

Gleichheit von einer Reihe von Aktivitäten begleitet werden, die geeignet sind, die von einer Frauenkultur entworfenen Werte zur Geltung zu bringen und fruchtbar zu machen. Sonst fällt der Zugang zur Gleichheit in eine einfache Wiederholung des Gleichen zurück.

Das Bewußtsein dieses Protagonismus führt dazu, sich von den etablierten Modellen freizumachen, denn die Frauen, die den Weg zu ihrer Identität gegangen sind, bringen neue Zeichen, Konzepte und Perspektiven mit. So ist heutzutage die Beziehung der Frauen zum Wissen einer der interessantesten Forschungsbereiche.

Übrigens, auch darin kommt die wirkliche Staatsbürgerschaft zum Ausdruck.

In einem Moment der Geschichte, wo die Staatsbürgerschaft auf eine entfernte und sporadische Teilnahme an den Staatsangelegenheiten reduziert ist, ist es wesentlich, daß sie von der Identität und vom Protagonismus bereichert wird, in dem die Identität sich gesellschaftlich manifestiert.

Der Protagonismus der Frauen als Konsequenz und Bedingung ihres Zugangs zur Gleichheit hat eine für Europa und die Welt sehr wichtige politische Folge.

Frauen können entscheidende Elemente eines Europas der Beteiligung aller werden.

Sie haben von Anfang an den Zugang zur europäischen Staatsbürgerschaft. Denn wir sollten nicht vergessen – für Frauen ist die nationale Staatsbürgerschaft ein ziemlich neues Phänomen: diese Etappe ist bloß einige Jahrzehnte alt!

In der aktuellen Debatte ist ein Aspekt klar: wir sind noch sehr weit von einer wirklichen Staatsbürgerinnenschaft entfernt. Ich bin der festen Überzeugung, daß Frauen sich diesen neuen Status und das, was daraus folgt, aneignen können.

Konkrete Bedingungen sind notwendig:

- a) Eine Demonstration der Zugehörigkeit als höchstpersönliche Entscheidung;
- b) Die dazu notwendigen Instrumente zu finden (informelle Kontakte, Reisen, Netze, Gruppen).

Dadurch, daß Frauen ihre Identität behaupten, plädieren sie für die vielfältige Identität aller Völker dieses Kontinents.

Sie können vor allem da den wesentlichen Charakterzug der Geschichte und der Kultur Europas hervorbringen: Die Öffnung gegenüber anderen, oder mit politischen Worten, das Europa der Großzügigkeit zu bauen, das in der Lage sein wird, die jetzigen Ereignisse anzugehen und ein fester Partner der Völker anderer Kontinente zu sein.

*Übersetzung aus dem Französischen: Christelle Petite
unter Mitarbeit von Dagmar Oberlies*

Mit freundlicher Genehmigung des Herausgebers der Konferenzdokumentation, Prof. Michel Verwilghen.

Sabine Platt

Feministische Rechtswissenschaft zwischen Gleichheit vor dem Gesetz und Differenz der Geschlechter¹

Der vorliegende Text will ein Spannungsfeld beschreiben, das von zwei Wegen aus beschritten werden kann.

Der eine wird von (herkömmlicher) Rechtswissenschaft einschließlich dogmatisch-juristischer Arbeit gebildet, so daß es (auch) um die Frage geht, wie angesichts der existierenden Rechtsnormen in bestimmten Einzelfällen konkrete Ergebnisse „gefunden“, „hergeleitet“ und „begründet“ werden.

Der andere Zugang besteht aus feministischer Theorie verschiedener Disziplinen, z.B. der Philoso-

phie, Wissenschaftstheorie, Sozial- und Literaturwissenschaften, wobei die Übergänge angesichts des verbreiteten Anspruchs feministischer Theorie auf Interdisziplinarität fließend sind. Maßgebliche Bezugspunkte sind hier die in den letzten Jahren geführten Diskussionen um Ansätze zur Geschlechterdifferenz, die u.a. auf der Erfahrung der praktischen Unzulänglichkeiten sowie dem Erkennen der theoretischen Einseitigkeiten und Grenzen klassischer Gleichheitskonzeptionen beruhen.

Im folgenden möchte ich auf der Basis dessen, was feministische Jurist(I?)innen bislang getan haben, vor allem den Versuch unternehmen, die grundlegenden Dilemmata aufzuzeigen, in denen ich mich immer dann wiederfinde, wenn ich probiere, das, was ich als „juristisches Handwerkszeug“ gelernt habe, und die Erkenntnisse feministischer Theorie zusammen und

¹ Der Aufsatz entspricht im wesentlichen einem Vortrag, den die Verfasserin im Februar 1993 auf der Tagung „Feministische Perspektiven in der Kriminologie“ in Saarbrücken und ähnlich im Mai 1993 auf dem 19. Feministischen Juristentag in Frankfurt am Main gehalten hat. Der Text erscheint Mitte 1994 ebenfalls in: Das Geschlechterverhältnis in der Kriminologie (= 5. Beiheft zum Kriminologischen Journal).

gleichzeitig zu denken. Vielleicht lassen meine Überlegungen aber auch erste (Aus-)Wege erahnen, wie es weitergehen könnte. Mein Beitrag versteht sich in erster Linie als Diskussionsgrundlage, die an vielen Stellen noch auf Hypothesen oder Fragen angewiesen ist.

Entscheidend erscheint mir jedoch zu lernen, die Widersprüchlichkeiten und Paradoxien unserer Welt nicht nur ständig als deren konstitutives Element zu benennen, sondern zu versuchen, sie als notwendigen Bestandteil auch des eigenen Tuns aufzufassen, sie theoretisch auszuhalten und sie nicht – ob dialektisch oder nicht – auflösen zu wollen.

Unter „Feministischer Rechtswissenschaft“ verstehe ich (bei Betonung der Vorläufigkeit, Unzulänglichkeit und notwendigen Veränderbarkeit derartiger Festschreibungen) eine Beschäftigung mit Rechtsfragen auf verschiedenen Ebenen, die den Blick auf den blinden Fleck „Frau“ richtet, ihn darauf wendet, an welchen Stellen und auf welche Weise Frauen im Recht (nicht) vorkommen, welche Vorstellungen von Frauen, Männern sowie dem Geschlechterverhältnis dem Recht und seiner Anwendung immanent sind und/oder von diesem (mit-)produziert werden.

Anstrebenswert ist es zudem, über die Berufung auf eine (wie auch immer geartete) Kategorie „Frau“ die hiermit einhergehende Problematik nicht zu vergessen, sondern mitzureflectieren und zu berücksichtigen: Die Schwierigkeit besteht – verkürzt – darin, daß eine derartige Bezugnahme zum einen vorgibt zu wissen, was „Frauen“ sind und wovon sie sich von „Männern“ unterscheiden, zum anderen, bei einer solchen Vorgehensweise die Differenzen unter Frauen zu leicht in Vergessenheit geraten.

Gleichheit vor dem Gesetz?

Will frau (oder mann) feministische Rechtswissenschaft dieser Art betreiben, ist sie zunächst mit dem Gedanken der Rechtsgleichheit, unter der Geltung des Grundgesetzes zusätzlich mit dem Gleichberechtigungsgrundsatz konfrontiert.

Die derzeitige Rechtslage zu Art. 3 GG läßt sich dahingehend zusammenfassen, daß die vom Grundgesetz postulierte Gleichheit aller – durchaus individuell als verschieden wahrgenommener – Menschen *als Menschen* von einem Bild des Menschen ausgeht, das pauschal betrachtet mit dem Mann-Sein identisch ist.² Daher ist es stets die Frau, deren Besonderheit festgestellt wird, wenn (neben dem heute in den meisten Bereichen geltenden formal egalitären Recht) geschlechtsspezifische Unterscheidungen für

zulässig gehalten werden. Die Beschreibung ihrer Differenz wird hierbei regelmäßig entlang der Betonung ihrer eigenartigen Körperlichkeit vorgenommen oder es wird – in „frauenfreundlicheren“ Meinungen³ oder Entscheidungen⁴ – ihre besondere gesellschaftliche Lage als Mangel beschrieben, den es orientiert am Maßstab des Mannes auszugleichen gilt.

Die meines Wissens einzigen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, für die dies nicht zutrifft, betreffen die Frage der Strafbarkeit der Homosexualität unter Männern und bestätigen insofern die These, daß dem Grundgesetz nicht ein tatsächlich universelles Menschenbild, sondern ein inhaltlich bestimmtes Normbild zugrunde liegt.⁵

In gleicher Weise ist auch das Strafgesetzbuch überwiegend in männlicher Sprache – vorgeblich geschlechtsneutral – formuliert. Doch es gibt einige Ausnahmen, die die zum Grundgesetz genannten Befunde bestätigen.

Frauen werden explizit wahrgenommen in § 177 StGB (Vergewaltigung), anderen Bestimmungen, die den „außerehelichen Beischlaf“ erwähnen (§§ 179 II, 182 StGB), in § 217 StGB (der Tötung eines nichtehelichen Kindes durch die Mutter in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dessen Geburt), den allzu bekannten §§ 218 ff. StGB

3 Exemplarisch Vera Slupik, Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis, Berlin 1988.

4 Zum Beispiel der Entscheidung des BVerfGs zur Zulässigkeit des für Frauen vorgezogenen Altersruhegeldes (abgedruckt u.a. in: STREIT 1987, S. 52-57). Dabei hält das BVerfG selbst in dieser Entscheidung, in der es die Kompensation erlittener Nachteile durch die Anordnung sozialstaatlich motivierten typisierenden Ausgleichs für zulässig erachtet, diese Nachteile für „im Kern auf die Funktion oder jedenfalls die mögliche Stellung weiblicher Versicherter als Ehefrau und Mutter, also auf biologische Umstände“ zurückführbar (a.a.O., S. 57). Ohne daß ich die Diskussion hierzu an dieser Stelle aufnehmen kann, sei darauf hingewiesen, daß die Entscheidung z.B. von Vera Slupik (a.a.O., Anm. 3, S. 93 f.) als die Grundsätze des Art. 3 GG verkennend kritisiert wird.

5 vgl. BVerfGE 6, S. 389-443; 36, S. 41-46.

2 Vgl. Andrea Maihofer, Gleichheit nur für Gleiche?, in: Differenz und Gleichheit. Menschenrechte haben (k)ein Geschlecht, hrsg. v. Ute Gerhard / Mechthild Jansen / Andrea Maihofer / Pia Schmid / Irmgard Schultz, Frankfurt a.M. 1990, S. 351-367.

sowie den §§ 236, 237 StGB (der Entführung mit und gegen den Willen der Entführten zur Vornahme außerehelicher sexueller Handlungen). Dabei sind die zuletzt genannten Vorschriften im Hinblick auf weibliche Rechte ohnehin völlig anachronistisch, weil ein Verfolgungshindernis eintritt, wenn der Täter die Frau heiratet (§ 238 StGB).

Auch hier wieder erfolgt die Sichtbarmachung der Frau entlang ihrer Körperlichkeit, die zudem mit ihrer Sexualität oder ihrer Fähigkeit zur Fortpflanzung identisch zu sein scheint.

Vergleichbare Vorschriften für Männer (wiederum – noch – mit der bereits genannten Ausnahme der Homosexualität, § 175 StGB) finden sich nicht. Für den Mann ist demnach *seine* geschlechtliche Besonderheit nicht erwähnenswert, etwas, von dem zumindest das Recht meint, absehen zu können. Sie ist zwar als strukturierendes Prinzip unserer Gesellschaft ständig präsent, bedarf aber gerade deshalb keiner ausdrücklichen Benennung, sondern muß im Gegenteil verborgen bleiben, um den Schein der Universalität nicht zu gefährden.

Selbst die zuletzt gemachte Aussage läßt sich mit einer Norm des Strafgesetzbuchs dokumentieren, auch wenn die Existenz dieser Vorschrift nicht kausal auf diesen Aspekt zurückführbar ist. Die einzige weitere Bestimmung im StGB, die sich explizit an nur eines der beiden Geschlechter richtet, findet sich in § 183 Abs. 1 StGB, der allein für Männer die Vornahme exhibitionistischer Handlungen unter Strafe stellt und damit die Unsichtbarkeit des Phallus fordert.⁶

Kritik an der Markierung allein der Frau über ihren Körper und ihre Geschlechtlichkeit kann aber weder bedeuten, diese Vorschriften (mit Ausnahme der §§ 175, 218 StGB) ohne weiteres streichen, noch auf den Bezug zur besonderen Leiblichkeit von Frauen *und* Männern verzichten zu wollen. Ein Einfordern einer *beide* Geschlechter umfassenden Abstraktion vom Körper würde nämlich die herrschende „männliche“ Ordnung lediglich perpetuieren, da diese als eines ihrer wesentlichen Strukturelemente die Möglichkeit der Reduktion auf ein körperloses Subjekt des Menschen-Mannes behauptet, die es gerade in Frage zu stellen gilt.

Wie eine *andere* als die derzeitige Berücksichtigung der unterschiedlichen Körper von Frauen und Männern und ihrer jeweiligen spezifischen Erfahrungen und Ausdrucksweisen aussehen könnte, und ob dies innerhalb des (geltenden) Rechts überhaupt möglich und wünschenswert ist, ist bislang noch völlig ungeklärt. Doch halte ich es für eines der

schwer zu bewältigenden Probleme feministischer Theorie, ob und wie es ihr gelingen kann, gerade *nicht* auf die Bezugnahme auf den Körper zu verzichten, ohne (auch nicht implizit) in Biologismen zu verfallen. Ich tendiere im Moment dazu, hier einen zwar immer mitzudenkenden und zu benennenden, aber nie detailliert zu explizierenden „sehend-blinden“ Fleck feministischer Theoriebildung anzunehmen: Es geht mir darum, die vielfältigen Wichtigkeiten des Körpers für unser gesamtes Denken, Fühlen und Handeln zu berücksichtigen, sie aber gerade nicht in Worte oder gar rechtliche Normen fassen zu wollen. Wie dies konkret aussehen könnte, muß dabei zunächst offen bleiben und Gegenstand weiterer Überlegungen und Diskussionen sein. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß der Körper stets (auch) Nicht-Sagbares enthält, so daß seine Hineinnahme in juristische und/oder wissenschaftliche Denkformen zugleich seine Auslöschung *als Körper* bedeuten würde. Hiermit soll nicht durch die Hintertür wieder eine biologische Konstante eingeführt, sondern auf die spezifischen Erfahrungen, Ausdrucksweisen und -formen des Körpers hingewiesen werden, die sich nicht bruchlos in unsere Wort-Sprache „(rück-)übersetzen“ lassen.⁷

Differenz der Geschlechter?

Im Rahmen der feministischen Theorie-Diskussion um Gleichheit und/oder Differenz ist m.E. davon auszugehen, daß zur Zeit in unserer Gesellschaft eine geschlechtsspezifische Differenz zwischen Frauen und Männern besteht, die es erlaubt, bestimmte Eigenschaften, Sichtweisen, Erfahrungen, Lebenschancen und -realitäten dem Begriffspaar „weiblich“ / „männlich“ zuzuordnen.

Sowohl die in dieser Gegenüberstellung mit „Frauen“ bzw. „Männern“ verbundenen Inhalte und Zuschreibungen als auch die binär strukturierte Geschlechterdifferenz selbst sind dabei – und zwar in den Varianten „sex“ *und* „gender“, – als sozial und kulturell konstruiert und produziert zu verstehen. Sie können nicht unabhängig von der jeweiligen historischen und soziokulturellen Situation gedacht und nicht auf eine vorgesellschaftliche „Natur“ zurückgeführt werden, da jede uns vorstellbare Wahrnehmung der (zwei) Geschlechter immer schon sozial produziertes Wissen darstellt.⁸

6 Siehe z.B. Karl Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 20. Aufl., München 1993, § 183, Rdn. 2, der daraufhinweist, daß als Verstoß gegen § 183 Abs. 1 StGB „nur das Vorweisen des männlichen Gliedes in Frage kommt“.

7 Vgl. zur Bedeutung der „passive(n) Dimension“, dem „Spüren des eigenen Leibes“ Gesa Lindemann, Die leiblich-affektive Konstruktion des Geschlechts, in: Zeitschrift für Soziologie 1992a, S. 330-346 und dies., Das soziale Geschlecht unter der Haut, in: Mitteilungen aus der kulturwissenschaftlichen Forschung 1992b, S. 68-82.

8 Vgl. ausführlicher und mit weiteren Nachweisen Regine Gildemeister / Angelika Wetterer, Wie Geschlechter gemacht werden, in: TraditionenBrüche, hrsg. v. Gudrun-Axeli Knapp / Angelika Wetterer, Freiburg 1992, S. 201-254, S. 210 ff.

Bezüglich der Version „gender“ – der Geschlechtsidentität – gehört dies zum gesicherten Wissensbestand feministischer Theorie.

Die Arbeiten von Barbara Duden und Thomas Laqueur zeigen jedoch, daß auch das, was wir als weibliche und männliche Körper („sex“) wahrnehmen, nicht „natürlich“ oder „real“ einfach existiert, sondern daß bereits unsere Sicht- und Erfahrungsweisen der geschlechtlich verschiedenen Körper Resultat bestimmter kultureller Vorannahmen ist. Erst im Verlauf des 18. Jahrhunderts wurde das sog. „Ein-Geschlecht-Modell“, in dem Frauen als eine – wenn auch mindere – Art Mann betrachtet wurden, durch das bis heute bestimmende „Zwei-Geschlecht-Modell“ verdrängt, das zwei unvergleichbare und entgegengesetzte Körper postuliert.⁹ Aus hierarchischen Unterschieden entlang einer Achse wurde so – und zwar gerade *nicht* als bloße Folge naturwissenschaftlichen Fortschritts – die binäre Opposition Frau/Mann.¹⁰

Dieses Wissen um die Konstruktion der Geschlechter und des Geschlechterverhältnisses oder anderer Ordnungen, z.B. der Sortierung der Frauen in lesbisch, hetera und allenfalls noch bisexuell, ist einerseits sehr folgenreich. Es stellt im Grunde sämtliche Wahrnehmungsraster, die wir zur Verfügung haben, in Frage und legt sie in ihrer kulturellen Bedingtheit offen; schließlich wären völlig andere „Ordnungen der Dinge“¹¹ ebenso vorstellbar, die etwa nach den sich morgens-, mittags-, abends- oder nachts-Liebenden unterscheiden oder gar nicht auf Sexualität abstellen. Insofern sind diese Theorien sehr befreiend, weil sie eine Distanz zu den Schubladen, die das Denken so einfach machen und doch immer fehl gehen, ermöglichen.

Andererseits führt diese Erleichterung letztlich sehr viel weniger weit als manche LeserInnen nun hoffen (oder befürchten) werden. Der Verzicht auf Biologisierung sowie auf Ontologisierung und Essentialisierung der Differenz bedeutet nämlich weder, daß diese völlig unabhängig von dem besteht, was wir als weibliche und männliche Körper wahrnehmen, noch, daß die damit verbundenen Inhalte (so kontingent sie historisch betrachtet auch erscheinen mögen)¹² ohne weiteres abstreifbar und veränderbar wären.

Denn „hinter“ der Konstruktion wartet nicht etwa der „wahre, universelle Mensch“, sondern schlicht *nichts*, das unserer Wahrnehmung und Artikulation offen stünde. Zudem sind wir Teil dieser Kultur, und die allgemein übliche Sicht auf die zweigeschlechtliche Welt ist derart in uns und unseren Körpern verwurzelt, daß es nahezu unausführbar erscheint, anders auf menschliche Körper zu sehen.¹³ Deshalb ist es nicht realisierbar, diese Konstruktionen vergleichbar dem, was einmal in ähnlich fragwürdiger Weise „falsches Bewußtsein“ genannt wurde, im Wege einer Ideologiekritik einfach abzulegen und durch passendere Arrangements zu ersetzen.¹⁴ Außerdem handelt es sich selbst dann, wenn es nicht nur denkmöglich, sondern auch tatsächlich vorfindbar ist, daß die die Kategorien „weiblich“/„männlich“ füllenden Inhalte oder Situationen bei Personen des anatomisch anderen Geschlechts auftreten können, doch um Erfahrungen und Sichtweisen, die – bezogen auf das, was Frau „weiblich“ nennen kann – typischerweise und vor allem bei Frauen anzutreffen sind (entsprechendes gilt für „Mann“: „männlich“).

Hier sei nur an einzelne Aspekte erinnert, z.B. die Darstellung von Frauen in der Werbung, Formen sexueller Belästigung und Gewalt gegenüber Mädchen und Frauen, die beruflichen (Aufstiegs-)Chancen von Frauen oder die (immer noch) primäre Zuständigkeit von Frauen für die sog. „Beziehungsarbeit“ in heterosexuellen Liebesbeziehungen.

Die Differenz der Geschlechter wird aber ebenfalls in anderen Auffassungen, z.B. von Moral und Gerechtigkeit, sichtbar. So hat die amerikanische Psychologin Carol Gilligan in ihrem Buch „Die andere Stimme“¹⁵ herausgearbeitet, daß der (nicht an ein Geschlecht gebundenen!) „weiblichen Stimme“ bei der Definition, der Entscheidungsfindung und -begründung moralischer Konflikte eine *andere* als die herkömmliche, vorgeblich geschlechtsneutral und universal geltende Sichtweise zugrunde liegt. Sie konstatiert die „Unterscheidung von zwei Moralkonzepten, einer weiblichen Ethik der Zuwendung und Verantwortung und einer männlichen Moral der Rechte“.¹⁶ In dem Bremer Projekt „Durchsetzungs-

13 Vgl. auch Gesa Lindemann (a.a.O. 1992b, Anm. 7).

14 In dem zuletzt genannten Punkt – der Änderung derzeitiger Geschlechtsidentitäten – halte ich das zur Zeit verbreitete rezipierte und diskutierte Buch von Judith Butler (Das Unbehagen der Geschlechter, Frankfurt a.M. 1991) für viel zu optimistisch und sehr problematisch, weil es eben nicht so leicht möglich ist, das ästhetische Konzept der Vielfältigkeit von Geschlechtsidentitäten ins Politische zu übertragen. Eine detailliertere Auseinandersetzung mit ihren Thesen ist jedoch an dieser Stelle nicht möglich.

15 Carol Gilligan, Die andere Stimme, 3. Aufl., München 1988.

16 Ute Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung, München 1990, S. 208 mit Nachweisen zur Diskussion um Carol Gilligans Thesen, Fn. 53, S. 244.

9 In neueren Arbeiten der Biologie scheint sich die Binarität wieder zugunsten eines Kontinuums von Unterschieden aufzuweichen; Nachweise bei Regine Gildemeister / Angelika Wetterer (a.a.O., Anm. 8, S. 209 f.).

10 Vgl. Barbara Duden, Geschichte unter der Haut, Stuttgart 1987; Thomas Laqueur, Auf den Leib geschrieben: die Inszenierung der Geschlechter von der Antike bis Freud, Frankfurt a.M./New York 1992.

11 In Anlehnung an den deutschen Titel von Michel Foucault: Les mots et les choses, 1966; dt.: Die Ordnung der Dinge: eine Archäologie der Humanwissenschaften, Frankfurt a.M. 1974.

12 S.: Regine Gildemeister / Angelika Wetterer (a.a.O., Anm. 8).

chancen gleichen Rechts für Frauen“ gelangten Ute Gerhard und Rüdiger Lautmann zu hiermit im wesentlichen übereinstimmenden Ergebnissen.¹⁷

Für den an dieser Stelle zu erörternden Kontext ist dabei weder die inhaltliche Bestimmung dieser Wertmaßstäbe und -vorstellungen noch die Diskussion darüber entscheidend, welche der beiden Anschauungen als „besser“ oder „schlechter“ anzusehen ist. Neben der Kritik am herrschenden monistischen Universalismus, die u.a. aus dem Wissen um derart verschiedene Moralen resultiert,¹⁸ ist vielmehr von Interesse, daß sich auch hier exemplarisch das zeigt, was als „weibliche Differenz“ beschreibbar ist.

Diese, nicht biologische, sondern historisch, sozial und kulturell zu verstehende Differenz aber wird vom geltenden Recht durchgängig nicht oder aus „männlicher“ Perspektive – und damit regelmäßig in einem zu Lasten von Frauen hierarchischen Verhältnis – repräsentiert.

(Unzählige) Beispiele hierfür finden sich in den verschiedensten Bereichen des Rechts und werden seit Jahren (nicht nur) von feministischen Juristinnen diskutiert und kritisiert.

Auf der Gesetzesebene kann exemplarisch an die Strafflosigkeit der Vergewaltigung in der Ehe als Ver-

gewaltigung oder an die Verjährungsregeln bezüglich sexuellen Mißbrauchs erinnert werden. Aber auch das zunächst geschlechtsneutral erscheinende Mordmerkmal der „Heimtücke“ enthält – überspitzt ausgedrückt – die gesetzgeberische Wertentscheidung, daß eine Tötung im Kampf zweier männlicher Krieger oder im offenen Duell weniger strafwürdig ist als die vom Opfer unbemerkt vorgenommene heimliche Tötung. Diese bereits gesetzlich vorgegebene Qualifikation der „heimtückischen“ Tötung als Mord im Sinne des § 211 StGB (und nicht Totschlag, § 212 StGB) wird durch die derzeitige Auslegung der herrschenden Meinung noch weiter zu Lasten von Frauen verschärft.¹⁹ Die Konsequenz ist, daß Frauen, die als körperlich schwächerer Part zur Überwältigung des Stärkeren oft auf Heimlichkeit „angewiesen“ sind, dieses Mordmerkmal signifikant häufiger erfüllen als Männer.²⁰

Ein weiteres Beispiel auf der Ebene der Auslegung ist die sog. sozialetische Einschränkung des Notwehrrechts unter Ehegatten, aufgrund derer es einer Ehefrau zugemutet wird, leichte Körperverletzungen hinzunehmen, ohne daß sie sich auf das volle Notwehrrecht berufen kann, das anderen Personen in vergleichbaren Situationen zusteht.²¹ Auch die häufige Annahme eines minder schweren Falles der Vergewaltigung in „Liebes(?)“beziehungen zwischen Täter und Opfer ist hier einzuordnen.²²

Schließlich ist auf Fälle im Bereich der Beweiswürdigung hinzuweisen:²³ So wird ein Ehemann, der „seine“ Frau auf brutalste Weise tötet, unter Umständen gerade nicht wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts (§§ 212, 211 StGB) verurteilt, wenn er die Frau schon viele Male vorher geschlagen und mißhandelt hatte, ohne daß sie gestorben war. Dann nämlich kann ihm evtl. nicht mit einer für das zuständige Gericht ausreichenden Sicherheit nachgewiesen werden, daß er dieses eine Mal den Tod der Frau für möglich hielt, so daß die Annahme von (bedingtem) Tötungsvorsatz ausscheidet und lediglich eine Bestrafung wegen Körperverletzung mit Todesfolge (§ 226 StGB) in betracht kommt. In dem umgekehrten Fall – der Tötung eines gewalttätigen Ehemannes durch die Frau – ist demgegenüber der

17 Ute Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung, München 1990; Rüdiger Lautmann, Die Gleichheit der Geschlechter und die Wirklichkeit des Rechts, Opladen 1990. Weitere MitarbeiterInnen am dem Bremer Projekt waren Carola Schumann, Inge Negt, Christina Bührmann und Rainer Metz (vgl. Ute Gerhard, a.a.O., S. 240, Fn. 8). Zur Kontroverse zwischen Ute Gerhard und Rüdiger Lautmann vgl. Monika Frommel, Feministische Rechtskritik und Rechtssoziologie – Rekonstruktion eines disziplinären Mißverständnisses, in: Kritische Justiz (KJ) 1993, Heft 2, S. 164-178 und Margaretha Sudhof, Rezension zu Ute Gerhard (a.a.O.) und Rüdiger Lautmann (a.a.O.), in: Kritische Justiz (KJ) 1993, Heft 2, S. 253-258; zur Kritik an Rüdiger Lautmann s.a. Sabine Platt, Rezension zu Rüdiger Lautmann (a.a.O.), in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie (ARSP) 1992, S. 422-424, Anm. S. 560.

18 Andrea Maihofer, Ansätze zur Kritik des moralischen Universalismus, in: Feministische Studien 1988, Heft 1, S. 32-52.

19 Vgl. hierzu Ilka Junger, Geschlechtsspezifische Rechtsprechung beim Mordmerkmal Heimtücke, in: STREIT 1984, S. 35-42; Dagmar Oberlies / Rosemarie Giesen, Die männliche Regel und ihre Unanwendbarkeit auf Frauen, STREIT 1986, S. 15-18, S. 50-54.

20 Vgl. z.B. die Ergebnisse bei Dagmar Oberlies, Der Versuch, das Ungleiche zu vergleichen, in: Kritische Justiz (KJ) 1990, S. 318-331, S. 325.

21 Theodor Lenckner, in: Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch: Kommentar, 24. Aufl., München 1991, § 32, Rdn. 53; best.

22 Ders., ebd., § 177, Rdn. 18.

23 Die folgenden Beispiele sind ausführlich dargestellt bei Dagmar Oberlies (a.a.O., Anm. 20).

Nachweis von *dolus eventualis* sehr viel leichter möglich, besonders falls die Frau sich nie zuvor gewehrt hat und/oder sich zusätzlich einer Waffe, z.B. eines Messers bedient.²⁴

Diese und andere Beispiele dokumentieren unabhängig von einer Bewertung der erzielten Ergebnisse und der Tatsache, daß sie auch in der juristischen Diskussion nicht unumstritten sind, daß das egalitär formulierte Recht den Lebenskonflikten von Frauen häufig nicht adäquat – d.h. nicht entsprechend *ihren* Vorstellungen, Werten und Lebenswirklichkeiten – Rechnung trägt.

(Aus-)Wege feministischer Rechtswissenschaft?

Das zuvor skizzierte Feld steckt auch den Rahmen ab, innerhalb dessen feministische Rechtswissenschaft im Sinne der eingangs gewählten Definition zu situieren ist. Dabei ist es m.E. möglich, (mindestens) fünf verschiedene Ebenen der Beschäftigung mit Recht und Rechtsfragen zu unterscheiden.

Doch auch wenn sich die im folgenden darzustellenden Ebenen bzw. die Grundlagen feministischer Theorie, auf die sie sich beziehen, historisch nacheinander entwickelt haben und immer ausgefeilter und differenzierter geworden sind, ist ein *prinzipieller* Vorrang der neueren (wie der älteren) Ansätze zu bestreiten. Vielmehr ist es sinnvoll und notwendig, je nach Kontext auf allen, ohnehin nur idealtypisch unterscheidbaren Ebenen (auch gleichzeitig) zu denken und sich zu artikulieren und nicht einem letztlich auch „männlichen“ Fortschrittsmythos zu verfallen.

(1) Die nicht defizitäre Frau

Bei einer feministischen Annäherung an das Recht ist zunächst die seit Beginn von Frauenforschung und feministischer Wissenschaft erhobene Forderung wesentlich, das Thema „Frau“ aus „Frauensicht“ in die (Rechts-)Wissenschaft einzubringen. Hier geht es darum, die Geschlechtsblindheit weiter Teile der Rechtswissenschaft aufzuzeigen und dem „Thema: Frau“ überhaupt Relevanz zuzusprechen. Ist dies, wie z.B. in der Kriminologie, bereits geschehen, gilt es, die Perspektive Cesare Lombrosos und seiner vielfältigen Nachfolger, die Frauen lediglich als defizitäre oder inferiore Ausgabe des „eigentlichen“ Menschen „Mann“ wahrnehmen können, zu rekonstruieren und zu kritisieren sowie demgegenüber eigene Fragestellungen und Standpunkte zu entwickeln.

Diese Themenstellungen bilden das Fundament dessen, was auf den weiteren Ebenen entfaltet und wieder in Frage gestellt werden wird. Bezugspunkt ist

dabei die Sicht „der“ Frau, die an dieser Stelle als spezifisch weibliche, (allen) Frauen gemeinsame Erfahrung postuliert wird, auch wenn sie nur unvollständig mit dem konkreten Erleben „der“ Frauen übereinstimmt oder übereinstimmen muß.

(2) Defizite *im* juristischen Diskurs

Auf einer nächsten Ebene ist es vorstellbar, *innerhalb* des juristischen Diskurses Unstimmigkeiten, Diskrepanzen und Wertungswidersprüche aufzuzeigen, um mit den klassischen Methoden der Auslegung und Subsumtion andere Ergebnisse zu erzielen. Dies ist nicht nur möglich, sondern in der juristischen Praxis unabdingbar und wird von Juristinnen und Juristen (auch in der Wissenschaft) ständig praktiziert. Hintergrundfolien sind damit stets der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz sowie die Akzeptanz des rechtlichen Systems als Ganzes. Auf dieser Basis können – wenn auch nur langsam und an vereinzelt Stellen – Rechtsfortschritte für Frauen herbeigeführt werden.

Zur Illustration möchte ich mich auf einen Aufsatz mit dem Titel „Der irrtumsgeneigte Vergewaltigungstäter“ beziehen.²⁵ Günter Jerouschek untersucht in diesem Beitrag die in der Gerichtspraxis häufigen Fälle einer angeklagten Vergewaltigung, in denen zwar der vom Täter gewaltsam (oder „durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben“) erzwungene Geschlechtsverkehr für erwiesen erachtet wird, das Gericht aber meint, nicht die für eine Verurteilung ausreichende Sicherheit dahingehend erlangen zu können, daß der Angeklagte nicht irrig von einem Einverständnis der Frau ausging. Die Folge ist dann ein (in dubio pro reo) aufgrund Vorsatzmangels erfolgreicher Freispruch. Günter Jerouschek leitet nun dogmatisch überzeugend her, daß in jedem Fall einer Vergewaltigung gesetzeseinheitlich eine körperliche Mißhandlung liegt. Das aber bedeutet, daß immer dann, wenn in derartigen Fällen dem Täter der Irrtum als fahrlässig verschuldet vorzuwerfen ist – d.h. wenn er im Grunde den entgegenstehenden Willen der Frau hätte erkennen können und müssen –, es zu einer Bestrafung nach § 230 StGB (Fahrlässige Körperverletzung) kommen müßte; diese Konsequenz wird jedoch von den Gerichten (zumindest bislang) nicht gezogen.

Trotz aller Sympathie und Wertschätzung für die von Günter Jerouschek entwickelte Position und der nachdrücklichen Forderung an die Gerichte, sie in ihre justitielle Praxis umzusetzen, offenbart dieses Beispiel aber zugleich die unvermeidbare Beschränktheit des (derzeitigen?) inner-juristischen Diskurses, wie im folgenden zu erörtern sein wird.

24 Ebd., S. 325f.

25 Günter Jerouschek, Der irrtumsgeneigte Vergewaltigungstäter, in: Juristenzeitung (JZ) 1992, S. 227-231.

(3) Defizite des juristischen Diskurses

Wird die juristische Sicht- und Arbeitsweise verlassen und das rechtliche System aus der „Perspektive der Geschlechterdifferenz“ (Adriana Cavarero) betrachtet, verschieben sich (Be-)Wertungen und Fragestellungen.

a) Zunächst möchte ich noch einmal auf das Beispiel von Ebene 2 und die dort vorgestellte, juristisch klare und eindeutige Konstruktion zurückkommen. Wie der nunmehr gewählte Blickwinkel ergibt, beruht diese darauf, daß der vom Täter gewaltsam – aber in dubio pro reo unvorsätzlich – erzwungene Geschlechtsverkehr auch als einfache und fahrlässige, d.h. lediglich sorgfaltswidrige und einem Verkehrsunfall vergleichbare Körperverletzung an der Frau gesehen und gedacht werden kann. Eine derartige Betrachtungsweise aber verfehlt völlig die tiefgreifende Verletzung und Demütigung der *gesamten* Integrität einer Frau durch eine Vergewaltigung, die mit einer „sonstigen“ Körperverletzung gerade nicht vergleichbar ist.

Genau der zuletzt genannte Aspekt ist aber innerhalb der strafrechtlichen Dogmatik nicht bewältigbar; und hier stoßen wir an die Grenzen des geltenden Rechts, die es mit dem, was ich oben als „weibliche Differenz“ zu skizzieren versucht habe, zu konfrontieren gilt.

b) Der Androzentrismusvorwurf trifft das Recht aber nicht nur im Hinblick auf seine Inhalte, sondern erstreckt sich auf die juristische Denk- und Argumentationsstruktur selbst. Diese stützt sich auf eine *Art* der Rationalität, auf Vorstellungen von Verallgemeinerbarkeit und Widerspruchsfreiheit sowie – zumindest implizit – auf die Illusion der Möglichkeit zu Objektivität, die als „männlich“ in dem og. nicht-biologischen Sinne bezeichnet werden können.²⁶

Wie genau diese „männliche Rationalität“, diese Denk- und Arbeitsweisen beschaffen sind, wie sie sich über die juristische Struktur sowie die rechtsdogmatisch „möglichen“ und im System sinnvollen Argumente bis in einzelne Entscheidungen transportieren und welche Vermittlungsformen und -wege dafür zuständig sind, daß sie sich letztlich so oft mit den Interessen „des“ Mannes verbinden, ist ein noch völlig unzureichend erforschtes Feld. Doch sind die in diesem Beitrag dargestellten Beispiele m.E. keinesfalls „zufällig“ in dem Sinne, daß es genauso die Männer sein könnten, die jeweils das Nachsehen

haben; ebensowenig wie ich die Ergebnisse für eine alleinige Folge der böartigen oder individuell-frauenverachtenden Einstellung einzelner (nicht nur) männlicher Juristen halte.

Ein für die Produktion derartiger Resultate bedeutsamer Gesichtspunkt könnte die *Art* juristischer Abstraktion sein, die z.B. im Strafrecht darauf beruht, hochkomplexe und unter Umständen langjährige Geschehen und Konflikte auf den Augenblick der Tat zu reduzieren. Dies führt z.B. im Fall einer Ehe, in dem die jahrelang von ihm psychisch, physisch und sexuell mißhandelte Frau ihren Ehemann tötet, dazu, daß sich die geltende Rechtsordnung – selbst bei extremen Sachverhalten – nicht in der Lage sieht, eine derartige Handlung als „nicht rechtswidrig“ zu bewerten, wenn die Tötung nicht im Zuge einer konkreten Auseinandersetzung geschieht.²⁷ Andererseits sind durchaus Sonderfälle vorstellbar, in denen es in einer akuten Bedrohungssituation rechtmäßig ist, zur Bewahrung von materiellen Gütern einen anderen Menschen in Notwehr zu töten.

Mit den zuletzt gegenübergestellten Konstellationen soll nicht für die Zulässigkeit von Selbstjustiz plädiert, sondern dokumentiert werden, daß die von unserem Recht vorgesehenen Wertentscheidungen solche aus der Perspektive von Männern sind, denen bestimmte Situationen („der plötzliche Angriff“) in den Blick geraten, andere („die jahrelang zerstörerische Ehe“) eben nicht oder nicht mit gleicher Konsequenz; – wobei sich bei diesem Beispiel inhaltliche mit methodischen Aspekten verbinden.

Der Zusammenhang zwischen der juristischen Arbeitsweise und den häufig frauendiskriminierenden Ergebnissen müßte selbstverständlich im Hinblick auf andere Beispiele detailliert untersucht, kontrolliert und diskutiert werden, um wirklich aussagekräftig zu sein. Die gewählten Fälle sollten an dieser Stelle lediglich einen (ersten) Eindruck meiner diesbezüglichen Vermutungen vermitteln.²⁸

In diese Richtung gehende Analysen sind jedoch von besonderer Bedeutung und zwar nicht, um im-

26 Daran ändert sich strukturell nichts, wenn in neueren rechtstheoretischen Ansätzen nicht mehr Objektivität, sondern die Ausrichtung auf das *eine*, im juristischen/allgemein praktischen Diskurs konsensual zu erzielende Ergebnis zur Leitidee wird; vgl. beispielhaft Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., Frankfurt a.M. 1991; zur Kritik an der „Logik des Einen“ vgl. Andrea Maihofer, *Gleichheit nur für Gleiche? (a.a.O., Anm. 2)*, S. 359 (Hervorhebung im Original).

27 Das bedeutet nicht zwingend, daß die Frau wegen der Tötung auch (hart) bestraft werden muß. Neben einer Berücksichtigung ihrer Lebenssituation auf der Rechtsfolgenseite ist im Einzelfall eine Entschuldigung nach § 35 StGB oder (in der Praxis wohl häufiger) eine Strafmilderung nach § 21 StGB denkbar; doch handelt es sich hierbei um Ex- oder Dekulpationsformen von juristisch milderer Qualität, weil sie die Frau in jedem Fall mit dem Stigma der Unrechtmäßigkeit ihres Tuns oder (im Falle des § 21 StGB) der Zuschreibung einer tiefgreifenden Bewußtseinsstörung belasten.

28 Zu einem anderen in diesem Zusammenhang zu untersuchenden Aspekt, der Aufsplitterung weiblicher Lebenszusammenhänge durch die klassischen Rechtsgebiete vgl. Barbara Degen, *Justitias mißratene Töchter – Feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft?*, in: STREIT 1993, Heft 1-2, S. 43-50, S. 50 in Anlehnung an Tove Stang Dahl, *Frauen-Recht: eine Einführung in feministisches Recht*, Bielefeld 1992.

mer wieder die zwar zutreffende, aber alles andere als neue oder spannende These „wir leben halt im Patriarchat“ zu verifizieren, sondern um über ein präziseres Verständnis der Funktionsweisen des juristischen Systems hinaus auch die Punkte herausarbeiten zu können, an denen es gegenwärtig schon Bruchstellen und produktive (?) „Widersprüche“ gibt und solche, an denen es möglich sein könnte, neue Brüche und Irritationen in das juristische System einzuschreiben.

c) Seit einiger Zeit wird neben dem Aufzeigen der latenten Männlichkeit des angeblich universellen Rechts aufgrund der Nicht-Repräsentanz von Frauen in der herrschenden symbolischen Ordnung „Über die Notwendigkeit geschlechtsdifferenzierter Rechte“ – so der Titel eines Aufsatzes von Luce Irigaray²⁹ – nachgedacht. So fordert in dem Dokumentationsband „Differenz und Gleichheit“ neben Luce Irigaray auch Andrea Maihofer ein „geschlechter-differenzierendes Recht“³⁰; und Adriana Cavarero setzt sich für eine „Bisexualisierung des Rechts“ ein, die „zwei Subjekte vor(sieht, S.P.), da die Menschheit zwei-Verschiedene und nicht ein-Alles ist“^{31,32}.

Derartige Diskussionen um weibliche Rechte und Versuche ihrer Formulierung durch Frauen erscheinen interessant, spannend und wichtig, um überhaupt einmal festzustellen, welche *anderen* Inhalte sich hierbei im einzelnen ergeben; denn es sind teilweise erhebliche Unterschiede gegenüber dem geltenden Recht, z.B. hinsichtlich der Regelungsgebiete, Prioritäten und Wertsetzungen zu vermuten.

Allerdings resultiert diese positiv klingende Einschätzung aus der momentan nicht absehbaren tatsächlichen Kodifizierung geschlechtsspezifischen Rechts, die ich – heute und in der vorfindlichen Gesellschaft – für mindestens problematisch hielte. Meine Einwände richten sich dabei *nicht* generell gegen die Etablierung „weiblichen“ Rechts. Doch halte ich bei seiner Formulierung (z.B. im Bereich der

sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz) eine andere Vorgehensweise für vorzugswürdig: Die Bestimmungen sollten zwar an der weiblichen Lebensrealität orientiert und zunächst auf Frauen bezogen sein, dann aber über Verweisungsnormen auch für Männer in vergleichbaren Situationen Anwendung finden.

Um meine Bedenken gegenüber ausschließlich für Frauen (oder Männer) geltende Rechtsnormen zu erläutern, ist der Schritt auf die nächste Ebene erforderlich.

(4) Eine Frau ist ...?!

Würde auf (4) bisherigen Ebenen die Existenz von „Frauen“ bzw. „Männern“ als selbstverständlich vorausgesetzt, gilt es nunmehr, diese selbst in Frage zu stellen. Eine derartige Problematisierung könnte und/oder müsste in vielerlei Hinsicht sehr weitreichende Auswirkungen auf den Umgang mit Recht und Rechtswissenschaft haben oder ihn – zumindest in unserem heutigen Verständnis von Recht – in letzter Konsequenz sogar unmöglich machen. Im Rahmen dieses Beitrags kann allerdings nur auf den einen, am Ende der Ebene 3 angeschnittenen Punkt eingegangen werden.

29 Luce Irigaray, Über die Notwendigkeit geschlechtsdifferenzierter Rechte, in: Differenz und Gleichheit (a.a.O., Anm. 2), S. 338-350.

30 Andrea Maihofer, Gleichheit nur für Gleiche?, (a.a.O., Anm. 2), S. 365.

31 Adriana Cavarero, Die Perspektive der Geschlechterdifferenz, in: Differenz und Gleichheit (a.a.O., Anm. 2), S. 95-111, S. 109, Hervorh. im Original.

32 Aus einer ähnlichen Richtung kritisiert auch Catherine A. MacKinnon das (US-amerikanische) Recht, doch plädiert sie dann für ein „alternatives Konzept von Gleichheit“ (Catherine A. MacKinnon, Feministische Rechtspolitik heute, in: Differenz und Gleichheit (a.a.O., Anm. 2), S. 205-210, S. 209); vgl. a. dies., Auf dem Weg zu einer feministischen Jurisprudenz, STREIT 1993, Heft 1-2, S. 4-13. Ute Gerhard spricht sich im Rahmen der Debatte um Gleichheit und/oder Differenz für „Gleichheit ohne Angleichung“ (so ihr gleichnamiges Buch, München 1990) bzw. „Gleichheit in der Differenz“ aus (Ute Gerhard, Bürgerliches Recht und Patriarchat, in: Differenz und Gleichheit (a.a.O., Anm. 2), S. 188-204, S. 190).

Wie bereits oben skizziert, sind die genannten Bezugsgrößen „Frauen“/„Männer“ sowie die binäre Opposition zwischen beiden ihrerseits höchst problematisch, ist es weder historisch noch kulturell so „natürlich“ wie es uns heute erscheint, daß es zwei und nur (diese) zwei Geschlechter gibt.³³

Wie dominierend sich diese Wahrnehmung für uns jedoch darstellt, zeigt sich neben unserer alltäglichen Sicht- und Umgangsweisen aber auch daran, daß Transsexuelle, die eine Irritation hinsichtlich derartiger Eindeutigkeiten bedeuten könnten, nach dem Transsexuellengesetz eine volle Personenstandsänderung erst nach Vornahme einer geschlechtsumwandelnden Operation durchführen lassen können.³⁴ Hier wird zugleich deutlich, daß das Recht von der notwendigen Übereinstimmung von „sex“ und „gender“ ausgeht und eine Trennung nicht zuläßt.

Außerdem ist zu bedenken, daß gerade die Bildung dichotomischer Paare entlang der Achse Frau/Mann, die mit weiteren Dualismen wie Natur/Kultur, Körper/Geist, emotional/rational ... korreliert, Teil und wesentliches Strukturelement der patriarchalen Ordnung ist, die mit der Formulierung eines lediglich für Frauen geltenden Rechts demnach (auch) manifestiert würde.³⁵

Schließlich ist es m.E. nicht realisierbar, heute und mit den uns jetzt zur Verfügung stehenden Mitteln unserer Sprache, Rechtsnormen zu entwickeln, die der Gefahr der normativen Bestimmung und Produktion von Weiblichkeit entgegen könnten. Ich gehe vielmehr davon aus, daß es nicht möglich sein wird, die „weibliche Differenz“ so auszuformulieren, daß sie nicht zu einer Verfestigung dessen führt, was heute Frau-Sein bedeutet und nicht ihrer-

seits wesentliche Aspekte „differenter“ Frauen ausschließt oder diese in *ihrer* spezifischen Eigenheit abwertet. Diese Befürchtung bestätigt sich für mich – ohne daß ich das an dieser Stelle detailliert diskutieren und belegen kann – in den mir bekannten, in diese Richtung gehenden Versuchen.³⁶

Eine wie auch immer geartete Explizierung weiblicher Differenz ist damit freilich ein sehr zweifelhafter Gewinn, schreibt sie doch nahezu notwendig die Fehler, die wir den Männern mit ihrem nur vorgeblich universellen Menschenbild vorwerfen, auf anderem – zweigeschlechtlichen – Niveau fort.³⁷

Demgegenüber möchte ich darauf insistieren, weder einem „Gleichheitstabu“³⁸ zu verfallen noch die vielfältigen und reichhaltigen Differenzen unter Frauen zu vernachlässigen.³⁹

(5) Weibliche Widerstände

Mit den Ausführungen zu Ebene 4 sind meine Vorbehalte gegen ein geschlechtsspezifisches Recht jedoch nicht erschöpft.

Zuletzt, zusätzlich und vor allem ist nämlich zu befürchten, daß mit der Aufnahme der Differenz in das geltende, auf seinen vielfältigen Grundannahmen und Vorentscheidungen beruhende Recht, die besondere Sprengkraft der Kritik feministischer Differenztheorien eingegeben und eingeschlossen würde.

33 (Kurze) Beispiele aus der Kulturanthropologie zur Möglichkeit eines dritten Geschlechts sowie zu anderen Formen der Klassifizierung zu einem (von zwei) Geschlechtern bei Gesa Lindemann (a.a.O. 1992b, Anm. 7) und Regine Gildemeister, Die soziale Konstruktion von Geschlechtlichkeit, in: Feministische Vernunftkritik, hrsg. v. Ilona Ostner / Klaus Lichtblau, Frankfurt a.M. 1992, S. 220-239, S. 229; Nachweise auch bei Regine Gildemeister / Angelika Wetterer (a.a.O., Anm. 8, S. 208 f.); genannt werden in diesem Zusammenhang in der Regel die „Berdache“ nordamerikanischer Indianerkulturen, die aus *unserer* zweigeschlechtlichen und reduzierenden Sicht als Hermaphrodite, Homosexuelle, Transvestite oder Transsexuelle, nicht aber als eigene Kategorie wahrnehmbar sind.

34 Vgl. § 8 I Nr. 4 TSG. Im Unterschied dazu ist bei der sog. „kleinen“ Lösung, die lediglich die Änderung des Vornamens mit sich bringt, aber die Geschlechtszugehörigkeit nicht ändert, keine derartige Operation notwendig, s. § 1 TSG.

35 Zu verschiedenen Möglichkeiten feministischer (Rechts-) Kritik an diesen Dualismen vgl. Frances Olsen, Das Geschlecht des Rechts, in: Kritische Justiz (KJ) 1990, S. 303-317. Die von Frances Olsen aufgezeigten drei Varianten feministischer Kritik sind mit den von mir dargestellten Ebenen weder identisch noch schließen sie sich aus. Vielmehr gibt es bei einigen Unterschieden auch Berührungen und Übereinstimmungen, die im einzelnen herauszuarbeiten einen gesonderten Beitrag erfordern würde.

36 Deutlich wird dies z.B. bei Luce Irigaray (a.a.O., Anm. 29), wenn sie u.a. formuliert: „Die gegenseitigen Pflichten zwischen Müttern und Kindern werden gesetzlich definiert, damit die Mutter in Anlehnung an das Gesetz ihre Kinder schützen und von diesen Beistand erhalten kann.“ (ebd., S. 342). Hier wird stillschweigend die „gute“ Mutter, zwischen der und ihrem Kind übereinstimmende Interessen bestehen, vorausgesetzt. Damit aber werden zum einen die Fälle nicht berücksichtigt, in denen es gerade die Mutter ist, vor der ein Kind Schutz benötigt; zum anderen werden tradierte und problematische Vorstellungen von „Mutterliebe“ als von Frauen (nicht aber von Männern) zu erfüllender Standard manifestiert.

37 Insofern kann ich für mich zumindest ein vorläufiges und hinsichtlich der verschiedenen von mir aufgezeigten Ebenen unterschiedliches Ergebnis bzgl. der u.a. auf dem 17. Feministischen Juristinnentag in Bremen 1991 mit Referaten von Andrea Maihofer und Bettina Sokol geführten Diskussion um Gleichheit und/oder Differenz im Recht formulieren; vgl. hierzu: Bettina Sokol, Feministische Rechtspolitik – rechtliche Diskriminierung und Gleichberechtigungskonzepte, in: STREIT 1989, S. 3-12; Andrea Maihofer, Gleichheitsverständnis und Geschlechterdifferenz, in: STREIT 1991, S. 51-54; Sabine Platt, Bericht aus der Arbeitsgruppe „Gleichheit und/oder Differenz“, in: STREIT 1991, S. 81.

38 Regine Gildemeister / Angelika Wetterer (a.a.O., Anm. 8, S. 227 ff.). Das „Gleichheitstabu“ läßt keinen Raum für *nicht* zweigeschlechtlich differenzierte (Lebens-)Bereiche, (Wert-) Vorstellungen, Sichtweisen ... und kann mit Judith Lorber / Susan A. Farrell in dem Satz „Women and men have to be distinguishable“ zusammengefaßt werden (Zitat nach dies., ebd., S. 227).

39 *Diesbezüglich* überzeugend Judith Butler (a.a.O., Anm. 14, s.a. ebd.).

Urteil
**BAG, §§ 5, 7 und 10 Entgelt-TV
 Einzelhandel Baden-Württemberg
 Volle Sozialzulage für Teilzeitbeschäftigte**

Eine am Familienstand und der Kinderzahl orientierte tarifliche Sozialzulage erhalten Teilzeitbeschäftigte ungekürzt.

Urteil des BAG vom 7.10.1992 – 10 AZR 51/91 –

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien streiten darüber, ob der teilzeitbeschäftigten Klägerin die volle tarifliche Sozialzulage zusteht.

Die Klägerin ist seit dem 26. November 1985 bei der Beklagten als Angestellte mit einer monatlichen Arbeitszeit von 107 Stunden beschäftigt. Die verheiratete Klägerin ist Mutter von vier Kindern unter 16 Jahren.

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden der Manteltarifvertrag für die Angestellten und gewerblichen Arbeitnehmer/-innen des Einzelhandels in Baden-Württemberg vom 29. Juni 1989, gültig ab 1. Januar 1989, (im folgenden: MTV) und der Tarifvertrag über Gehälter, Löhne, Ausbildungsvergütungen und Sozialzulagen für die Arbeitnehmer/-innen und Auszubildenden des Einzelhandels in Baden-Württemberg vom 29. Juni 1989, gültig ab 1. April 1989, (im folgenden: Entgelt-TV) kraft Allgemeinverbindlicherklärung Anwendung.

Mit den Schreiben vom 30. November 1989 und vom 24. Februar 1990 verlangte die Klägerin von der Beklagten die Zahlung der vollen Sozialzulage nach dem Entgelt-TV. Der Entgelt-TV regelt dazu in Abschnitt IV:

„1. Zu den Tarifentgelten wird eine monatliche Sozialzulage in folgender Höhe gewährt:
 für verheiratete Arbeitnehmer/innen ohne Kinder,
 für unverheiratete, geschiedene und verwitwete Arbeitnehmer/innen mit einem oder mehreren Kindern (auch Adoptiv- oder Pflegekindern) bis zum vollendeten 16. Lebensjahr DM 20,-
 für verheiratete Arbeitnehmer/innen mit einem oder mehreren Kindern (auch Adoptiv- oder Pflegekindern) bis zum vollendeten 16. Lebensjahr DM 30,-.

Ferner wird die Sozialzulage an alle Arbeitnehmer/innen gezahlt, die aufgrund gesetzlicher Unterhaltungsverpflichtungen die einzigen Ernährer/innen von Verwandten sind.

2. Sind beide Ehegatten im gleichen Betrieb/Unternehmen/Konzern berufstätig, so hat nur ein Ehegatte Anspruch auf die Sozialzulage.

Die Ehegatten haben dem Arbeitgeber mitzuteilen, wer von ihnen die Sozialzulage erhalten soll. Die getroffene Wahl kann mit Zustimmung des Arbeitgebers geändert werden. Äußern sich die Ehegatten auf die Fragen des Arbeitgebers nicht, so bestimmt der Arbeitgeber, wer die Sozialzulage erhalten soll.

Bei Geschiedenen (mit einem oder mehreren Kindern), die im gleichen Betrieb/Unternehmen/Konzern arbeiten, hat derjenige/diejenige Anspruch auf die Sozialzulage, der/ die das Sorgerecht für das Kind (die Kinder) hat. (...)

4. Aushilfen steht ein Anspruch auf Sozialzulage nicht zu.“

Der MTV enthält – soweit hier von Bedeutung – folgende Bestimmungen:

„§ 5
 Teilzeitbeschäftigte

Der Tarifvertrag gilt auch für stundenweise Beschäftigte. Solchen Arbeitnehmern/Arbeitnehmerinnen stehen sämtliche Ansprüche aus diesem Tarifvertrag nach Maßgabe des tatsächlichen Umfangs ihrer Beschäftigung zu.

...

Hiergegen gilt es, eine Ebene 5 einzufordern, die in folgender Richtung angedacht werden kann: Feministische Rechtswissenschaft kann alles Bisherige und/oder neu zu Entwickelndes in unendlichen, aber nicht beliebigen Kombinationen tun, auch und gerade da, wo es sich ausschließt.

Diese Ebene ist ein irgendwo hilfloses und trotziges Unterfangen, mit dem ich das zumindest streifen möchte, was ich als das Widerständige, sich einer Festlegung entziehende und verwirrende Moment „weiblicher Differenz“ beschreiben würde. Es läßt sich z.B. in einem Text wie dem von Hélène Cixous verfaßten „Geschlecht oder Kopf?“⁴⁰ finden, der gerade deshalb so begeisternd und faszinierend ist, weil er auch bei der x-ten Lektüre immer noch Neues und Spannendes zu entdecken bereit hält, weil er als „weiblicher Text“ – wie sie selbst schreibt⁴¹ – auf allen Seiten gleichzeitig beginnt und ohne Schluß ist, nicht zu Ende geht ...

Es handelt sich damit um den im Grunde untauglichen Versuch, das, was sich glücklicherweise nie in eine wie auch immer zu denkende juristische Form übersetzen lassen wird, was den inkommensurablen Riß zwischen Recht und „weiblicher Differenz“ ausmacht, nicht in der von mir selbst erarbeiteten Systematik völlig verloren gehen zu lassen und damit auszulöschen.

40 Hélène Cixous, „Geschlecht oder Kopf?“, in: dies., Die unendliche Zirkulation des Begehrens, Berlin 1977, S. 15-45.

41 Ebd., S. 40f.