Gesetzgebungslehre, Grundlagen – Zugänge – Anwendung, Stuttgart 1986, S. 109 ff.; Krüger, Hans-Peter: Methodische Desiderate zur Wirkungsforschung, in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.): Wirkungsforschung zum Recht I – Wirkungen und Erfolgsbedingungen von Gesetzen, Baden-Baden 1999, S. 489 ff.; Schulze-Fielitz, Helmuth: Gesetzgebungslehre als Soziologie der Gesetzgebung, Zeitschrift für Gesetzgebung 2000, S. 295 ff.

5 Schleswig-Holstein (1988 bis 1993).

6 Empirische Studien zur Effektivität von Gleichstellungsgesetzen fehlen weitgehend. Ausnahme: Bednarz-Braun, Iris/Bruhns, Kirsten: Personalpolitik und Frauenförderung im öffentlichen Dienst, Gleichberechtigungsgesetze zwischen Anspruch und Alltag. München 1997; vgl. auch Bednarz-Braun, Iris/Bruhns, Kirsten: Kommunale Frauenpolitik. Frauenbeauftragte, Gewerkschaften, Personalvertretungen. München 1995; Bednarz-Braun, Iris: Gleichstellung im Konflikt mit Personalpolitik. Praxis und Theorie beruflicher Geschlechterkonkurrenz im internationalen Vergleich: USA, Großbritannien, Deutschland, München 2000.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Ziele, Hürden, Maßstäbe

Um welche Ziele geht es bei „Gleichstellung" und „Frauenförderung" und welchen Hindernissen sieht sie sich gegenüber? Dies wie die verfassungs- und europarechtlichen Rahmenbedingungen sollen die heuristischen Maßstäbe ergeben, anhand derer sich die prognostische Wirksamkeit der gesetzlichen Regelungen erweisen mag.

Ziele der Frauenförderung bzw. Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst

Zunächst stellt sich die Frage, ob bereits mit der Bezeichnung als Frauenfördergesetz oder als Gleichstellungsgesetz unterschiedliche Zielsetzungen verbunden sind. Dies ist zu verneinen. Der Begriff der Gleichstellung taucht in Bezug auf das Verhältnis von Frauen und Männern in der Rechtsprechung erstmals in der Rentenalter-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts[7] auf. Gemeint war dort – in Abgrenzung zur Gleichberechtigung – die *Herstellung* gleicher Chancen und gleiche Behandlung auch in der sozialen Wirklichkeit. In der Folgezeit neigten sozialdemokratisch regierte Länder eher dazu, ihre Gesetze zur Verbesserung der Situation von Frauen „Gleichstellungsgesetze" und christdemokratisch regierte Länder dazu, ihre Gesetze „Frauenfördergesetze" zu nennen.[8] Beide wollten damit letztlich Gleiches, nämlich die Situation von Frauen – allerdings auch von Familienarbeit leistenden Männern – im Anwendungsbereich ihres Gesetzes zu verbessern. Der Begriff der Gleichstellung mag ein wenig mehr die zielfördernde Einflussnahme auf die sozialen Rahmenbedingungen betonen und deutlicher die Gleichheit der Geschlechter in ihren Lebenschancen und ihrer Freiheit zu eigenen Lebensentwürfen ins Auge fassen; zwingend sind solche Begriffskonnotationen indessen nicht. Im Hinblick darauf, dass im Interesse künftiger Generationen die notwendige Familienarbeit beiden Geschlechtern zuzuordnen sein sollte und zugunsten beider Geschlechter Berücksichtigung finden können muss, erscheint die Bezeichnung „Gleichstellung" im Ausgangspunkt überzeugender. Umso weniger verständlich ist, dass es in der gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat[9] eine erbitterte Diskussion dazu gab, ob der – schließlich in Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG niedergelegte – Frauenförderauftrag im Grundgesetz mit dem Begriff der Gleichstellung umschrieben werden dürfe. Dies wurde verhindert, und zwar mit der Begründung, Gleichstellung impliziere – anders als die schließlich gewählte gewundene Umschreibung „tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung" – eine paritätische Gleichheit von Männern und Frauen. Einzelne fürchteten, dass der Begriff der „Gleichstellung" zum Einfallstor für

7 BVerfGE 74, 163, 181.

8 Hinsichtlich der Ausnahmen vgl. die Gesetzesbezeichnungen in Fn. 1.

9 Vgl. Eckertz-Höfer, Marion: Art. 3 Abs. 2, 3 in: Denninger, Erhard u. a. (Hrsg.): Alternativkommentar zum Grundgesetz, Neuwied/Kriftel 2001, Rz. 7 ff. (zit.: AK); Dokumentation der Verfassungsdiskussion 1993/94 in: Limbach, Jutta/Eckertz-Höfer, Marion (Hrsg.): Frauenrechte im Grundgesetz des geeinten Deutschland, Baden-Baden 1993.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ergebnisquoten, also starre Quoten zugunsten von Frauen werden könnte.[10] Schon im Hinblick auf Art. 33 Abs. 2 GG, dessen Änderung nicht zur Debatte stand, aber auch im Hinblick auf den Stand der Diskussion lag diese Annahme fern.

Ergibt sich nicht bereits aus der Bezeichnung der Gesetze eine unterschiedliche Zielsetzung, so lässt sich innerhalb der gesetzlichen Regelungen differenzieren: Es ist zu unterscheiden zwischen *quantitativen* und *qualitativen* Zielen. Quantitativ geht es um die Erhöhung des Frauenanteils auf allen Ebenen des öffentlichen Dienstes. Dies erfordert zum einen die verstärkte Einstellung von Frauen, zum anderen die Erhöhung des Frauenanteils in jeder Besoldungs-, Gehalts- oder Lohnstufe, in der Männer in der Mehrheit und Frauen in der Minderheit sind. Qualitativ geht es darum, Frauen den Zugang zu Tätigkeitsbereichen, Laufbahnen oder Funktionen zu eröffnen, in denen – angesichts der Struktur des öffentlichen Dienstes – gute Chancen für ein berufliches Fortkommen bestehen. Frauen sollen die kleinen und großen Führungs- und Leitungspositionen einer Behörde besetzen, in denen sie bislang – bekanntermaßen und empirisch belegt – erheblich unterrepräsentiert sind. Ein weiteres qualitatives Ziel stellt dar, für Frauen und Männer die Möglichkeiten zu verbessern, Beruf und Familie miteinander zu vereinbaren. Dies betrifft nicht nur Bedingungen der täglichen Arbeitszeit oder der Jahresarbeitszeit – also die ganze Bandbreite der heute diskutierten Modelle von Teilzeit und flexibler Arbeitszeit –, dieses Ziel fordert vielmehr auch, die bislang grundsätzlich nachteiligen Folgen der aktiven Elternarbeit für das berufliche Fortkommen zu neutralisieren oder sogar ins Positive zu wenden.

Rechtliche und tatsächliche Hindernisse der Frauenförderung im öffentlichen Dienst

Die genannten Ziele mit einem Gesetz zu erreichen, welches das vorgefundene öffentliche Dienstrecht im Wesentlichen unberührt lässt, ist schwierig. Immerhin ist das öffentliche Dienstrecht ein Geflecht von hoch differenzierten Regelungen mit lang währender Tradition – eine Tradition, die teilweise in das 19. Jahrhundert und weiter zurückreicht. Das herkömmliche Beamtenrecht, aber auch das Arbeitnehmerrecht, besonders in Gestalt des Bundesangestelltentarifvertrags (BAT) und anderer Tarifverträge, wurden in der Vergangenheit eher als Instrumentarium gegen Gleichstellung genutzt. In der Praxis sieht sich das Ziel quantitativer und qualitativer Verbesserungen für Frauen besonders folgenden Hindernissen gegenüber:

(1) Einstellungssituation

Eine erste tatsächliche Hürde ergibt sich heute aus der allgemeinen Einstellungssituation. Der Personalabbau im öffentlichen Dienst führt dazu, dass kaum neue Stellen geschaffen und die frei werdenden Stellen – etwa aus Alters- oder Krankheitsgründen – nicht alle neu besetzt werden. Der Verbesserung des quantitativen Verhältnisses von Männern und Frauen durch eine verstärkte Berücksichtigung von Frauen bei der Neu-

10 Dem entspricht der Streit zu Chancengleichheit und Ergebnisgleichheit, vgl. AK, a. a. O., Art. 3 Abs. 2, 3 Rz. 78 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

einstellung sind damit enge Grenzen gesetzt. Entsprechendes gilt angesichts der Einsparung von Beförderungsstellen für die Möglichkeiten des beruflichen Fortkommens. Hinzu kommt, dass eine verstärkte Einstellung von Frauen im Alter zwischen 20 und 40 Jahren auf der Seite der öffentlichen Arbeitgeber unweigerlich die – im günstigsten Fall ausgesprochene, meist aber unausgesprochene – Besorgnis auslöst, ob die zu erwartenden Schwangerschaften eines Teiles dieser Beschäftigtengruppe organisatorisch zu bewältigen sein werden.

(2) Beförderungssituation

In Bezug auf Beförderungen ergeben sich weitere tatsächliche Hürden, die ihre Ursache in der bestehenden Struktur des öffentlichen Dienstes haben: Da die Gruppe der Beamten und Beamtinnen in nahezu allen Behörden zu zwei Dritteln aus Männern besteht, kommen für Beförderungen im eigentlichen Sinne, also für die Zuweisung eines Amtes der nächsthöheren Besoldungsgruppe in einer Laufbahngruppe oder auch für das Überspringen von Laufbahngruppen durch Aufstieg oder Verwendungsaufstieg, von vornherein doppelt so viele Männer wie Frauen in Betracht.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Leitungsfunktionen in vielen Behörden typischerweise als Beamtenstellen ausgestattet sind. Haushaltsrechtlich ist es zwar grundsätzlich gestattet, solche Stellen auch mit Angestellten zu besetzten. Die Behörden laufen dann aber Gefahr, dass eine solche Stelle auf Dauer in eine Angestelltenstelle umgewandelt wird – mit dem Ergebnis, dass sich bei künftigen Stellenbesetzungen der Handlungsspielraum der Behörde verengt: Denn eine Angestelltenstelle ist umgekehrt nicht mit einem Beamten zu besetzen. Die Rückumwandlung einer Angestellten- in eine Beamtenstelle ist heute schwerer denn je; in der Regel ist sie nur mit Zustimmung des zuständigen Finanzministeriums möglich. Auch dies mindert die Chancen von Frauen – die überwiegend als Angestellte tätig sind – in Leitungsfunktionen zu kommen.

Hinzu kommt, dass in manchen typischen Frauenberufen (z. B. dem der Diplom-Bibliothekarin) eine Verbeamtung – abhängig vom Stellenplan der Behörde – möglich sein kann, aber meist nicht erfolgt. Dies wird damit begründet, dass in den Bibliotheken keine hoheitlichen Aufgaben wahrgenommen werden. Eine Begründung, die im Hinblick auf zahlreiche Beamte ohne hoheitliche Aufgaben einerseits und Bibliothekare/Bibliothekarinnen mit arbeitsplatzspezifischen hoheitlichen Hilfsfunktionen andererseits nicht überzeugt. Kommt es ausnahmsweise zu einer Verbeamtung, dann bleiben bestimmte Wohltaten der klassischen Beamtenlaufbahnen dennoch versperrt: Der früher so genannte „Verwendungsaufstieg“[11] ist zwar dem in einer Fachhochschule ausgebildeten Rechtspfleger oder Verwaltungsinspektor, nicht aber der ebenfalls an einer Fachhochschule ausgebildeten Diplom-Bibliothekarin eröffnet, nicht einmal dann, wenn sie tatsächlich in der allgemeinen Verwaltung tätig ist. Klassische Frauenausbildungen ha-

11 Vgl. § 33a Bundeslaufbahnverordnung in der Fassung vom 15. April 1999, BGBl I 706 – die nunmehrige Regelung des Aufstiegs in den §§ 33 und 33a Bundeslaufbahnverordnung in der Fassung vom 2. Juli 2002, BGBl I 2459, 2671, hat an dem Grundproblem für besondere Fachrichtungen nichts geändert.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ben in den zuständigen Bundesministerien des Inneren und der Finanzen offenkundig keine Lobby.

Spiegelbildlich zu den Vorteilen des Beamtenstatus erweisen sich die Schwierigkeiten von Angestellten überhaupt beruflich aufzusteigen. Es handelt sich hier regelmäßig zu 70 bis 80 % um Frauen. Die tarifliche Ersteingruppierung von Angestellten richtet sich nach den bewerteten Anforderungen der zu besetzenden Stelle. Der BAT setzt diese Anforderungen im Einzelnen für die unterschiedlichsten Fachrichtungen und Anforderungen fest. Frauentypische Tätigkeiten werden hier regelmäßig – mit der Konsequenz niedriger Eingruppierung – geringer bewertet als männertypische Tätigkeiten.[12] Eine Fachhochschulausbildung im Bibliothekswesen oder in Sozialarbeit „gilt" insoweit regelmäßig weniger als eine solche in Architektur oder Informatik. Geduld, Fingerfertigkeit und soziale Qualifikationen, die so genannten weiblichen Eigenschaften, haben geringeren Stellenwert als Körperkraft und technisches Verständnis. Hinzu kommt, dass die einzige Möglichkeit, auf der gleichen Stelle in eine höhere Tarifgruppe zu kommen, der Bewährungsaufstieg in die nächsthöhere Tarifgruppe oder die Anreicherung der Stelle mit qualifizierteren Tätigkeiten ist. Der Bewährungsaufstieg ist grundsätzlich nur einmal möglich. Demgegenüber können Beamte in ihrer Laufbahngruppe bis zu vier- oder fünfmal befördert werden. Ob sie das Spitzenamt ihrer Laufbahn erreichen, hängt maßgeblich von dem so genannten Stellenkegel in ihrer Behörde ab. Spitzenleistungen sind dazu zwar erwünscht, aber nicht immer vorhanden und auch nicht immer erforderlich. Aus alledem folgt: Angestellte – wie gesagt überwiegend Frauen – werden von vornherein im Verhältnis zu Beamten strukturell benachteiligt.

(3) Familienphase

Die Familiengründung erweist sich als weiteres Problem. Selbst wenn Frauen in die privilegierte Gruppe der Beamtinnen fallen, haben sie – nicht selten – einen weiteren „Nachteil": Sie haben Familie. Zwar sind es Frauen *und* Männer, die Kinder haben. Aber zu mehr als 80 % bzw. 90 % – abhängig von der Besoldungs- oder Eingruppierungshöhe – stellt dies nur für Frauen eine objektive Hürde dar, um im öffentlichen Dienst weiter zu kommen. Denn regelmäßig ist die Familie nur für Frauen ein Grund, eine Familienpause einzulegen oder Teilzeit zu arbeiten. Hieraus ergeben sich nicht nur weniger Dienstzeiten und damit eine schon deshalb schlechtere Altersversorgung. Hieraus folgt auch eine geringere Berücksichtigung von Frauen für Beförderungs- und Leitungspositionen.

12 Vgl. Winter, Regine: Gleiches Entgelt für gleichwertige Arbeit. Ein Prinzip ohne Praxis, Baden-Baden 1998, S. 62 ff. und passim; dies.: Entgeltgleichheit in Tarifverträgen, in: Winter, Regine (Hrsg.): Frauen verdienen mehr. Zur Neubewertung von Frauenarbeit in Tarifsystemen, Bielefeld 1994, S. 133 ff.; Feldhoff, Kerstin: Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit. Zur mittelbaren Diskriminierung von Frauen in Entgelttarifverträgen, Baden-Baden 1998, S. 172 ff., 205 ff.; Colneric, Ninon: Der Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit und das Verbot der mittelbaren Diskriminierung, in: Festschrift für Thomas Dieterich, München 1999, S. 45 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(4) Leistungsgrundsatz

Diese schon klassisch zu nennenden Problembereiche werden von der Schwierigkeit begleitet, den nach Art. 33 Abs. 2 GG für das öffentliche Dienstrecht maßgeblichen Leistungsgrundsatz – und damit die von verfassungswegen maßgebliche Grundlage jeder Personalentscheidung – transparent und nachprüfbar zu handhaben. Zudem werden ergänzend Kriterien herangezogen, die Frauen vielfach in besonderer Weise benachteiligen, wie etwa das Dienstalter. Mängel der Leistungsbeurteilung können sich zu Lasten von Frauen und Männern auswirken; aber die Erfahrung zeigt, dass Frauen hier in besonderer Weise betroffen sind.[13]

(5) Psychologisches

Besondere Aufmerksamkeit verdient die Gruppe der Personen mit Führungsverantwortung, die letztlich über Frauen zu entscheiden haben, also die Gruppe der „Personalentscheider".[14] Das Frauenfördergesetz des Bundes aus dem Jahr 1994 hatte schon deshalb wenig Erfolgschancen, weil die Führungselite im Bundesdienst in großem Umfang das Gesetz für überflüssig befand und mehr Kreativität darauf verwandte, es – qua Auslegung – „leer laufen" zu lassen als es anzuwenden.[15] Die zuständigen Ministerien kamen der ihnen obliegenden Rechtsaufsicht nicht hinreichend nach, eine Marginalisierung des Frauenfördergesetzes schien vielfach eher gelegen zu kommen.

Damit sind nur punktuell und auch nur einige der Probleme genannt, die sich einem Gleichstellungsgesetz entgegenstellen. Es drängt sich die Frage auf, ob nicht anstelle eines Gleichstellungsgesetzes eine grundlegende Reform des öffentlichen Dienstrechts einschließlich des Berufsbeamtentums in Richtung auf ein einheitliches Arbeitnehmerrecht für den öffentlichen Dienst wirkungsvoller wäre. Dies kann hier nicht vertieft werden. Es liegt allerdings auf der Hand, dass jedenfalls die aus den Unterschieden von Beamten- und Angestelltenstatus herrührenden faktischen Benachteiligungen von Frauen nicht durch ein Gleichstellungsgesetz behoben werden können, das diese Statusunterschiede unberührt lassen muss. Die Verpflichtung des Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG geht aber über das hinaus, was Teil eines Gleichstellungsgesetzes sein kann.

13 So ergibt die Beurteilungsstatistik mancher Behörde, dass Teilzeitbeschäftigte signifikant schlechter beurteilt werden als Vollzeitbeschäftigte; Beurteilungen aus Anlass von Beförderungen sprechen das erforderliche Leistungsplus nicht selten den für die Beförderung Ausgewählten zu, anstatt die Leistungsbesten für die Beförderung auszuwählen – dies berichten Gleichstellungsbeauftragte aus unterschiedlichsten Behörden.

14 Vgl. Blankenburg a. a. O. (Fn. 4), S. 114 f., der ein Nichterreichen eines Gesetzesziels auch unter dem Gesichtspunkt der Zielverschiebung durch die „Ausführungsebene", also die Verwaltung, thematisiert.

15 Die Frauenbeauftragten des Bundes in Berlin haben bei regelmäßigen Treffen in einem Arbeitskreis ihre entsprechenden Erfahrungen ausgetauscht. Darüber hinaus hatte ich Kontakt mit Frauenbeauftragten aus Bundesbehörden in allen Teilen der Bundesrepublik. Zu den typischen Problemfeldern vgl. Eckertz-Höfer, Marion: Das Frauenfördergesetz des Bundes in der Alltagspraxis – Phantasie entwickeln, nicht bloß verwalten! Der Personalrat 1998, 189 ff.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grenzen der Frauenförderung

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG[16] enthält die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Gleichstellungsbemühungen des Gesetzgebers. Durch diese Vorschrift hat der Verfassungsgeber 1994 die lange umstrittene Frage, ob der Staat überhaupt befugt ist, Frauenförderung zu betreiben, positiv entschieden. Diese Frage war umstritten und ist es immer noch bezüglich des Ausmaßes, weil Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG die Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts ausdrücklich verbietet. Das darin enthaltene Differenzierungsverbot wird teilweise als Verbot jeglicher Anknüpfung an das Geschlecht verstanden.[17] Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG widerspricht dieser Auslegung. Er postuliert eine Verpflichtung des Staates zu aktivem Tun unter Anknüpfung an das Geschlecht, um das Ziel der Gleichberechtigung in der Realität zu erreichen. Solange im öffentlichen Dienst Defizite für Frauen bestehen, ist Untätigkeit nicht erlaubt. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG stellt außerdem verfassungskräftig fest – das macht unter anderem seine herausragende Bedeutung aus –, dass es auch im Jahre 1994 noch Benachteiligungen von Frauen gibt, denn Satz 2 spricht von „bestehenden Nachteilen", die es zu beseitigen gilt.

Die Handlungspflicht richtet sich auf Veränderungen in der Seinssphäre und nicht (nur) in der Sollenssphäre: Die *tatsächliche Durchsetzung* der Gleichberechtigung verlangt, dass der Staat sich nicht mehr allein auf Rechtsetzung, oder gar nur auf „gleiches Recht für alle" zurückzieht. Es wird von ihm erwartet, dass er die Durchsetzung von Gleichberechtigung bewirkt. „*Tatsächliche* Durchsetzung" – wie es im Normtext heißt – ist dabei letztlich ein Pleonasmus. „Durchsetzung" allein hätte genügt. Die Wortwahl war entstehungsgeschichtlich von dem bereits erwähnten Bestreben geleitet, das Wort „Gleichstellung" als Spiegelbild von Gleichberechtigung auf der tatsächlichen Ebene zu vermeiden. Heute lässt sich die gewählte Formulierung immerhin auch als Ausdruck des unbedingten Willens des Verfassungsgesetzgebers interpretieren, faktische Defizite nicht mehr hinzunehmen. Der Staat darf also Gleichberechtigung nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen, er hat regulierend und ergebnisorientiert einzugreifen.

Dem Staat ist damit ein Verfassungsauftrag, nach dem ausdrücklichen Willen der Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat ein Staatsziel vorgegeben.[18] Es nötigt ihn, die faktischen Gegebenheiten der Situation der Frauen zu berücksichtigen, sofern diese gleichstellungsrelevant sind. Allerdings steht das Staatsziel in einer Reihe mit anderen Staatszielen wie etwa Sozialstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 1 GG), Umweltschutz (Art. 20a GG) oder europäische Integration (Art. 23 Abs. 1 GG). Ihm kommt – wie diesen – nur ein relativer Wert, kein absoluter Vorrang vor anderen Verfassungsgütern zu. Aber: Bedarf es des Ausgleichs konkurrierender Grundrechte von Frauen und

16 Art. 3 Abs. 2 S.2 GG: „Der Staat fördert die tatsächliche Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin."

17 Vgl. insbesondere Sachs, Michael: Grenzen des Diskriminierungsverbots. Eine Untersuchung zur Reichweite des Unterscheidungsverbots nach Artikel 3 Abs. 2 und 3 Grundgesetz. Studien zum Öffentlichen Recht und zur Verwaltungslehre, Bd. 38, München 1987; ders.: Besondere Gleichheitsgarantien, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band V, Heidelberg 1992, § 126 Rn. 21 ff.

18 So BTDrucks 12/6000, S. 50.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Männern, so hat der Umstand, dass Grundlage des Staatszieles „Gleichstellung" eine als defizitär analysierte Situation von Frauen ist, einiges Gewicht.

Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG kann schließlich auch als verfassungsrechtliche Grundlage des inzwischen europarechtlich vorgegebenen *Gender Mainstreaming* verstanden werden: Die Durchsetzung von Gleichberechtigung soll keinen staatlichen Handlungsbereich aussparen. Auch hier ist aber zu beachten, dass trotz verfassungsrechtlichem Gleichstellungsgebot und europarechtlichem Gender Mainstreaming das allgemeine, für Männer und Frauen geltende Grundrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung, das sich insbesondere aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ergibt, weiterhin gilt. Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG verstärkt demgegenüber jedoch die Möglichkeit, strukturelle Benachteiligungen von Frauen rechtlich zu bewältigen und – unter Berücksichtigung möglicherweise konkurrierender Rechte von Männern – kompensatorisch auszugleichen.

Die verfassungsrechtliche Prüfung von Frauenfördermaßnahmen wird stets dieses Konkurrenzproblem zu lösen haben. Das Verhältnis der Grundrechte aus Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG ist hier von entscheidender Bedeutung: Beide Grundrechte stimmen hinsichtlich des Merkmals Geschlecht überein. Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts interpretiert sie als zwei Grundrechte unterschiedlicher, aber aufeinander bezogener Schutzrichtungen.[19] Hinsichtlich des Verbots der (direkten) Diskriminierung von Frauen sind sie inhaltsgleich. Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG nimmt aber nur die individuelle Betroffenheit qua Ungleichbehandlung in den Blick. Er untersagt die rechtliche Ungleichbehandlung von Frau und Mann, und zwar im Grundsatz unabhängig von deren Auswirkungen, und lässt sie nur aus zwingenden verfassungslegitimen Gründen gerechtfertigt sein.[20] Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG wirkt demgegenüber über den allein individuellen Bezug hinaus.[21] Er lenkt – als gruppenbezogenes Dominierungsverbot oder Hierarchisierungsverbot verstanden (Sacksofsky[22], Baer[23]) – die Aufmerksamkeit darauf, dass die Diskriminierung von Frauen auch ein kollektives, auf staatliche Maßnahmen allein nicht zurückzuführendes Problem der sozialen Wirklichkeit ist. Er verlangt die Beachtung des Befundes, dass Frauen als Gruppe in unterschiedlichen Ausprägungen strukturell im Verhältnis zur Gruppe der Männer benachteiligt sind. Art. 3 Abs. 2 GG erstreckt sein Gleichberechtigungsgebot auf diese Wirklichkeit, was spätestens nach Einfügung des neuen Satzes 2 nicht mehr zweifelhaft ist. Das Bundesverfassungsgericht hatte vor der den Satz 2 einfügenden Verfassungsnovelle von 1994 Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG bereits in diesem Sinne interpretiert.[24] Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG zielt also – anders als Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG – auf eine Angleichung der Lebensverhältnisse und untersagt, dass überkommene Rollenverteilungen zum Nachteil von Frauen durch staatliche Maßnahmen verfestigt werden.

19 BVerfGE 89, 276, 285.
20 BVerfGE 92, 91, 109.
21 Vgl. BVerfGE 84, 9, 17 ff.; 85, 191, 207; 87, 1, 42; 87, 234, 258.
22 Sacksofsky, Ute: Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. erweit. Aufl., Baden-Baden 1996.
23 Vgl. Baer, Susanne: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA, Baden-Baden 1995.
24 BVerfGE 85, 191 ff. zum Nachtarbeitsverbot.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Frauenfördermaßnahmen haben die maßgebliche Grundrechtskonkurrenz stets im Blick zu behalten. Der verfassungskräftige Anspruch von Männern auf Schutz vor Diskriminierung aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG kann Frauenfördermaßnahmen begrenzen. Die Bestimmung der sich daraus ergebenden Schranken erweist sich als nicht einfach. Sie können wie folgt beschrieben werden:

Frauenfördermaßnahmen dürfen zeitlich nicht länger gelten, als dies nötig ist, um die Benachteiligung der betroffenen Frauen zu beheben. Sie sind regelmäßig daraufhin zu überprüfen, ob sie weiterhin erforderlich sind. Dies folgt bereits aus dem Schutzzweck des Art. 3 Abs. 2 GG. Zudem dürfen Frauen unter Berufung auf den Gleichberechtigungsgrundsatz nicht „gleicher" als Männer werden: Fördermaßnahmen, welche die Unterrepräsentanz von Frauen beenden oder mindern wollen – etwa durch Bevorzugungsregeln – verlieren ihre Legitimation, wenn paritätswidrige Lagen nicht mehr bestehen oder die verbleibende Unterrepräsentanz auf Gründen beruht, die mit einer Benachteiligung von Frauen nichts zu tun haben. Der Sache nach handelt es sich bei dieser strengen Ausrichtung am Schutzzweck um eine modifizierte Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Entgegenstehende Rechte aus Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG, auf die sich betroffene Männer berufen können, werden durch diese strikte Schutzzweckbezogenheit möglicher Frauenfördermaßnahmen hinreichend geschützt.[25] Männern (und Frauen) stehen im Übrigen weitere Verfassungsbestimmungen zur Seite: So gewährleistet Art. 33 Abs. 2 GG, dass Personalentscheidungen an die in dieser Vorschrift ausdrücklich genannten Eignungskriterien gebunden sind, die für Männer und Frauen gleichermaßen gelten. Herkömmlich wird der Konflikt zwischen den beteiligten Grundrechtsträgern nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz gelöst. Dieser fordert, dass zwischen den widerstreitenden Rechtspositionen ein möglichst schonender Ausgleich herbeigeführt wird.[26] Hierin liegt ein Optimierungsgebot. In diesem Rahmen verstärkt der neue Art. 3 Abs. 2 Satz 2 GG das Gewicht von Regelungen und Maßnahmen, welche auf materielle – also nicht nur formale – Chancengleichheit abzielen.[27]

Europarechtliche Grundlagen und Grenzen der Frauenförderung

Frauenfördermaßnahmen sind auch an europarechtliche Vorgaben gebunden. Maßgeblich ist auf der Ebene der Verträge – also des primären Europarechts – Art. 141 Abs. 4

25 Kritisch dazu Fisahn, Andreas: Rechtmäßigkeit von „Quotenregelungen" nach Änderung des Art. 3 II GG NJ 1995, 352, 355; Huster, Stefan: Frauenförderung zwischen individueller Gerechtigkeit und Gruppenparität, Archiv für Öffentliches Recht 118. Bd. (1993), S. 109, 120 ff.

26 BVerfGE 28, 243, 260; 41, 29, 50; 52, 223, 247, 251; 93, 1, 21.

27 Schweizer, Kerstin: Der Gleichberechtigungssatz – neue Form, alter Inhalt? Untersuchung zu Gehalt und Bedeutung des neugefassten Art. 3 Abs. 2 GG unter Einbeziehung Europäischen Gemeinschaftsrechts, Schriften zum Öffentlichen Recht, Band 749, Berlin 1998, S. 195 ff., 198; vgl. a. Bumke, Ulrike: Art. 3 GG in der aktuellen Verfassungsdiskussion: zur ergänzenden Änderung des Art. 3 Abs. 2 Grundgesetz, Der Staat 32 (1993), S. 117, 127 ff.; Ebsen, Ingwer in: Benda/Maihofer/Vogel: Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Berlin 1994 § 8 Rz. 42 ff.; Osterloh, Lerke in: Sachs (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 1999 Art. 3 Rz. 266.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

EG (Amsterdamer Fassung)[28] und sekundärrechtlich vor allem die Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG.[29] Die bedeutsamsten Entscheidungen des EuGH in Sachen Frauenförderung sind die Rechtssachen *Marschall*[30] zu einer leistungsabhängigen Vorrangregel mit Öffnungsklausel nach nordrhein-westfälischem Recht[31], *Badeck u. a.*[32] zu der hessischen flexiblen Ergebnisquote, und *Abrahamsson u. a.*[33] zu einer nicht leistungsabhängigen Vorrangregel nach dem schwedischen Gleichstellungsgesetz.[34]

Nach dieser Rechtsprechung sind leistungsabhängige Vorrangregeln grundsätzlich zulässig; dasselbe gilt für flexible Ergebnisquoten. Diese dürfen allerdings Bewerberinnen keinen automatischen und unbedingten Vorrang vor leistungsgleichen männlichen Konkurrenten einräumen. Vielmehr müssen die Bewerbungen Gegenstand einer objektiven Beurteilung sein, bei der in jedem Einzelfall die besondere persönliche Lage aller Bewerberinnen und Bewerber berücksichtigt wird.[35] Wird im Falle eines „Leistungspatts" auf der Grundlage von Hilfskriterien entschieden – was in solchen Fällen regelmäßig notwendig sein wird –, so dürfen diese nicht ihrerseits diskriminierend wirken.[36]

---

28 Seit dem In-Kraft-Treten des Vertrages von Amsterdam am 1. Mai 1999 lauten die Absätze 1 und 4 von Artikel 141 EG:

„(1) Jeder Mitgliedstaat stellt die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicher.

(...)

(4) Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen."

29 Die Absätze 1 und 4 von Artikel 2 der Richtlinie lauten:

„(1) Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts – insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand – erfolgen darf.

(...)

(4) Diese Richtlinie steht nicht den Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit für Männer und Frauen, insbesondere durch Beseitigung der tatsächlich bestehenden Ungleichheiten, die die Chancen der Frauen in den in Artikel 1 Absatz 1 genannten Bereichen beeinträchtigen, entgegen."

30 EuGHE I 1997, 6363 ff., Urteil vom 11. November 1997 – C-409/95.

31 Vgl. Gesetz zur Förderung der beruflichen Chancen von Frauen im öffentlichen Dienst Nordrhein-Westfalen v. 31. 10 1989 (GVBl. S. 567).

32 EuGHE I 2000, <1875> – Urteil v. 28. März 2000 – C-158/97.

33 EuGHE I 2000, <5539> – Urteil vom 6. Juli 2000 – C-407/98.

34 Siehe hierzu auch den Beitrag von Beate Rudolf in diesem Buch.

35 Daran ändert sich auch nichts, wenn von vornherein eine nur begrenzte Stellenzahl für die Anwendung eines Regelwerks positiver Diskriminierungen vorgesehen wurden (Abrahamsson).

36 Nach deutscher Rechtslage sind die maßgeblichen, von der Rechtsprechung bislang gebilligten Hilfskriterien die des Dienst- und des Lebensalters. Diese Kriterien sind künftig kritisch zu hinterfragen, denn bei Frauen gibt es signifikant häufiger diskontinuierliche Berufsverläufe. Diese sind teilweise sozialisationsbedingt (eine familienorientierte Erziehung mindert die Bedeutung der Berufswahl für Frauen, sodass sie – selbst wenn sie kinderlos bleiben – offenkundig häufiger als Männer eine Ausbildung machen, die nicht wirklich ihren Wünschen und Fähigkeiten entspricht. Dies führt nicht selten zu beruflichen Neuorientierungen noch in höherem Alter und kann zu einem spä-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. *Struktur eines wirksamen Gesetzes*

Nachdem quantitative und qualitative Ziele spezifiziert, rechtliche und tatsächliche Hindernisse benannt und verfassungs- und europarechtliche Grenzen der Frauenförderung dargestellt sind, bleibt die Aufgabe, in Anlehnung an die vorhandenen Gesetze, aber nicht auf diese beschränkt, die Instrumente zusammenzustellen, die ein Gleichstellungsgesetz enthalten muss, um ein Mindestmaß an „Wirksamkeit" zu entfalten.

Überblick über die notwendigen Regelungsinstrumente

Ein wirksames Gleichstellungsgesetz sollte im Rahmen seines räumlichen Geltungsbereichs den gesamten Sektor des öffentlichen Dienstes umfassen, insoweit also einen ausnahmslosen Anwendungsbereich definieren. Neben Antidiskriminierungsvorschriften muss es Kompensations- oder Fördermaßnahmen enthalten, die sowohl individuell als auch strukturell ansetzen sollten. Frauenförderpläne können vorgesehen werden, nicht nur um Problembewusstsein zu wecken und innerbehördlichen Besonderheiten gerecht zu werden, sondern auch, weil periodische Selbstverpflichtungen zu Handlungszwängen führen. Zusätzlich muss es Regelungen über Arbeitsbedingungen geben, welche die Vereinbarkeit von Familie und Beruf verbessern. Offenkundig ist, dass der Regelungsrahmen in jedem Fall eindeutig und möglicherweise sanktionsbewehrt sein muss, um die Kreativität der in Personalsachen Verantwortlichen auf eine Verwirklichung der Gesetzesziele zu richten anstatt auf deren Verhinderung.[37] Solche Vorschriften bedürfen der institutionellen Absicherung durch die Beratungs- und Kontrolltätigkeit einer Frauen- oder Gleichstellungsbeauftragten, die ihrerseits nur wirksam arbeiten kann, wenn sie über hinreichende Informations-, Beteiligungs- und Beanstandungsrechte verfügt. Auch den Personalrat gilt es an die neuen Gesetzesziele zu binden. Hieraus ergibt sich gliederungsartig die folgende Struktur für ein Gleichstellungsgesetz, von dem erwartet werden kann, dass es nicht völlig wirkungslos bleiben wird:[38]

---

ten Einstellungsalter in den öffentlichen Dienst führen, das anders als die Wehrpflicht junger Männer indes nicht kompensiert wird).

37 Den Zusammenhang von Inhalt und Umsetzung von Gleichstellungsgesetzen beschreiben Bednarz-Braun, Iris/Bruhns, Kirsten: Personalpolitik und Frauenförderung im öffentlichen Dienst, Gleichberechtigungsgesetze zwischen Anspruch und Alltag, a. a. O. (Fn. 6) S. 244 wie folgt: „Die Bereitschaft betrieblicher AkteurInnen zur Umsetzung von Gleichberechtigungsgesetzen sind weitgehend von der Qualität der Gesetze bzw. deren Einschätzung und Bewertung abhängig. Die Implementierungschancen gesetzlicher Frauenförderregelungen steigen, wenn sie in differenzierten, verbindlichen und weitreichenden Rechtsbestimmungen konkretisiert und auf eine pragmatische Handlungsebene heruntergebrochen sind. (...) Auf rechtliche Maßnahmen mit hohem Bestimmtheitsgrad kann nicht verzichtet werden, solange Frauenförderinteressen von betrieblichen AkteurInnen nur zögerlich aufgegriffen werden."

38 In vorhandenen Gesetzen nicht (hinreichend) verwirklichte Vorschläge werden *kursiv* hervorgehoben.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

I. Allgemeines
   1. Ziele
   2. (*umfassender*) Geltungsbereich

II. Materielle Ge- und Verbote, Fördermaßnahmen
   1. Antidiskriminierungsvorschriften
      a) *Ausschluss* (unmittelbarer) Diskriminierung von Frauen bei Ausbildung, Einstellung, Beförderung, Betrauung mit höherwertigen Aufgaben, Stellenabbau
      b) – Sicherung vor (mittelbarer) Diskriminierung, bereits im Vorfeld der Ausschreibung (Frauen insb. bei männertypischen Berufen besonders ansprechen)
         – Auswahlverfahren und Vorstellungsgespräch (Zusammensetzung der Auswahlkommission, gesicherter Zugang für Frauen, Sicherung vor vorurteilsträchtigen Fragen: Schwangerschaft, Organisation der Familienarbeit)
         – *Transparenz* der Eignungskriterien und des Entscheidungsvorgangs
         – (mittelbar) diskriminierungsfreie Eignungskriterien (Stärkung des Entscheidungskriteriums Familienarbeit, Schwächung des Entscheidungskriteriums Dienstalter, keine Diskriminierung diskontinuierlicher Berufsverläufe)

   2. Fördermaßnahmen
      a) bei individuellen frauentypischen Lebensläufen
         – Bevorzugte (Wieder-)Einstellung oder *Beförderung* nach oder während der Versorgung von Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen
         – Bevorzugte Berücksichtigung von Wünschen nach Teilzeit- oder Vollzeittätigkeit oder Aufstockung der Teilzeittätigkeit nach Teilzeit aus familiären Gründen
         – Beförderung im Erziehungsurlaub/Elternzeit (derzeit: bei entsprechender Leerstelle im Haushalt einmalig möglich), Anrechnung von Zeiten der Erziehungsarbeit auf das Besoldungsdienstalter (derzeit: bis zu drei Jahren für jedes Kind, § 28 Abs. 2 Nr. 1 BBesG)
         – Kein Verfall von Bewährungszeiten (für Bewährungsaufstieg nach BAT) durch familienbedingte langjährige Beurlaubung[39]
         – *Laufbahnaufstieg* auch bei Beamtinnen mit verwaltungsuntypischer Ausbildung (wie etwa beamtete Dipl.-Bibliothekarinnen)

39 Vor dem Hintergrund des Bundesgleichstellungsgesetzes hat der Bundesminister des Innern Anfang 2004 eine übertarifliche Regelung für die Berechnung von Bewährungszeiten und Zeiten einer Tätigkeit getroffen (§ 23a BAT/BAT-O bzw. Nr. 1 Abschnitt B der Vorbemerkungen zu allen Lohngruppen), die durch Elternzeit oder sonstige Beurlaubungen zur Kinderbetreuung länger als fünf Jahre unterbrochen wurden. Zuvor hatten familienbedingte Unterbrechungszeiten, die – auch in der Summe mehrerer Unterbrechungen – länger als fünf Jahre andauerten, zum Verlust aller zuvor erworbenen Bewährungszeiten geführt. Künftig sind diese Zeiten unschädlich für den Ablauf einer Bewährungszeit. Soweit sich aus einer Neuberechnung der Zeiträume ein früherer Bewährungs- oder Zeitaufstieg ergibt, wird die höhere Vergütung auf Antrag bis zum Stichtag 5. Dezember 2001 (In-Kraft-Treten des Bundesgleichstellungsgesetzes!) nachgezahlt; vgl. Hausnachrichten des Bundesministeriums der Justiz vom 5. März 2004 (1200/1 - 27 - Z4 1190/2003).

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

b) zum Ausgleich struktureller Diskriminierungen:[40]
Ausgleich durch Bevorzugungsregelungen – 2 Grundtypen:
- qualifikationsabhängige Vorrangregeln (Entscheidungsquote) für den Einzelfall (im Falle eines Leistungspatts ist die konkurrierende Frau bevorzugt einzustellen, zu befördern), dies führt zu einem individuellen Anspruch betroffener Frauen, ggf. Schadensersatzansprüche
- Flexible Ergebnisquoten über Frauenförderpläne (verbindliche Zielvorgaben – entwickelt aus den spezifischen Gegebenheiten der konkreten Dienststelle – müssen innerhalb eines festen Zeitrahmens realisiert werden), dies bedeutet eine objektive Verpflichtung der Dienststelle; d. h. Frauen haben keine individuellen Ansprüche – Sanktionen bei Verletzung der obj. Verpflichtung
- *Marginalisierung* der Hilfskriterien Dienst- und Lebensalter

3. Arbeitsbedingungen, die die „aktive Elternschaft" unterstützen
   a) Teilzeit, Beurlaubungen
   b) familiengerechte Arbeitszeiten
   c) Verbot der Benachteiligung

4. *Modifizierung des sonstigen öffentlichen Dienstrechts, um die Statusunterschiede zwischen Beamten/Beamtinnen und Angestellten weitgehend zu minimieren*

III. Frauenförderplan – Wichtigste Wirksamkeitsbedingungen
1. Im Fall von Ergebnisquoten: *verbindliche* Festlegung; bei Erreichung oder Unterschreitung des Ziels: personelle (positive oder negative) *Konsequenzen* für die Entscheider
2. Im Fall von Vorrangregeln: *Personalentwicklungsplanung*, die Frauen *gezielt* auf Beförderungen oder Betrauung mit höher dotierten Positionen vorbereitet
3. Jeweils: Verbindung mit allgemeiner Personalentwicklungsplanung
4. Ziel: nicht nur quantitative, sondern auch qualitative Verbesserung der Situation der Frauen in der Behörde
5. *Wirksame Ergebniskontrolle*
6. *Hauhaltsrechtliche/sonstige Nachteile bei Nichteinhaltung der Selbstverpflichtungen*

IV. Institutionelle Absicherung der Frauenfördermaßnahmen durch Gleichstellungsbeauftragte/Frauenbeauftragte – Wichtigste Wirksamkeitsbedingungen:
1. Weisungsfreiheit
2. Stabsstelle der Behördenleitung

---

40 Zur Kompensation von Benachteiligungen auf Grund folgender Ausgangssituationen:
- diskontinuierliche Berufsverläufe von Frauen;
- größeres Risiko für den Arbeitgeber durch potenzielle Schwangerschaften;
- stärkere Ortsgebundenheit durch Familie;
- Ausbildung in typischen Frauenberufen (die innerhalb der Strukturen des öffentlichen Dienstes weniger Aufstiegschancen bieten);
- je höher die Hierarchieebene, desto weniger Frauen;
- deutlich weniger Frauen als Männer in Leitungsfunktionen;
- Verhältnis Beamte zu Angestellten (Auswirkungen auf Aufstiegsmöglichkeiten und Altersversorgung): Männer sind doppelt so häufig Beamte wie Frauen (i. d. R. 2/3 zu 1/3); Angestellte demgegenüber zu 80 % Frauen;
- Teilzeitarbeit zu mehr als 85 % durch Frauen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Beratungs- und Kontrollfunktion
4. *Umfassende* Informationsrechte (personell, sozial, organisatorisch)
5. Umfassende Beteiligungsrechte
6. Initiativbefugnisse
7. Mitspracherechte beim Frauenförderplan und der Personalentwicklungsplanung (ohne eigene Entscheidungsbefugnisse[41])
8. Beanstandungsbefugnisse, *auch zugunsten Betroffener* (Devolutiveffekt und Suspensiveffekt der Beanstandung)
9. Entscheidung über die Beanstandung durch unabhängige Instanz (Gericht *oder Kommission*)
10. Vernetzungs-/Fortbildungsmöglichkeiten (Dienststellen übergreifend)
11. Mehrjährige Amtszeit (3-5 Jahre)
12. *Zwingende Grundausbildung (amtsbegleitend), verbunden mit amtsgebundener Mindestbesoldung*
13. Ausstattung/Vertretung

V. Einbindung des Personalrats in die Frauenförderung

Zum neuen Bundesgleichstellungsgesetz

Das neue Bundesgleichstellungsgesetz (BGleiG) vom 30. November 2001[42] enthält vieles von dem für notwendig Gehaltenen. Betrachten wir insbesondere die oben (1.) genannten Problembereiche:

(1) Einstellungssituation

Das Problem des Personalabbaus nimmt das Gesetz als zwingenden Inhalt des Gleichstellungsplanes (Frauenförderplan) auf. Dieser hat bei personalwirtschaftlichen Maßnahmen vorzusehen, dass der Frauenanteil der Bereiche, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, sich nicht vermindern darf. Frauen dürfen also nicht überproportional entlassen werden, wodurch zumindest ein Status quo gesichert ist (§ 11 Abs. 3 BGleiG). Vor der Benachteiligung von Frauen im gebärfähigen Alter sichert bis zu einem gewissen Grad das allgemeine Diskriminierungsverbot und die positive Aufnahme bzw. Neutralisierung von Familienaufgaben in § 9 Abs. 1 und in Abs. 2 sowie die Pflicht zur Berücksichtigung des Leistungsgrundsatzes. Bedeutsam ist insoweit die Beteiligung der Gleichstellungsbeauftragten an allen Auswahlverfahren, die ggf. (unausgesprochenen) Vorbehalte zu neutralisieren hat. Die Vorrangregel des § 8 wird dagegen allenfalls mit-

41 Anderes wäre ggf. wirksamer, lässt sich aber verfassungsrechtlich mit der Weisungsfreiheit, also der nicht hierarchischen Einbindung, schwerlich vereinbaren (vgl. BVerfGE 93, 37 ff.).

42 Inzwischen liegen zwei, einander vielfach ergänzende Kommentare vor: Schiek u. a.: Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder – Kommentar für die Praxis zum Bundesgleichstellungsgesetz und den Gleichstellungsgesetzen, Gleichberechtigungsgesetzen und Frauenfördergesetzen der Länder, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 2002 und von Roetteken, Torsten: Bundesgleichstellungsgesetz – Kommentar mit Entscheidungssammlung, Heidelberg 2002.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

telbare Wirkungen haben, da es immer Möglichkeiten gibt, Bewerber und Bewerberinnen nicht als leistungsgleich zu beurteilen.[43]

(2) Beförderungssituationen

An dem ungleichen Zahlenverhältnis von Beamten und Beamtinnen vermag ein solches Gesetz nichts zu ändern. Eine der Hauptursache dieser Ungleichheit beruht letztendlich in dem nur eingeschränkt beeinflussbaren Berufswahlverhalten von Frauen. Die haushaltsrechtlichen Hemmnisse für die Berücksichtigung von Angestellten für Leitungsfunktionen lässt das Gesetz ebenfalls unangetastet. Leistungsgrundsatz, das Verbot mittelbarer Diskriminierung von Frauen und die Hartnäckigkeit der zuständigen Gleichstellungsbeauftragten sollten immerhin bewirken können, dass in geeigneten Fällen verstärkt auch Angestellte für Leitungsfunktionen eingesetzt werden. Laufbahnrechtlich und stellenplanmäßig mögliche Verbeamtungen in typischen Frauenberufen werden weiterhin nur in Ausnahmefällen gelingen. Das Gesetz äußert sich zu dieser Frage nicht. Da der Bundesangestelltentarifvertrag im Wesentlichen unverändert geblieben ist, bleibt es auch bei den eingeschränkten Möglichkeiten von Angestellten, überhaupt beruflich aufzusteigen.

(3) Familienphase

Die Möglichkeiten, Teilzeit zu arbeiten oder sich familienbedingt beurlauben zu lassen, sind im öffentlichen Dienst seit langem vorbildlich. Das Gesetz versucht in § 13 Abs. 1 auch Beschäftigte mit Leitungsaufgaben verstärkt in den Genuss dieser Regelungen zu bringen (ergänzt durch § 72a BBG in der Fass. des Art. 2 DGleiG). Dies ändert nichts daran, dass in der Praxis die Wahrnehmung von Leitungsaufgaben in Teilzeit kaum akzeptiert ist. Auch das Problem geringerer Altersversorgung im Falle von Teilzeit und Beurlaubung bleibt. Die Hinweispflicht in § 13 Abs. 2 zu den „beamten-, arbeits-, versorgungs- und rentenrechtlichen Folgen" will aber zumindest erreichen, dass Einzelne die Folgen ihrer Lebensplanung bedenken und nach ihren familiären Möglichkeiten vernünftig begrenzen. Das Gebot, Dienstalter, Lebensalter und den Zeitpunkt der letzten Beförderung nur insoweit zu berücksichtigen, als ihnen für die Eignung, Leistung und Befähigung der BewerberInnen Bedeutung zukommt (§ 9 Abs. 1), und das Verbot, Unterbrechungen der Erwerbstätigkeit, geringere aktive Dienst- oder Beschäftigungsjahre, Reduzierungen der Arbeitszeit oder Verzögerungen beim Abschluss einzelner Ausbildungsgänge auf Grund von Familienpflichten im Auswahlverfahren darüber hinaus zu berücksichtigen, versucht einige Nachteile typischer weiblicher Berufsverläufe zu neutralisieren.[44]

43 Vgl. Bednarz-Braun, Iris: Zwischen Quote und Bestenauslese: Wandel von Personalpolitik in öffentlichen Verwaltungen durch Gleichberechtigungsgesetze, Der Personalrat 1997, 465 ff.

44 Die neuerliche Bewährungszeitunschädlichkeit von familienbedingten Unterbrechungen der Tätigkeit auch über fünf Jahre hinaus, die unter ausdrücklicher Berufung auf das BGleiG erfolgte (vgl. Fn. 31), wird vielen Angestellten die Lebensplanung mit Kindern erleichtern – allerdings auch zu einer verminderten Altersversorgung beitragen, weil Unterbrechungszeiten nicht rentenwirksam sind; zu problematischen Interdependenzen zwischen verschiedenen Rechtsmaterien vgl. Plett, Kon-

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(4) Leistungsgrundsatz

Das Bundesgleichstellungsgesetz betont – wie schon das Vorgängergesetz – den Leistungsgrundsatz. Es macht ihn für Frauen durch die Betonung von Personalentwicklungsplanung und Gleichstellungsplan immerhin operationalisierbarer.[45] Die Diskussion des Leistungsgrundsatzes im öffentlichen Dienstrecht hat parallel zu der Einführung von leistungsbezogenen Besoldungsbestandteilen[46] und zu einem Überdenken der Beurteilungsverfahren geführt. Dies bedeutet – bei aller verbleibenden Subjektivität – immerhin einen erwünschten Zuwachs an Transparenz und Kontrollmöglichkeiten.

(5) Die Personalentscheider

Regelungsdichte und größere Bestimmtheit der gesetzlichen Regelungen werden es dem Führungspersonal schwerer machen, das Gesetz in gleicher Weise leer laufen zu lassen wie seinen Vorgänger. Aber immer noch – so die Berichte von Gleichstellungsbeauftragten – gibt es nicht wenig Personalentscheider, die mehr Kreativität darauf verwenden, sich von den Bindungen des Bundesgleichstellungsgesetzes zu lösen als seine Ziele zu verwirklichen. Die Ministerien gehen leider nicht mit gutem Beispiel voran. Immerhin ergibt sich aus der Stärkung der Rechtsstellung der Gleichstellungsbeauftragten eine Schwächung der Möglichkeiten, das Gesetz zu unterlaufen. Denn Gleichstellungsbeauftragte haben zusätzliche Möglichkeiten, die Gesetzesbefolgung zu kontrollieren. Bei Verstößen der Dienststelle gegen den Gleichstellungsplan, das Gesetz oder andere der Gleichstellung dienende Vorschriften hat sie ein Einspruchsrecht mit Suspensiv- und Devolutiveffekt (§ 21).[47] Ihr steht – nach Durchführung eines außergerichtlichen Einigungsverfahrens – außerdem ein Klagerecht zu, wenn eigene Rechte (nicht die Rechte einer betroffenen Frau!) verletzt wurden oder der Gleichstellungsplan nicht gesetzesentsprechend aufgestellt ist (§ 22). Alles dieses erfordert von den Gleichstellungsbeauftragten eine erhebliche Professionalisierung und Geschick in der Isolierung und Darstellung von rechtlichen Konflikten. Da nur wenige RechtsanwältInnen auf diesem Gebiet über Kenntnisse verfügen, sind die Gleichstellungsbeauftragten dabei weitgehend auf sich selbst gestellt. Von ihren Fähigkeiten und ihrem Einsatz hängt vieles ab. Es ist keine Herabwürdigung der engagierten und guten Arbeit der Mehrzahl der Gleichstellungsbeauftragten, wenn festzustellen ist, dass etliche Gleichstellungsbeauftragte hier überfordert sein werden. Umso wichtiger wäre eine amtsbegleitende Zusatzausbildung oder das Angebot von Coaching. Hier fehlt es noch an Vielem. Zumindest legt das Gesetz (§ 10 Abs. 6) aber auf die Fortbildung der Gleichstellungsbeauftragten erhebliches – wenn auch immer noch unzureichendes – Gewicht.

---

stanze: Methodische Hürden bei der Ermittlung von rechtlichen Hindernissen auf dem Weg zur Gleichberechtigung der Frauen in: Hof/Lübbe-Wolff (Hrsg.), a. a. O., S. 367, 370.

45 Vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 BGleiG – was die Schwächen jeder Leistungsbeurteilung indes nicht beseitigt, vgl. Schiek in: Schiek u. a. (Fn. 34) Rz. 208 ff.

46 Vgl. § 42a BBesG i. d. F. des Besoldungsstrukturgesetzes vom 21. 6. 2002, BGBl I 2002, 2138 und die Leistungsprämien- und -zulagenverordnung vom 1. 7. 1997 i. d. F. v. 25. 9. 2002, BGBl I 3745.

47 Auf ihren Einspruch muss die umstrittene Entscheidung aufgeschoben und der nächsthöheren Stelle zur Entscheidung vorgelegt werden.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. *Fazit*

Die Erfahrungen der letzten Jahrzehnte mit gesetzlichen Maßnahmen, die als Folge der „Verstaatlichung der Frauenfrage“[48] ergriffen wurden, lassen hoffen, dass Gesetze des dargestellten Inhalts die Situation von Frauen im öffentlichen Dienst strukturell verbessern können. Im Einzelnen zu belegen wird dies möglicherweise erst nach vieljähriger Erfahrung sein – eine gleich bleibende Bewertung der „Frauenfrage“ vorausgesetzt. Die Schwierigkeit, strukturelle „Fortschritte“ bestimmten gesetzlichen Regelungssystemen kausal zuzuordnen, wird bleiben. Für heute gilt: Die statistisch sichtbaren „Fortschritte“ weiblicher Berufstätigkeit im öffentlichen Dienst auf der Grundlage der vorhandenen Gesetze wirken noch durchweg bescheiden. Was als „Fortschritt“ gelten kann, wird dabei ohnehin immer im Streit bleiben. Unstrittig mag sein, dass hierzu eine Erhöhung der Einstellungszahlen von Frauen und eine vermehrte Anzahl von Frauen in Führungspositionen gehören. Fraglich ist bereits, ob auch die steigende Zahl der in Teilzeit beschäftigten Frauen (mit der Folge einer geringeren Altersversorgung) als Erfolg der Frauenförderung zu verbuchen ist, wenn nicht gleichzeitig die Zahl der in Teilzeit beschäftigten Männer steigt. Und ist nicht jeder männliche Beschäftigte in Elternzeit ein größerer „Gleichstellungsindikator“ als eine vereinzelte Frau, die es zu einer gewissen Leitungsfunktion gebracht hat?

Tatsächlich ist die Zahl der Frauen im öffentlichen Dienst auch in höheren Laufbahnen in den letzten 15 Jahren deutlich gestiegen. Die Zahl der Frauen in Führungspositionen ist immerhin gewachsen, aber deutlich disproportional.[49] Aber ob eine Frau in eine Führungsposition gelangt ist, weil ihr gesetzliche Regelungen halfen und/oder weil sie doppelt soviel gearbeitet hat wie ihre männlichen Konkurrenten, lässt sich typischerweise allenfalls in Einzelfällen nachweisen. Die noch verlässlichsten Schlüsse zur Wirksamkeit von gesetzlichen Regelungen lassen sich deshalb meines Erachtens aus Aussagen von Gleichstellungsbeauftragten ziehen, die beschreiben, welche Regelungen ihnen bei Einzel- und Strukturentscheidungen geholfen haben und wo – und aus welchem Grund – diese unzureichend waren. Aus solchen Berichten ergibt sich nicht selten, dass Dienststellen den Gesetzeszweck absichtsvoll zu verfehlen trachten.[50] Als ein wesentliches Wirksamkeitserfordernis folgt hieraus die Erforderlichkeit von Kontrolle und Sanktionierung fehlender oder unzureichender Gesetzesbefolgung – bei gleichzeitiger

48 Vgl. das gleichnamige Buch von Krautkrämer-Wagner, Uta: Die Verstaatlichung der Frauenfrage. Gleichstellungsinstitutionen der Bundesländer – Möglichkeiten und Grenzen staatlicher Frauenpolitik, Bielefeld 1989.

49 Vgl. Vierter Bericht der Bundesregierung über die Förderung der Frauen im Bundesdienst – Berichtszeitraum 1995 bis 1998 – BTDrucks 14/5003 vom 15. 12. 2000, S. 13 und Tabelle 20: In den Obersten Bundesbehörden betrug der Frauenanteil in den kleinen und großen (Vollzeit-)Leitungsfunktionen des höheren Dienstes (A 15 bis B 11) im Jahre 1998 8,2 %, so waren von 140 Abteilungsleitungen nur 2 mit Frauen besetzt. Die Einstellungsquote von Frauen in den höheren Dienst lag zwischen 1995 und 1998 immerhin schon bei 40 % und überstieg damit zumindest in den Jahren 1996 bis 1998 die Quote der Bewerbungen von Frauen (vgl. Tabelle 14). Der Frauenanteil im höheren Dienst der Obersten Bundesbehörden beträgt im Jahre 21 % (S. 10, Diagramm 6), im nachgeordneten Bereich 19 % (S. 15, Diagramm 11).

50 Vgl. zum HessGlG Bruhns, Kirsten in: Bednarz-Braun/Bruhns, a. a. O. (Fn. 6), S. 148 ff., 158.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schaffung von die Kooperation von Gleichstellungsbeauftragter und Dienststellenleitung fördernden Rahmenbedingungen. Dies mag selbstverständlich klingen. Tatsächlich gibt es aber kein Gesetz, welches hier in Gänze überzeugen kann. Durchsetzungsfähige Gleichstellungsbeauftragte werden über eine zielstrebige, aber auch kreative Kontroll- und Kooperationstechnik zwar viel bewirken können. Sie bedürfen aber gesetzlicher Abfederung. Eine interessante Variante bietet hier eine Vorschrift im Hessischen Gleichstellungsgesetz (§ 10 Abs. 4). Nach ihr bedarf jede weitere Einstellung oder Beförderung eines Mannes in einem Bereich, in dem Frauen unterrepräsentiert sind, der Zustimmung der Stelle, die dem Frauenförderplan zugestimmt hat, sofern die Zielvorgaben des Frauenförderplanes für jeweils 2 Jahre nicht erfüllt sind. Leider ist zu der Wirkungsmächtigkeit der Regelung nichts bekannt.

Auf der Grundlage bisheriger Erfahrungen mit unterschiedlichen Gesetzen lassen sich folgende Thesen zur Wirksamkeit von Frauenfördergesetzen aufstellen:

Bloße Antidiskriminierungsvorschriften genügen nicht. Dies erweist die Erfahrung mit der Antidiskriminierungsvorschrift des Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG. Bloße (leistungsabhängige) Vorrangregeln – selbst im Zusammenhang mit einer Verbesserung der Arbeitsbedingungen – genügen ebenfalls nicht. Anderes könnte gelten bei einem gesellschaftlich akzeptierten Paradigmenwechsel in der Verteilung von Familienarbeit, mindestens in der Betreuung von Kindern etwa durch flächendeckend eingerichtete Ganztageskindergärten und Ganztagesschulen. Es ist ein Ineinandergreifen von Schutzvorschriften (Antidiskriminierungsregeln), Handlungsaufträgen und Vorrangregeln bzw. Zielquoten sowie deren institutionelle Absicherung durch Beauftragte erforderlich. Die Beratungs- und Kontrollfunktion der Gleichstellungs- oder Frauenbeauftragten bei umfassenden Informationsrechten ist unverzichtbar. Der Wirksamkeit förderlich kann es außerdem sein, wenn auch die Personalräte qua Gesetz eingebunden werden und sie – was leider nicht immer geschieht – diese Aufgabe auch annehmen. Ihnen sei gesagt: Die durch Frauenförderung angestrebte und zu erreichende höhere Transparenz der Personalverwaltung kommt am Ende allen Beschäftigten zugute.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

IV. Ein Fazit

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wie männlich ist die Rechtswissenschaft?

Jutta Limbach

Die Frage „Wie männlich ist die Rechtswissenschaft?" lenkt die Aufmerksamkeit nicht nur auf die Repräsentanz des weiblichen Geschlechts in dieser Disziplin. Es geht auch darum, ob und wie Frauen im Lehrstoff in Erscheinung treten. Inwieweit spiegeln Lehrtexte die veränderte Rolle der Frau in unserer Gesellschaft wider? Oder hängen sie noch immer den Zeiten nach, in denen die Frau an den Herd gehörte, während der Mann sich im feindlichen Leben bewähren musste? Nicht zuletzt interessiert, welche Aufmerksamkeit Frauenprobleme in der juristischen Dogmatik und als Forschungsgegenstand finden.

1. Männerdomänen

Lassen Sie mich sehr persönlich beginnen: Als ich im Jahre 1955 das juristische Studium an der Freien Universität Berlin aufnahm, waren fast ein Drittel der Studienanfänger Frauen. In ähnlicher Stärke traten wir noch zum 1. Staatsexamen an. Im 2. Staatsexamen war der Frauenanteil schon leicht geschrumpft. Nach dieser Statuspassage trennten sich die Wege der Frauen: Der große Anteil der erfolgreich geprüften Frauen wandte sich dem Richteramt und dem öffentlichen Dienst zu. Nur einige wenige dieser Wenigen entschieden sich für die Wissenschaft und wagten das Unternehmen der Promotion. Ich war im Jahre 1966 wohl die erste Frau, die an der Juristischen Fakultät der Freien Universität Berlin den Dr. iur. erhielt. Im Jahre 1971 war ich die erste und für einige Jahre auch die einzige Frau, die – übrigens unterstützt durch ein Habilitandenstipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft – am Juristischen Fachbereich der FU Berlin habilitiert worden ist. Während dieser wissenschaftlichen Qualifikationen habe ich drei Kinder in die Welt gesetzt, was einer meiner Kollegen mit der Feststellung quittiert hat: „Erst schafft sie ein Werk mit Hand und Fuß, dann schreibt sie eine wissenschaftliche Arbeit." All das allerdings in Partnerschaft mit einem Ehemann, der vielfach mehr als die Hälfte der Familienarbeit geleistet und gleichwohl seine Berufstätigkeit genau so wenig wie ich je unterbrochen hat.

Am Beginn meiner wissenschaftlichen Karriere befand ich mich also in einer extremen Minderheitensituation. An allen anderen Rechtsfakultäten der Altbundesrepublik bot sich damals das gleiche Bild. Nur wenige zählten überhaupt eine Frau zu ihrem Lehrkörper. Lediglich Bonn machte eine bemerkenswerte Ausnahme mit drei habilitierten Frauen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. *Sexistische Denkmuster*

Die Männerdominanz des Personals konnte nicht ohne Einfluss auf das Forschungsinteresse, die Inhalte, die Methodenwahl und die Darstellungsweise der Rechtswissenschaft und Rechtslehre bleiben. Die von der Neuen Frauenbewegung aus der Taufe gehobene Frauenforschung hat vor allem in den 1980er Jahren den misogynen Bild- und Sprachgebrauch im Rechtsunterricht und sexistische Denkmuster in der Jurisprudenz analysiert.

Verzerrte Frauenbilder

Die Aufmerksamkeit richtete sich zunächst auf die verzerrten Frauenbilder, mit denen der mitunter schwierige, abstrakte Lehrstoff Rechtsjüngern schmackhaft gemacht wurde. Die sexistisch geprägte, männliche Einfallsfreude offenbarte sich häufig schon in der Namenswahl der ProtagonistInnen: Berta Bumske, August Geil und Frieda Lüstlein sowie die Prostituierte Freudenreich und nicht zuletzt Frau Emanz trieben ihr Unwesen vorzugsweise in strafrechtlichen Lehrfällen. Frauen wurden nicht nur durch herabsetzende und lächerlich machende Namen mehr oder weniger bewusst diffamiert. Auch die Berufe der Frauen und das ihnen in fiktiven Fällen unterstellte Treiben und Trachten indizierten eine bemerkenswerte Geringschätzung des weiblichen Geschlechts.[1]

Auch in zivilrechtlichen Schulfällen blieb die Darstellung von Frauen zumeist auf solche Lebenszusammenhänge und Handlungsweisen beschränkt, „die über Abhängigkeiten emotionaler und ökonomischer Art durch die stete Bezogenheit auf Männer charakterisiert sind und damit das Vorurteil der nicht selbständig handlungsfähigen Frau permanent reproduzierten."[2] Wohl kommt diesen „dekorativen" Sachverhaltsmerkmalen die Funktion zu, den Lehrstoff attraktiver zu machen und Assoziationsbrücken für rechtliche Probleme und deren Lösungsmuster zu schaffen. Wird aber eine verzerrt stilisierte Ersatzrealität als Verständnishilfe im Rechtsunterricht benutzt, so besteht die begründete Vermutung, dass bereits vorhandene Vorurteile im akademischen Unterricht verstärkt und verfestigt werden.

Weiblichkeitsmythen

In welchem Maße verzerrte Frauenbilder und ein patriarchalisch-autoritäres Denken den Prozess der Rechtsgewinnung beeinflussen können, ist in Studien zum Straftatbestand der Vergewaltigung dargelegt worden. Bei der Interpretation und Anwendung des unbestimmten Rechtsbegriffs der Gewalt wirken sich mehr oder minder bewusst männliche Vorurteile über die Interaktion der Geschlechter aus. Diese werden gespeist von einer

1 Morgenthal, Luise: „August Geil und Frieda Lüstlein" – Der Autor und sein Tätertyp, in: Kritische Justiz, 16 (1983), S. 65-68.

2 Pabst, Franziska/Slupik, Vera: Das Frauenbild im zivilrechtlichen Schulfall – Eine empirische Untersuchung, zugleich ein Beitrag zur Kritik gegenwärtiger Rechtsdidaktik, in: Kritische Justiz, 10 (1977), S. 242-256.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

vulgarisierten Auffassung des weiblichen Masochismus und dem Paradigma der Keuschheit: Danach ist eine *anständige* Frau asexuell, eine *rechtschaffene* Gattin oder ein *unschuldiges* Mädchen. Diese Interpretationsmuster haben zur Folge, dass die Grenzen der erlaubten Gewalt gegen Frauen zu weit gezogen werden. Auf diese Weise wird das Verhaltensrepertoire der Frauen eingeschränkt: Sie werden einen nächtlichen Bummel in fragwürdiger Gegend vermeiden, wenn sie nicht als schuldige Opfer definiert werden wollen.[3]

Wie wenig ernst die Frau als Rechtsperson genommen wurde, zeigte die richterliche Interpretation des Gewaltbegriffs. Gewalt im Sinne des Straftatbestands der Vergewaltigung wurde im Allgemeinen dann bejaht, wenn sie geeignet war, einen erheblichen Widerstand der Frau zu brechen. Ein bloßes Sich-Sträuben der Frau wurde und wird als geschlechtstypisches Verhalten gewertet. Diese juristische Lesart von der *nicht unwillkommenen Gewalt*, gegen die sich die Frau zur Erhöhung des Reizes ein wenig sträubt, verdankt sich der banalisierten Freudschen Konzeption des weiblichen Masochismus. Weiblichkeitsmythen solcher Art führten in der Rechtsprechung zur Vergewaltigung vielfach dazu, dass für gewaltsame Geschlechterbeziehungen ein großer Spielraum innerhalb der Legalität verblieb.[4]

Patriarchalisches Eheverständnis

Juristen lernen, soweit es um das gesellschaftliche Denken und Handeln geht, langsam. Das zeigte sich auch in der Aufnahme des partnerschaftlichen Denkens bei der Reform des Familienrechts. In den Lehrbüchern wurde und wird der egalitäre, das heißt Frauen und Männer gleichberechtigende und verpflichtende Stil des Ersten Eherechtsreformgesetzes von 1976 weitgehend durchgehalten. In den Kommentaren dagegen leben vereinzelt bekannte Denkweisen des patriarchalischen Familienrechts wieder auf, sobald sich das Problem der Kinderpflege stellt. Gern wurde nach dem In-Kraft-Treten des Ersten Eherechtsreformgesetzes ein Satz aus der amtlichen Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zitiert, der da lautet:

> „Die Hausfrauenehe erscheint für bestimmte Ehephasen – etwa dann, wenn Kleinkinder oder heranwachsende Kinder vorhanden sind – in besonderer Weise ehegerecht."

Gewiss kann man in dieser Weise denken und handeln. Viele Frauen, viele Ehepartner verhalten sich entsprechend. Schließlich ist auch das Charakteristikum des neuen Eherechts die Offenheit für jedwede einverständlich getroffene Organisation des Familienlebens. Doch dass es Sache von juristischen Kommentatoren ist, einer Aufgabenteilung in der Ehe das Prädikat *ehegerecht* zu verleihen, bezweifle ich.

3 Schapira, Alisa: Die Rechtsprechung zur Vergewaltigung. Über die weit gezogenen Grenzen erlaubter Gewalt gegen Frauen, in: Kritische Justiz 10 (1977), S. 221-241.

4 Vgl. ebd.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Ehe – eine Zwangsanstalt?

Egalitäre, das heißt Mann und Frau gleich berechtigende und verpflichtende Gesetze für sich allein ändern die gesellschaftliche Wirklichkeit nicht. Gerade das durchweg egalitär formulierte Familienrecht lehrt, dass Vorschriften nur dem Wortlaut nach geschlechtsneutral formuliert sind, also Mann und Frau gleichermaßen betreffen. Die Vorschriften können sich wegen der unterschiedlichen sozio-ökonomischen Ausgangslage der Geschlechter für ein Geschlecht erheblich negativer auswirken als für das andere. So führt die wirtschaftliche Abhängigkeit und die Lücke in der sozialen Berufsbiografie der Familienfrau zum Beispiel im Scheidungsfolgenrecht dazu, dass diese sich eher als ein Mann den moralisierenden Ausschluss ihrer Ansprüche gefallen lassen muss.

Unser modernes Scheidungsrecht basiert bekanntlich auf dem Zerrüttungsprinzip. Selbst im Unterhaltsrecht nach der Scheidung soll es nicht mehr darauf ankommen, wer von beiden Ehegatten die Scheidung überwiegend verschuldet hat, sondern auf die Frage der Bedürftigkeit. So soll ein Ehegatte zum Beispiel wegen seines Alters, weil er arbeitslos ist oder Kinder betreut, Unterhalt von dem anderen verlangen können. Das Gesetz kennt jedoch eine negative Billigkeitsklausel. Diese schließt an sich begründete Unterhaltsansprüche aus, wenn der bedürftige Ehegatte dem finanzkräftigen nach dem Leben getrachtet oder seine Bedürftigkeit mutwillig — etwa durch die leichtfertige Aufgabe seines Arbeitsplatzes — herbeigeführt hat. Diese Vorschrift enthält eine Generalklausel, die den Ausschluss des Unterhalts bei ebenso schwerwiegenden Gründen gestattet.

Ein Verwirkungsgrund, der ebenso schwer wiegt, wie die im Gesetz ausdrücklich genannten, liegt nach Ansicht des Oberlandesgerichts Hamburg dann vor, wenn ein Ehegatte mutwillig aus einer – durchschnittlich verlaufenen – Ehe ausgebrochen ist und mit einem anderen Partner in einer außerehelichen Verbindung lebt.[5]

Dieses Urteil hat Schule und mich zur Feministin gemacht.[6] Schon die Wortwahl lässt an der unvoreingenommenen Abwägung der beiderseitigen Interessen zweifeln. Verräterisch ist die Redensart von dem „mutwilligen Ausbruch aus der Ehe", welche die Ehe als Zwangsanstalt, nicht aber als eine auf gegenseitiger Liebe und Achtung gegründete Lebensgemeinschaft erscheinen lässt. Da ist weiter von einer schweren Kränkung, Erniedrigung, Entwürdigung und Demütigung die Rede, wenn der Ehemann seine in nichtehelicher Lebensgemeinschaft mit einem anderen lebende Ehefrau obendrein noch alimentieren müsste.

Ehelicher Unterhalt erscheint im Lichte dieser Rechtsprechung als eine Gratifikation für Wohlverhalten, die Ehefrau und Mutter als eine Hausangestellte mit Liebesdiensten. Unbedacht bleibt in dieser wie in vielen anderen Entscheidungen, welche Leistungen die Frau in den zurückliegenden Jahren erbracht hat, ob sie gemeinsame Kinder versorgt und erzogen hat oder noch weiter betreut. Die Frage wird nicht gestellt, inwieweit die Ehefrau durch ihre Zuständigkeit für Hausarbeit und Kinderpflege den beruflichen Werdegang des Mannes mitgefördert hat. Das Oberlandesgericht Hamburg hat zwar zur

5 In: Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 25 (1978), S. 118 f.

6 Limbach, Jutta: Unterhaltsverlust wegen grober Unbilligkeit bei Getrenntleben, in: Neue Juristische Wochenschrift 33 (1980), S. 871-874.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kenntnis genommen, dass die Unterhalt begehrende Ehefrau 26 Jahre ihre Aufgabe als Hausfrau und Mutter zweier inzwischen volljähriger Kinder verrichtet hat. Bei der Überlegung aber, ob ihr Unterhaltsverlangen grob unbillig sei, schlagen diese Leistungen nicht zu Buche.

3. *Der aufhaltsame Aufstieg der Frauen*

Große Hoffnung ist auf den Einbruch der Frauen in die Männerdomäne der Rechtswissenschaft gesetzt worden. Von den an den Universitäten vielfach verabschiedeten Programmen der Frauenförderung hat man sich einen Aufstieg der Frauen erhofft – gerade in einem Fach, das von Frauen gern studiert wird. Seit über einem Jahrzehnt sind 45 bis 50 % der Studierenden in der Rechtswissenschaft Frauen. Im Jahr 2000 waren 46 % der Absolventen des Jurastudiums Frauen. Doch der erfreuliche weibliche Anteil der Studierendenschaft und der erfolgreich Examinierten darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass oberhalb jener Ebenen ein unaufhaltsamer Schwund der Juristinnen im Universitätsbetrieb einsetzt. Das mögen die für das Jahr 2000 und 2001 verfügbaren Zahlen der Bundesstatistik belegen:

Immerhin sind schon 39 % aller wissenschaftlichen MitarbeiterInnen und 30 % der erfolgreichen DoktorandInnen Frauen. Bei den qualifizierten AssistentInnenstellen, die bereits mit Lehraufgaben verknüpft sind, sinkt der Frauenanteil bereits auf 23 %. Nach wie vor gering ist der weibliche Anteil an den Hochschullehrerstellen: Von 1106 Professuren sind nur 90 mit Frauen besetzt. Mit einem Frauenanteil in der Gilde der Universitätsprofessoren von insgesamt 8 % ist die Luft nur in den Natur- und Ingenieurwissenschaften für Frauen noch dünner als in der Jurisprudenz.[7]

Diese Zahlen wurden lange Zeit von meinem Berliner Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität noch im Negativen übertroffen. Im 5. Bericht der zentralen Frauenbeauftragten der Universität aus dem Jahre 2002 wird lakonisch mitgeteilt, dass mit der Emeritierung von Prof. Dr. Limbach die Frauenquote in der Gruppe Professoren wieder 0 % beträgt. Aber immerhin sind im Jahre 2001 eine und im Jahr 2002 zwei Frauen habilitiert worden. Ein Lehrstuhl wurde mit einer Frau besetzt, eine Juniorprofessur für Öffentliches Recht und Gleichstellungsrecht eingerichtet und dadurch die Quote auf 8 % erhöht. Hoffnungszeichen!

4. *Ursachen und Erklärungen*

Warum entscheiden sich viel weniger Frauen als Männer für eine rechtswissenschaftliche Karriere? Warum nimmt der Frauenanteil trotz der zunehmend erfreulichen Basis-

7 Bundesamt für Statistik (Hrsg.), Statistisches Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland 2000, S. 387.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

qualifikation auf jeder höheren Qualifikationsstufe sprunghaft ab? Die treuherzige Annahme, dass es nur eine Frage der Zeit sei, bis die Frauen in die oberen Ränge der Universität nachwachsen, wird durch die Empirie nicht bestätigt. Die Zahlen der Studentinnen, Absolventinnen und promovierten Frauen steigen seit Jahrzehnten kontinuierlich an, während die Zahl der Hochschullehrerinnen nur kleine Zuwachsraten aufweist und zuweilen sogar stagniert. So hat sich zum Beispiel im Jahr 1996 unter den 44 bundesweit im Fach Rechtswissenschaft Habilitierten keine einzige Frau befunden.[8]

Die Schwierigkeiten von jungen Frauen, Berufs- und Familienwünsche miteinander in Einklang zu bringen, steigern sich offensichtlich in der Universität. Die Qualifikation der Rechtswissenschaftlerin setzt einen langen Atem voraus. Zunächst müssen das 1. und 2. juristische Staatsexamen mit Anstand gemeistert sein. Man geht gewöhnlich schon auf die Dreißig zu, wenn man sich auf das Wagnis der Promotion einlässt. Es fällt auf, dass die meisten Frauen nach der Promotion, also im Alter von Anfang bis Mitte Dreißig, ausscheiden. Das ist eine Art Schaltgrenze, wo die Frauen sowohl noch in andere Berufe überwechseln als sich auch noch für Kinder entscheiden können. „Offenbar", so Dagmar Richter, „koinzidieren Alter und Ausscheiden miteinander, indem das Alter eine kritische Grenze setzt, vor deren Überschreiten sie sich entweder für die Habilitation oder für die Familiengründung entscheiden müssen."[9]

Frauen meiden also nicht die wissenschaftliche Tätigkeit, sondern die *Rechtswissenschaft als Beruf.*[10] Das legt in der Tat den Schluss nahe, dass in der Rechtswissenschaft – jedenfalls in der Hoch-Zeit der Qualifikation – Arbeitsbedingungen herrschen, die auf traditionell männliche Lebens- und Verhaltensweisen zugeschnitten sind. Im Gegensatz zu einem angehenden Rechtsgelehrten kann sich eine qualifizierte, junge Juristin nicht darauf verlassen, dass ihr der Lebensgefährte den Rücken frei hält. Kein Wunder also, dass sie aus der Not eine Tugend macht und die Tätigkeit der Richterin vorzieht, weil die dort gebotene freiere Arbeitszeitorganisation es ihr besser ermöglicht, Familien- und Erwerbsarbeit unter einen Hut zu bringen.

Diese unterschiedlichen Ausgangsbedingungen von Männern und Frauen in der Wissenschaft werden auch dadurch belegt, dass Frauen in wissenschaftlichen Spitzenpositionen im Vergleich zu ihren männlichen Kollegen signifikant viel häufiger geschieden oder unverheiratet oder kinderlos sind.[11] Die von Familienarbeit weitgehend entlasteten Wissenschaftler, die sich voll und ganz ihrem beruflichen Fortkommen widmen können, setzen damit „einen für alle gültigen Standard", dem sich ambitionierte Frauen anpassen müssen.[12]

8 Vgl. Richter, Dagmar: Die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Vergabe und Schaffung öffentlicher Ämter in der Wissenschaft, in: Wissenschaftsrecht, Beiheft 14, Tübingen 2000, S. 5 mit Bezug auf die Professorinnen insgesamt, S. 9 mit Bezug auf die Rechtswissenschaft.

9 Vgl. ebd.

10 Ebd., S. 7.

11 So Richter unter Berufung auf eine Studie von Innen-Isemann, C./Oßwald, U., ebd., S. 11 Fn. 33.

12 So Richter unter Berufung auf eine Studie von Innen-Isemann, C./Oßwald, U., ebd., S. 11 Fn. 33, 12.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

5. *Strategien der Frauenförderung*

Es spricht für das Problembewusstsein des Wissenschaftsrats, dass er in seinen Empfehlungen zur Chancengleichheit von Frauen in Wissenschaft und Forschung gerade an diesen Erfolgshürden für die Frau ansetzt. Sein Katalog der Unterstützungs- und Fördermöglichkeiten hat Kinderbetreuungszuschläge, Teil- und Wiedereinstiegsstipendien zum Gegenstand. Überprüft werden sollten in diesem Zusammenhang jene Regelungen, die eine Anrechnung des Einkommens von Ehepartnern auf ein Stipendium vorsehen; denn häufig kommen Doktorandinnen nicht in den Genuss einer Graduiertenförderung, wenn sie mit einem erwerbstätigen Partner verheiratet sind. Die Stipendienvergabe und eine Reihe weiterer Maßnahmen, die eine Entlastung von den Familien- und Haushaltsaufgaben ermöglichen, um die Vereinbarkeit von wissenschaftlicher Qualifizierung und Familie zu verbessern, sollten künftig partner- oder familienunabhängig erfolgen. Es ist, so der Wissenschaftsrat an späterer Stelle, eine Führungsaufgabe in den Universitäten, „einen Bewusstseinswandel auf allen Ebenen zu initiieren oder zu unterstützen mit dem Ziel, bestehende starre Regeln auf ihre Sinnhaftigkeit zu überprüfen und das Bewusstsein für die tatsächlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu wecken. Dabei sollte nach Auffassung des Wissenschaftsrates von vornherein eine Verengung der Perspektive allein auf Frauen mit Kindern vermieden werden; vielmehr gilt es, Männer in gleicher Weise mit zu berücksichtigen, um auch ihnen neue Möglichkeiten zur Wahrnehmung von Familienpflichten neben Wissenschaft und Forschung zu eröffnen."[13] Eine so aufgeklärte Problemsicht wäre noch vor fünfzehn Jahren undenkbar gewesen.

6. *Lernschwierigkeiten der Jurisprudenz*

Auch die deutsche Justiz bedurfte der Nachhilfe des Bundesverfassungsgerichts, um sich von der Vorherrschaft männlicher Vollzeitarbeitsformen zu trennen. So hatte das Bundesverwaltungsgericht im Jahre 1999 noch die Frage schlicht bejaht, ob die für die Weiterbildung zur praktischen Ärztin im Hamburger Ärzte-Gesetz vorgeschriebene sechsmonatige Ausbildung in einer Praxis für Allgemeinmedizin zwingend als Vollzeittätigkeit zu absolvieren ist. Dieser auf einer Richtlinie des europäischen Gemeinschaftsrechts beruhenden Vorschrift lägen, so das Bundesverwaltungsgericht, „nachvollziehbare sachorientierte Erwägungen zugrunde"; denn diese gehe davon aus,

> „dass das volle Spektrum der einem praktischen Arzt obliegenden Aufgaben sicher nur erfasst und erlernt werden könne, wenn die Ausbildung wenigstens abschnittweise in Vollzeit erfolge."

13 Wissenschaftsrat (Hrsg.), Empfehlungen zur Chancengleichheit von Frauen in Wissenschaft und Forschung, 1998. S. 79 f.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Richtlinie beruhe auf der Erwartung, so fährt das Bundesverwaltungsgericht fort,

> „dass der praktische Arzt das soziale Umfeld seiner Patienten persönlich kennt und sie als Gesamtpersönlichkeit in Fragen der Krankheitsverhütung und des Gesundheitsschutzes berät und in geeigneter Weise behandelt. Dem liegt das Bild des Hausarztes zugrunde, der prinzipiell für seine Patienten da ist, wenn sie ihn brauchen, und dessen Einsatzbereitschaft sich nicht auf wenige Stunden am Tag beschränkt."

Dieses Bild von dem pausenlos einsatzbereiten Hausarzt dürfte weithin realitätsfremd sein. In der Tat lässt sich nicht überzeugend begründen, so treffend Giegerich/Richter, dass das Ausbildungsziel nicht auch durch eine entsprechend gestaltete Teilzeitausbildung erreichbar sei. Mangels Erforderlichkeit stellt die starre Vollzeitregelung eine ungerechtfertigte Benachteiligung der Frauen und eine Schranke der Berufszulassung dar.[14] Die EG-Richtlinie über die Ausbildung in der Allgemeinmedizin stellt eine indirekte Diskriminierung von Frauen dar. Denn „wesentlich mehr Kinder erziehende Frauen als Männer werden durch ein Vollzeiterfordernis daran gehindert, ihre Berufsausbildung abzuschließen und Zugang zum Beruf zu finden."[15]

Das Bundesverwaltungsgericht vernachlässigt diesen Zusammenhang, wenn es nur das Interesse der Klägerin erwähnt, ihre Ausbildung nach eigenen Wünschen und Bedürfnissen zu gestalten. Erst in dem Sachbericht der späteren Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts wird mitgeteilt, dass sich die Beschwerdeführerin – eine bereits approbierte Ärztin — nach der Geburt von Zwillingen wegen der dadurch erreichbaren Verkürzung ihrer Ausbildung für den Beruf der praktischen Ärztin entschieden hat.

Das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts berücksichtigt vor allem nicht, dass der Europäische Gerichtshof in Luxemburg seit langem den Anspruch auf Beseitigung der auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierungen zu den Grundrechten des Gemeinschaftsrechts zählt. Das Bundesverfassungsgericht hat daher das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts mit Kammerbeschluss vom 9. Januar 2001 aufgehoben. Denn das Bundesverwaltungsgericht hätte die Frage, ob die EG-Richtlinie über die Ausbildung in der Allgemeinmedizin mit der EG-Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Einklang stehe, dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vorlegen müssen. Ob die unterschiedliche Besetzung der Spruchkörper Einfluss auf den Prozess der Rechtsgewinnung ausgeübt hat, können wir nur vermuten.

7. *Einfluss der Frauenforschung*

Es gibt aber auch hoffnungsfreudig stimmende Gegenbeispiele, die deutlich machen, dass die Richter und Richterinnen aus der Frauenforschung und der feministischen

14 BVerwG, Urteil vom 18. 2. 1999, in: EuZW 1999, 572 ff. mit Anmerkung von Thomas Giegerich und Dagmar Richter, ebd., S. 574 f.

15 Vgl. ebd.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtskritik gelernt haben. So hat sich der Bundesgerichtshof im Jahr 2003 in dem „Haustyrannen-Mordfall" erneut mit dem Mordmerkmal der Heimtücke beschäftigen müssen. Eine Frau hatte ihren schlafenden Ehemann, der sie auf die schwerste Weise misshandelt hatte und sie und ihre Kinder um ihr Leben fürchten ließ, mit seinem Revolver erschossen. Heimtückisch mordet bekanntlich, wer einen arg- und wehrlosen Menschen tötet. Frauen vermögen wegen ihrer körperlichen Unterlegenheit ihrem männlichen Opfer nicht offen gegenüberzutreten. Sie setzen daher – wie in diesem Falle – auf das Überraschungsmoment. Heimtücke zeigt sich so als „Waffe der Schwachen".

Der Bundesgerichtshof hat die unterschiedliche Betroffenheit der Geschlechter durch dieses Mordmerkmal erkannt und seine Rechtsprechung bekräftigt, dass auch im Falle der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers im Hinblick auf „außergewöhnliche Umstände" auf eine zeitige – statt auf eine lebenslange – Freiheitsstrafe erkannt werden kann. Im Falle eines entschuldigenden Notstandes könne sogar gänzlich von Strafe abgesehen werden.[16] Die Entscheidung offenbart, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung zunehmend sensibler darauf reagiert und rechtlich flexibler berücksichtigt, wie Frauen zu Täterinnen werden.

Frauenbilder in modernen Lehrbüchern

Auch das Frauenbild in den Lehrbüchern wandelt sich mit der Zeit, wenn auch nur sehr allmählich. Ute Sacksofsky hat noch Anfang der 1980er Jahre festgestellt, dass Frauen zumeist nur im Strafrecht vertreten seien, und zwar „als Opfer, als Giftmörderin oder Anstifterin". Ihr herausgehobenster sozialer Status sei der einer Erbin oder Vermieterin gewesen.[17] Der Leserin und dem Leser wird empfohlen, beim Studium der Lehrbücher und Repetitorien künftig selbst darauf achten, ob überhaupt und welche Rolle Frauen in diesen juristischen Texten spielen. Ich habe mir zwei Examens-Repetitorien angesehen, die von Rechtsprofessoren der jüngeren Generation verfasst worden sind. In dem einen, dem allgemeinen Schuldrecht gewidmeten, treten in 54 Fallbeispielen 8 Frauen auf. Bei diesen handelt es sich um vier Ehefrauen, eine Freundin, eine Großmutter und zwei im Erwerbsleben tätige Frauen, eine Kassiererin und eine Vermieterin. Es kommt allerdings auch ein Vater im Zusammenhang mit Aufsichtspflichten bei der Kinderbetreuung vor.[18]

In dem anderen Band, der sich mit dem Allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht befasst, treten in 103 Fällen erkennbar 41 Frauen auf: unter anderem 15 Grundstückseigentümerinnen, eine Ministerin, zwei Behördenleiterinnen, eine Dekanin, der drei Beamtinnen, zwei Rechtsanwältinnen, zwei Volljuristinnen, eine Studentin sowie eine Laden- und eine Gaststätteninhaberin.[19] Mag sein, dass diesen jungen

16 Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25. 3. 2003 – Aktenzeichen 1StR 483/02. Vgl. Pressemitteilung des BGH vom selben Tage.

17 Sacksofsky, Ute: Was ist feministische Rechtswissenschaft? In: Zeitschrift für Rechtspolitik 2001, S. 412, 417.

18 Petersen, Jens: Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg 2002.

19 Uerpmann, Robert: Examens-Repetitorium Allgemeines Verwaltungsrecht, Heidelberg 2003.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Professor bei der Auswahl seines Fallpersonals auch der Umstand beeinflusst hat, dass er seinen ersten Grundkurs im Bürgerlichen Recht an der Freien Universität Berlin bei einer Professorin absolviert hat.

Die eheliche Arbeitsorganisation

Wie steht es um das Eheleitbild in der jüngeren Lehrbuch- und Kommentarliteratur? Unisono betont sie die im BGB verbriefte Autonomie der Ehegatten bei der Regelung ihrer Lebensverhältnisse. Alle Gestaltungsformen (Alleinverdienst-, Zuverdienst- und Doppelverdienerehe) stünden gleichwertig nebeneinander. Insbesondere führe die gesetzliche Regelung weder zu einer Festlegung auf die Doppelverdienerehe als verbindliches Modell noch qualifiziere es die so genannte Hausfrauenehe ab. Wacke im Münchener Kommentar gibt nach wie vor aus der Begründung des Regierungsentwurfs des 1. EheRRefG aus dem Jahre 1976 die Einsicht des Gesetzgebers wider, dass wegen des naturgegebenen Geschlechtsunterschieds die Hausfrauenehe als „in besonderer Weise ehegerecht" sei, solange Kleinkinder zu versorgen seien.[20] Adomeit hält in einem Aufsatz aus dem Jahre 1996 den Mann an sich für die Kleinkinderbetreuung (resp. „Brutpflege") gar für inkompetent. Er fragt:

> „Hand aufs Herz, Feministinnen, wer möchte denn schon, rückblickend, in seinen ersten 18 Monaten seinem Erzeuger, auch nur zur Hälfte der Betreuungszeit, ausgeliefert sein?"[21]

Gernhuber und Coester-Waltjen arbeiten dem gegenüber heraus, dass „nicht der Zwang der biologischen Unterschiede, sondern traditionelle Verhärtung" spezifisch männliche und weibliche Daseinsformen geschaffen habe. Ein Argumentieren aus der „Natur der Geschlechter" – wie sie in der gern zitierten Gesetzesbegründung anklinge – verbiete sich daher.[22] Heckelmann beklagt, dass die Durchsetzung des Gleichberechtigungsgrundsatzes – was die weibliche Erwerbstätigkeit angeht – sich vielfach zum Nachteil für die Frau ausgewirkt habe; denn die Abkehr vom Leitbild der Hausfrau führe in vielen Fällen praktisch zur Doppelbelastung der Frau. Diesen Auswirkungen eines „geänderten Bewusstseins", so Heckelmann, habe der Gesetzgeber keine rechtlichen Schranken und Leitlinien gesetzt, die solche Doppellast zu verhindern suchen. Doppelbelastete Ehemänner oder eine partnerschaftliche Gestaltung der Ehe kommen dem Autor als Alternative nicht in den Sinn. Das eher konservativ geprägte Ehebild des Verfassers verrät seine Feststellung, dass das Recht der Frau auf Erwerbstätigkeit dann zu bejahen sei, „wenn eine Frau schon vor der Ehe lange mit Erfolg berufstätig war oder ihre Betätigung auch für die Öffentlichkeit von Bedeutung" sei.[23]

20 Münchner Kommentar/Wacke, § 1356 BGB, Rdnr. 6.
21 Adomeit, Klaus: Hausarbeit: Männersache, Neue Juristische Wochenschrift 1996, 299.
22 Gernhuber, Joachim/Coester-Waltjen, Dagmar: Lehrbuch des Familienrechts, 1994, § 6 II, S. 55 f.
23 Erman, Walter/Heckelmann, Dieter: Kommentar zum BGB, 10. Aufl. 2000, Rdnr. 15 zu § 1356 BGB.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

8. Ein Appell an das weibliche Geschlecht

Dem gilt es entgegen zu halten: Der Anspruch der Frau, einen qualifizierten Beruf auszuüben, darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass sie besondere Tugenden oder Fähigkeiten einbringt oder sich schon vor der Geburt der Kinder beruflich bewährt hat. Die Frauen haben in unserem Verfassungsstaat ein selbstverständliches Anrecht, in gleicher Weise wie das männliche Geschlecht berufstätig zu sein und öffentliche Ämter zu bekleiden. Sie müssen nicht erst unter Beweis stellen, dass sie „auch ihren Mann zu stehen" vermögen. Die so genannten Softskills oder der viel gepriesene weibliche, kommunikationsfreudige Führungsstil werden im Allgemeinen dann gepriesen, wenn ein Mangel an qualifiziertem Personal besteht oder schwierige und risikoreiche Aufgaben zu vergeben sind. Wird dagegen die Arbeit knapp, wird gern die Familienarbeit verklärt, um die Frauen an den häuslichen Herd zurückzulocken. Wir werden in den vor uns liegenden Jahrzehnten in steter Folge die eine oder die andere Erfahrung machen. In jedem Falle gilt es für die Frauen, sich nicht auf eine flexible Manövriermasse reduzieren zu lassen, sondern selbstbewusst die eigenen Rechte wahrzunehmen.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verzeichnisse

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Autorinnen, Autor und Mitarbeiterinnen

Susanne Baer, Prof. Dr. jur. LL.M., Studium der Rechts- und Politikwissenschaften in Berlin und Ann Arbor/USA. 1. und 2. Staatsexamen, LL.M. 1993 in Michigan/USA, Promotion 1995 in Frankfurt a. M. („Würde oder Gleichheit?"); Habilitation 2000 in Berlin („Der Bürger im Verwaltungsrecht"); Gastprofessur Universität Erfurt, Lehrstuhlvertretung Universität Bielefeld, seit 2003 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Professur für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien, Direktorin des GenderKompetenzZentrums (www.genderkompetenz.info); Visiting Faculty CEU Budapest.

Arbeitsschwerpunkte: Vergleichendes Verfassungsrecht, Verwaltungswissenschaften, Rechtstheorie, Geschlechterstudien, Transdisziplinarität.

Sabine Berghahn, Dr. jur., Privatdozentin für Politikwissenschaft und derzeit Inhaberin einer C-2-Stelle am Otto-Suhr-Institut für Politikwissenschaft an der Freien Universität Berlin. Studium der Rechtswissenschaft in München, Erstes und Zweites Staatsexamen 1977 und 1980 in München, anschließend Mitarbeit in verschiedenen Forschungsprojekten in München und Berlin. Darauf folgte Mitarbeit in Forschung und Lehre am Otto-Suhr-Institut der FU Berlin, Gastwissenschaftlerin am Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialwissenschaft sowie Vertretungsprofessuren an der Universität Bremen (FB Rechtswissenschaft) und an der Fachhochschule Lausitz in Cottbus, Tätigkeit als Rechtsanwältin und Journalistin.

Marion Eckertz-Höfer, Vizepräsidentin des Bundesverwaltungsgerichts, dort Richterin seit 1993 (tätig u. a. im Recht der Personalvertretung, der Hochschulen und Schulen, von Rundfunk, Presse und Telekommunikation sowie im Ausländer- und Asylrecht), dort Frauenbeauftragte von 1995 bis 2001, vorher: Verwaltungschefin des schleswig-holsteinischen Frauenministeriums von 1988 bis 1993 (dessen Aufgabe es – unter Vorwegnahme des Gender Mainstreaming – war, alle Bereiche der Landespolitik auf ihre spezifische Frauenrelevanz zu überprüfen; in dieser Zeit entstand auch das dortige Landesgleichstellungsgesetz), wissenschaftliche Mitarbeiterin beim Bundesverfassungsgericht 1983 bis 1988, Richterin und Staatsanwältin in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in den Jahren 1976 bis 1988.

Valeska Falkenstein, M. A., geb. 1977 in Frankfurt a. M. Von 1997 bis 2003 Studium der Publizistik, Filmwissenschaft sowie Allgemeine und Vergleichende Literaturwissenschaft in Mainz, Stockholm und Berlin. Während des Studiums Tätigkeit als freie Journalistin, von 2002 bis 2004 stellvertretende zentrale Frauenbeauftragte der Freien Universität Berlin. Hier u. a. verantwortlich für die redaktionelle Betreuung des Wissenschaftlerinnen-Rundbriefs und der Website der zentralen Frauenbeauftragten, danach freischaffend im Kulturbetrieb. Redaktionelle Mitarbeit an diesem Buch.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Christine Fuchsloch, Dr. jur., geb. 1964, Studium in Frankfurt a. M. und Hamburg, ab 1991 Rechtsanwältin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Hamburg, seit 1993 Sozialrichterin, von 1998 bis 2001 abgeordnet als wissenschaftliche Mitarbeiterin an das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe, derzeit tätig am Landessozialgericht Berlin in einem Senat für Rentenversicherungs- und Arbeitsförderungsrecht. Seit 2001 Vorsitzende der Kommission Recht der sozialen Sicherung und Familienlastenausgleich des Deutschen Juristinnenbundes. Veröffentlichungen u. a.: „Das Verbot der mittelbaren Geschlechtsdiskriminierung", Baden-Baden 1995, Aufsätze zur Frauenförderung und zum Sozialrecht, Kommentierung des Arbeitsförderungsrechts.

Margot Gebhardt-Benischke, Dr. jur., lehrende Akademische Oberrätin an der Bergischen Universität Wuppertal auf den Gebieten Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Familienrecht, Mitbegründerin des Arbeitskreises Wissenschaftlerinnen in NRW, von 1991 bis 1999 Frauenbeauftragte der Universität, Veröffentlichungen insbesondere zum Thema Durchsetzung der tatsächlichen Gleichberechtigung im Wissenschaftsbetrieb.

Alexandra Goy, geb. 1944, Studium der Rechtswissenschaften in Freiburg, Marburg, München, Frankfurt a. M. Referendariatsstation u. a. Paris, 1974 Eröffnung eines Stadtteilanwaltsbüros mit zwei Kollegen in Kreuzberg (Schwerpunkt: politische Strafverteidigungen). 1974 Mitbegründerin des ersten Frauenhauses. 1977 Gründung eines Anwältinnenkollektivs in Berlin (rechtspolitisches Engagement zu Gewalt gegen Frauen und Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe), Mitglied des Juristinnenbundes, Mitbegründerin des Feministischen Juristinnentages, Redaktionsmitglied der Rechtszeitschrift STREIT, seit 1992 Einzelanwältin und Notarin.

Elke Gurlit, Prof. Dr. jur., Studium der Rechtswissenschaft in der einstufigen Juristenausbildung an der Universität Bremen. 1988 Promotion mit einer rechtsvergleichenden Arbeit zur „Verwaltungsöffentlichkeit im Umweltrecht". Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen, vorwiegend umweltrechtliche Fragen des Gemeinschaftsrechts und der Rechtsvergleichung. 1990 zunächst als wissenschaftliche Mitarbeiterin, dann als wissenschaftliche Assistentin an der Freien Universität Berlin. 2000 Habilitation mit einer rechtsvergleichenden Arbeit „Verwaltungsvertrag und Gesetz". Mehrere Vertretungsprofessuren, Ernennung im Frühjahr 2002 zur Universitätsprofessorin an der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz. Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, Rechtsvergleichung und Europarecht.

Forschungsschwerpunkte: Umwelt- und Wirtschaftsverwaltungsrecht sowie Fragen des Gleichstellungsrechts.

Mechthild Koreuber, geb. 1960, Studium der Mathematik, Philosophie, Geschichte und Politikwissenschaften an der Freien Universität Berlin, 1990 Abschluss als Diplom-Mathematikerin; 1990 bis 1998 wissenschaftliche Mitarbeiterin am Fachbereich Informatik der Technischen Universität Berlin, Fachgebiet Theoretische Informatik/Informatik und Gesellschaft; seit 1999 zentrale Frauenbeauftragte der Freien Universität Berlin.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Veröffentlichungen zu wissenschaftstheoretischen und mathematikhistorischen Themen, aktuell zu Emmy Noether und der Noether-Schule, sowie zu modernen Steuerungsinstrumenten an Hochschulen und zu Frauen- und Gleichstellungspolitik.

Philip Kunig, Prof. Dr. jur., geb. 1951 in Osnabrück. Von 1971 bis 1976 Studium der Rechtswissenschaft in Hamburg. Erstes und Zweites Staatsexamen 1976 und 1980, Promotion 1980, Habilitation 1985. Im Anschluss Professuren in Hamburg und Heidelberg. Seit 1988 Universitätsprofessor am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin. Mitherausgeber u. a. der Zeitschriften Archiv des Völkerrechts (geschäftsführend), Verfassung und Recht in Übersee, Natur und Recht sowie der Schriftenreihe Völkerrecht und Außenpolitik. 1992 bis 2000 Richter am Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin. 2002-2004 Dekan des Fachbereichs Rechtswissenschaft.

Forschungsschwerpunkte: Verfassungsrecht und Völkerrecht sowie Teilgebiete des Verwaltungsrechts, nationales und internationales Umweltrecht.

Jutta Limbach, Prof. Dr. jur. Dr. h. c. mult., geb. 1934 in Berlin, Studium der Rechtswissenschaft in Berlin und Freiburg. 1958 erste, 1962 zweite juristische Staatsprüfung. 1963 bis 1966 wissenschaftliche Assistentin am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin. 1966 Promotion zum Dr. jur., 1966 bis 1969 Habilitationsstipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft. 1971 Habilitation. Seit 1971 Professorin für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht und Rechtssoziologie an der Freien Universität. 1989 bis 1994 Senatorin für Justiz des Landes Berlin. 24. März bis 13. September 1994 Vizepräsidentin des Bundesverfassungsgerichts. Präsidentin des Bundesverfassungsgerichts vom 14. September 1994 bis zum 10. April 2002. Seit Januar 2002 Präsidentin des Goethe-Instituts. 1987 bis 1989 Mitglied des Wissenschaftlichen Beirats für Familienfragen beim Bundesministerium für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit. Seit 1987 Vorstandsmitglied der Gesellschaft für Gesetzgebung. Mitherausgeberin mehrerer wissenschaftlicher Zeitschriften und einer Schriftenreihe zur Gleichstellung der Frau. 1992 bis 1993 Mitglied der Gemeinsamen Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat. Ehrendoktor der Universitäten Basel, Rotterdam, York (Toronto) und des University College London.

Julie Linnert-Epple, geb. 1970 in Konstanz. Studium der Lebensmitteltechnologie an der TU (1989 bis 1996), Studium der Rechtswissenschaft an der FU Berlin (1994 bis 2002), 2002 erstes Staatsexamen. Mitarbeit in der akademischen Selbstverwaltung u. a. als Frauenbeauftragte des Fachbereichs Rechtswissenschaft der FU Berlin (1998 bis 2000). Tätigkeit als Wissenschaftliche Mitarbeiterin bei MdB Reinhard Schultz (2002), Referendarin beim Kammergericht Berlin 2002. Seit 2002 wissenschaftliche Mitarbeiterin an der FU Berlin, Lehrstuhl für Arbeits- und Sozialrecht (Prof. Dr. Jochem Schmitt), Lehraufgaben im Bereich der Ausbildung für Wirtschaftswissenschaftler im Privatrecht und Arbeitsrecht, Arbeit an der Dissertation zum Thema „Normierung der Guten Sitten". Mitarbeit bei der Organisation der diesem Buch zugrunde liegenden Ringvorlesung.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ute Mager, Priv.-Doz. Dr. jur., geb. 1962 in Kiel. Studium der Rechtswissenschaft in Kiel, Lausanne und Berlin. Erstes Staatsexamen 1988, zweites Staatsexamen 1991. 1988 bis 1990 in Teilzeit, 1991 bis 1994 in Vollzeit wissenschaftliche Mitarbeiterin, 1994 bis 2002 wissenschaftliche Assistentin am Fachbereich Rechtswissenschaft der Freien Universität Berlin. 1994 Promotion mit einer Arbeit aus dem Bereich des Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrechts („Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten"). Mitarbeit an dem von Ingo von Münch begründeten und von Philip Kunig herausgegebenen dreibändigen Grundgesetz-Kommentar, u. a. Bearbeitung des Art. 4 GG (Glaubens-und Gewissensfreiheit, Kriegsdienstverweigerung). 2002 Habilitation mit einer verfassungsrechtlichen Arbeit („Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts"). Im Anschluss Lehrstuhlvertretungen an den Universitäten Mainz, Bielefeld und Heidelberg.

Forschungsschwerpunkte: deutsches und europäisches Verfassungsrecht, allgemeines und Teilgebiete des besonderen Verwaltungsrechts.

Ursula Nelles, Prof. Dr. jur., geb. 1949 in Münster. Abitur 1968. Studium der Rechtswissenschaften in Münster; 1. Juristische Staatsprüfung (JPA Hamm) 1973; 2. Juristische Staatsprüfung (JPA Düsseldorf) 1976. Promotion (1980) und Habilitation (1990). Zulassung als Rechtsanwältin und parallel dazu Lehrstuhlvertretungen in Münster und Hamburg sowie Gastdozentur an der Katholieke Universiteit Nijmegen/NL (1990 bis 1991). 1991 Ernennung zur Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Universität Bremen; parallel dazu Lehrtätigkeit an den Universitäten Greifswald (1992) und Düsseldorf (1993/94). Seit 1994 Direktorin des Instituts für Kriminalwissenschaften der Universität Münster. Seit 1995 Mitglied im Vorstand des Deutschen Juristinnenbundes, von 1997 bis 2001 als Vorsitzende.

Forschungsschwerpunkte: Sexualstrafrecht; aktuell: Strafverfahrensrecht einschließlich Europäisierung; Wirtschaftsstrafrecht.

Konstanze Plett, Dr. iur. LL.M., geb. 1947 in Hamburg, Volljuristin, Promotion an der Universität Hamburg, Erlangung des Legum Magister an der University of Wisconsin-Madison/USA. 1980 Wissenschaftliche Referentin am Max-Planck-Institut für Privatrecht in Hamburg, 1982; am Zentrum für Europäische Rechtspolitik der Universität Bremen, unterbrochen durch einen einjährigen USA-Aufenthalt 1985/86 und Vertretungs- bzw. Gastprofessuren (mehrmals Universität Bremen und, im Winter 2000/01, Humboldt-Universität zu Berlin). Seit 2002 Sprecherin des Zentrums für feministische Studien der Universität Bremen, seit 2003 Hochschuldozentin am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen.

Arbeitsgebiete: feministische Rechtswissenschaft, Rechtssoziologie; aktuell: Konstruktion von Geschlecht durch Recht.

Beate Rudolf, Prof. Dr. jur., geb. 1964 in Köln, 1983 bis 1989 Studium der Rechtswissenschaften in Bonn und Genf, Stipendiatin der Studienstiftung des Deutschen Volkes, 1990 bis 1992 wissenschaftliche Hilfskraft am Institut für Völkerrecht der Universität

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bonn (Prof. Dr. Christian Tomuschat), 1991 bis 1994 Rechtsreferendariat in Bonn mit Stagen in Boston (Law Firm Hale & Dorr) und Straßburg (Europarat, Direktion für Menschenrechte), 1994 bis 2000 wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Universität Düsseldorf (Prof. Dr. Dr. Juliane Kokott, LL.M.), 1998 Promotion an der Humboldt-Universität zu Berlin mit einer Arbeit zum internationalen Menschenrechtsschutz, 1999 Förderpreis für Wissenschaften der Landeshauptstadt Düsseldorf, 2001 bis 2003 Lise-Meitner-Stipendiatin des Landes Nordrhein-Westfalen, 2001 bis 2002 Forschungsaufenthalt an der Tulane Law School, New Orleans; seit Oktober 2003 Juniorprofessorin für Öffentliches Recht und Gleichstellungsrecht an der Freien Universität Berlin.

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Abkürzungen

ABl	Amtsblatt
ABlEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
ÄndG	Änderungsgesetz, Gesetz zur Änderung
AVmEG	Altersvermögensergänzungsgesetz
AVmG	Altersvermögensgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGleiG	Bundesgleichstellungsgesetz
BKartA	Bundeskartellamt
BR	Bundesrat
BRDrucks	Drucksache des Bundesrates
BT	Bundestag
BTDrucks	Drucksache des Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts
CMLRev	Common Market Law Review
CONV	Europäischer Konvent
DB	Der Betrieb
DGleiG	Gleichstellungsdurchsetzungsgesetz
djb	Deutscher Juristinnenbund e. V.
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRV	Deutsche Rentenversicherung
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EC	European Community
EG	Europäische Gemeinschaften auch: Vertrag der Europäischen Gemeinschaften (Amsterdamer Vertrag)
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaften (i. d. F. vor dem Amsterdamer Vertrag)
EheRRefG	Eherechtsreformgesetz
EP	Europa-Parlament
EPL	
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FFG	Frauenfördergesetz
FrauFöV	Frauenförder-Verordnung
GA	
GBl	Gesetzblatt
GeWSchG	Gewaltschutzgesetz
GG	Grundgesetz
GGO	Gemeinsame Geschäftsordnung
GMSH	Gebäudemanagement Schleswig-Holstein
GO	Geschäftsordnung
GSiG	Gesetz über eine bedarfsorientierte Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVOBl	
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HessGlG	Hessisches Gleichstellungsgesetz
HGlG	Hamburgisches Gleichstellungsgesetz
ILO	Internationale Arbeitsorganisation
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
KVR	Kommunalverband Ruhrgebiet
LAG	Landesarbeitsgericht
LGG	Landesgleichstellungsgesetz
LVA	Landesversicherungsanstalt

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht
NZWehrR	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OLG	Oberlandesgericht
PersR	Der Personalrat
Rdnr	Randnummer
RegE	Regierungsentwurf
RGBl	Reichsgesetzblatt
Rs	Rechtssache
Rz	Randzahl
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StrRG	Strafrechtsreformgesetz
TSG	Transsexuellengesetz
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeitbeschäftigungsgesetz
UNO	Vereinte Nationen
Urt	Urteil
VBlBW	Verwaltungsblatt für Baden-Württemberg
VDR	Verband Deutscher Rentenversicherungsträger
VgRÄG	Vergaberechtsänderungsgesetz
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOL	Verdingungsordnung für Leistungen
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WP	Wahlperiode
WuW/E	Wirtschaft und Wettbewerb. Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Herausgegeben von Prof. Dr. Jutta Limbach, Prof. Dr. Heide Pfarr und Marion Eckertz-Höfer

Schriften zur Gleichstellung der Frau

Inke Jensen Band 26
Frauen im Asyl- und Flüchtlingsrecht
2003, 235 S., brosch., 42,– €,
ISBN 3-7890-8351-8

Marion Leuze-Mohr Band 25
Häusliche Gewalt gegen Frauen – eine straffreie Zone?
Warum Frauen als Opfer männlicher Gewalt in der Partnerschaft auf Strafverfolgung der Täter verzichten – Ursachen, Motivationen, Auswirkungen
2001, XXIX, 509 S., brosch., 76,– €,
ISBN 3-7890-7636-8

Annette von Kalckreuth Band 24
Geschlechtsspezifische Vielfalt im Rundfunk
Ansätze zur Regulierung von Geschlechtsrollenklischees
2000, 245 S., brosch., 45,– €,
ISBN 3-7890-6693-1

Heike Vaupel Band 22
Die Familienrechtsreform in den fünfziger Jahren im Zeichen widerstreitender Weltanschauungen
1999, 236 S., brosch., 42,– €,
ISBN 3-7890-6396-7

Franziska Vollmer Band 21
Das Ehegattensplitting
Eine verfassungsrechtliche Untersuchung der Einkommensbesteuerung von Eheleuten
1998, 270 S., brosch., 45,– €,
ISBN 3-7890-5682-0

Ute Rosenbusch Band 20
Der Weg zum Frauenwahlrecht in Deutschland
1998, 535 S., brosch., 73,– €,
ISBN 3-7890-5473-9

Imke Sommer Band 18
Zivile Rechte für Antigone
Zu den rechtstheoretischen Implikationen der Theorie von Luce Irigaray
1998, 198 S., brosch., 34,– €,
ISBN 3-7890-5383-X

Karl-Jürgen Bieback Band 17
Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts
Ihre Grundlagen im Recht der EU und ihre Auswirkungen auf das Sozialrecht der Mitgliedstaaten
1997, 251 S., brosch., 44,– €,
ISBN 3-7890-4957-3

Nomos
sabine.horn@nomos.de

https://doi.org/10.5771/9783845258645 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND