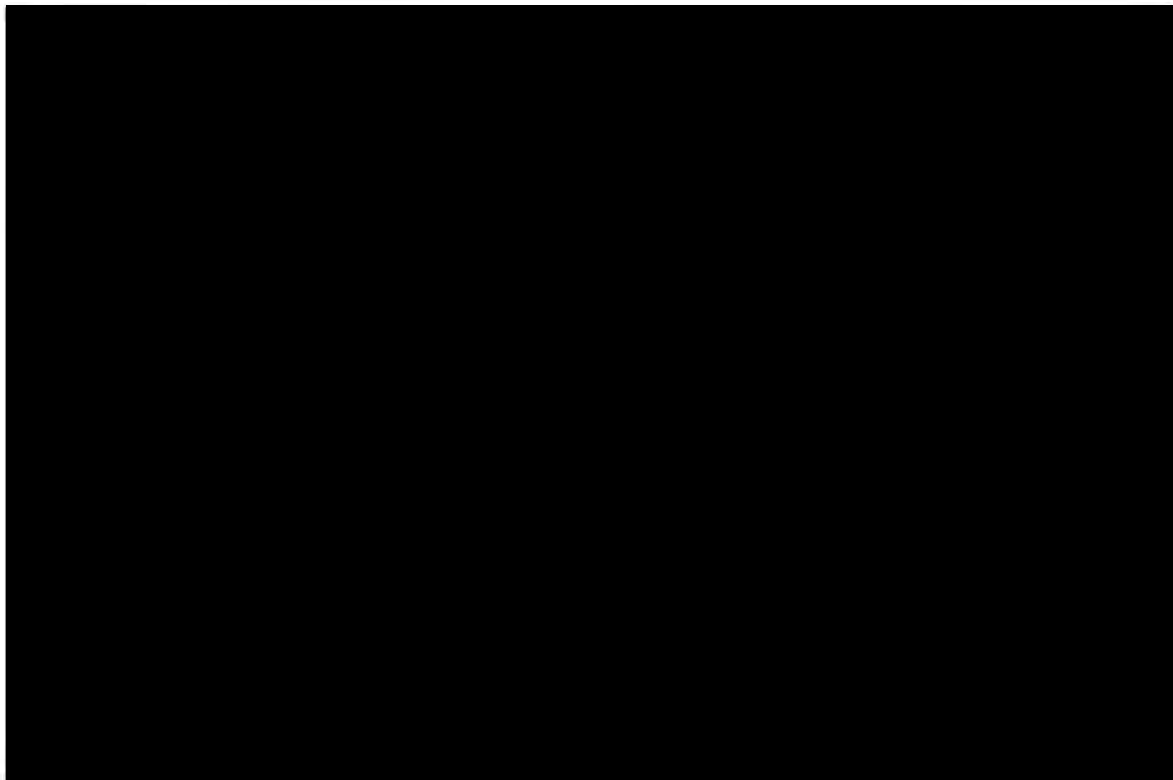


Inhalt

<i>Susanne Pötz-Neuburger</i>	
Billig und ungerecht –	
Über den anständigen Umgang der Rechtsprechung mit Prostituierten	43
<i>Gisela Frederking, Gisela Friedrichs</i>	
Schritt aus der Abhängigkeit –	
Nebenklageverfahren in Zuhältereiprozessen.	46
<i>Claudia Burgsmüller</i>	
Strafmilderung für Freier?	50
<i>Gisela Frederking, Gisela Friedrichs</i>	
Thema Prostitution – Kurzbibliografie	53
<i>Urteil des LG Kiel mit Anmerkungen von Charlotte Spieler und Doris Hübner</i>	
Nebenklage ohne Strafantrag.	53
<i>Urteil des BAG</i>	
Doch Anspruch auf Hausarbeitstag!	55
<i>Urteil des ArbG Hamburg</i>	
Schmerzensgeld wegen Diskriminierung	57
<i>Urteil des BVerwG mit Anmerkung von Marianne Grabrucker</i>	
Ortszuschlag bei Kinderbetreuung.	59
<i>Beschluß des VG Gelsenkirchen</i>	
Beihilfe bei Schwangerschaftsabbruch.	61
<i>Urteil des VGH Baden-Württemberg mit Anmerkung von</i>	
<i>Katharina Ehlers und Monika Löb</i>	
Abtreibung in Arztpraxis.	62
<i>Urteil des KG Berlin</i>	
Umfang der Unterhaltspflicht bei Zweitausbildung.	63
<i>Beschluß des FamG Westerstede</i>	
Verlassen der Kinder kein Scheidungsgrund	64
<i>Urteil des FamG Hamburg-Altona</i>	
Ausschluß des Versorgungsausgleichs	65
<i>Beschluß des OLG Karlsruhe</i>	
PKH bei Antragsrücknahme vor Rechtshängigkeit.	65
<i>Malin Bode</i>	
Kongreß Frauen gegen Gentechnik und Reproduktionstechnik	
vom 19.4. - 21.4.1985 in Bonn	66
<i>Prof. Dr. Dr. Walesca Tielsch</i>	
Justitia – Göttin der humanistischen Gerechtigkeit,	
Buchbesprechung zu: Kissel, Die Justitia, Reflexionen über ein Symbol.	67
<i>Margarete Fabricius-Brand</i>	
Der aktuelle Stand des Mutterschutzes,	
Buchbesprechung zu: Heilmann, Kommentar zum MuSchG	70
Buchbesprechung zu: Heilmann, Kommentar zum MuSchG	72
Hinweise	



STREIT – Feministische Rechtszeitschrift

Herausgegeben vom Verein „Frauen streiten für ihr Recht e.V.“, Frankfurt

Redaktionsadressen:

Hamburg/Schleswig-Holstein: Sabine Scholz, Schanzenstr. 79, 2000 Hamburg 6

Bremen: Jutta Bahr-Jendges, Osterdeich 13, 2800 Bremen 1

Niedersachsen: Bettina Cramer-Frank, Rubensstr. 2, 3000 Hannover 1

Nordrhein-Westfalen: Malin Bode, Herner Str. 1, 4630 Bochum 1

Frankfurt/Nordhessen: Barbara Becker-Rojczyk, Hedderichstr. 102, 6000 Frankfurt 70

Südhessen/Baden-Württemberg: Barbara Schoen, Magdalenenstr. 17, 6100 Darmstadt 1 – v.i.S.d.P.

Saarland: Dagmar Oberlies, Schloßstr. 6, 6600 Saarbrücken 1

Bayern/Schwaben: Anne-Rose Kocyba, Friedrichstr. 3, 7140 Ludwigsburg

Berlin: Claudia Burgsmüller, Weimarische Str. 3, 1000 Berlin 31

Mitarbeiter-innen dieses Heftes:

RA Klaus Bertelsmann, Hamburg; RAin Malin Bode, Bochum; RAin Claudia Burgsmüller, Berlin; Katharina Ehlers, Sozialarbeiterin in Saarbrücken; RAin Margarete Fabricius-Brand, Hannover, RAin Gisela Frederking, Hamburg-Wilhelmsburg; RAin Gisela Friedrichs, Hamburg-Wilhelmsburg; RAin Alexandra Goy, Berlin; Regierungsrätin Marianne Grabrucker, München; RAin Barbara Haidinger-Halberstadt, Karlsruhe; RAin Doris Hübner, Berlin; Monika Löb, Dipl. Psychologin in Saarbrücken; RAin Susanne Pötz-Neuburger, Hamburg-Wilhelmsburg; RAin Charlotte Spieler, Kiel; Prof. Dr. Dr. Walesca Tielsch, Berlin; RAin Claudia Walz, Hamburg

ISSN 0175-4467

1985. Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck – auch auszugsweise – nur mit schriftlicher Genehmigung der Redaktion und nur mit vollständigem Quellennachweis.

Herstellung: Sibylla Flügge, c/o Verlag Stroemfeld/Roter Stern, 6000 Frankfurt 1

Druck/Repro: Zypressen, 6000 Frankfurt 50

STREIT erscheint 4 mal jährlich.

Bezugsbedingungen :

Einzelheft DM 12,- zzgl. DM 3,- Porto/Versandkostenanteil

Abonnement: DM 48,-, incl. Porto für 4 Hefte.

Das Abonnement verlängert sich automatisch um weitere 4 Hefte, wenn es nicht nach Erhalt des 3. Heftes gekündigt wird.

Bezugsanschrift:

Renate Blümmler, Stegstr. 34, 6000 Frankfurt/Main 70

Konto:

Frauen streiten für ihr Recht e.V., Nr.: 638-37-600, Postgiroamt Frankfurt, BLZ 500 100 60

Buchhandelsauslieferung:

Frauenliteraturvertrieb (FLV), Schloßstr. 94, 6000 Frankfurt/Main 90

Susanne Pötz-Neuburger

Billig und ungerecht —

Über den anständigen Umgang der Rechtsprechung mit Prostituierten

Prostituierte sitzen uns selten gegenüber in unseren Büros. Wer hätte je eine Prostituierte darüber beraten, ob die von ihr gezahlte Miete wucherisch überhöht und deshalb herabzusetzen sei? Oder darüber, ob der von ihr mit dem Freier vereinbarte Lohn nun vor dem Amtsgericht oder dem Arbeitsgericht einzuklagen sei — oder vor keinem von beiden?

Wenn sie nicht gerade aus der Prostitution aussteigen und uns für die Vertretung der Nebenklage gegen den Zuhälter in Anspruch nehmen, so benötigen sie nicht unseren Rat.

Prostituierte kennen ihre Rechte — oder besser, sie wissen, daß sie keine haben.

Die Prostitution als das „älteste Gewerbe der Welt“ ließe sich bei rationaler Betrachtung unschwer in das bürgerliche Rechtssystem einordnen, mit mehr oder weniger ausgewogenen Rechten und Pflichten beider Vertragspartner und mit einer — zumindest theoretisch — gleichen Möglichkeit, Täter und Opfer einer Straftat zu werden. Daß es nicht so ist, wissen alle.

Es drängt sich die Vermutung auf, daß Prostitution ein rechtlich ungeschützter Bereich ist, damit sie sich nicht ausbreitet, möglichst verschwindet. Wenn es dem Gesetzgeber wirklich darum ginge, läge es nahe, die Prostitution einfach zu verbieten — über die Wirksamkeit derartiger Verbote läßt sich allerdings streiten. Schon das Strafgesetzbuch des Deutschen Reiches von 1871 enthielt jedoch keine generelle Strafbarkeit der Prostitution und es hat weder vor noch nach 1871 ernsthafte Ansätze hierzu gegeben.

Es geht also nicht um Abschaffung der Prostitution. Im Gegenteil: Ziel staatlicher Prostitutionspolitik seit dem 19. Jahrhundert ist der Ausschluß der Prostitution aus der Öffentlichkeit verbunden mit ihrer Institutionalisierung und Reglementierung¹. Dies läßt sich gerade im Bereich des Strafrechts eindeutig nachweisen².

Wo es um nichtstaatlichen, sozusagen privaten Umgang mit der Prostitution geht, wird bei genauerer Betrachtung deutlich, daß Prostitution kaum jemandem schadet, aber vielen nützt:

den Freiern zunächst, den Bordellbesitzern, Vermietern, Wirten, den Taxifahrern, Polizisten, in großen Städten, wie z. B. Hamburg, einem ganzen Zweig des Tourismusgewerbes, und nicht zu vergessen, dem Fiskus.

Sie alle profitieren, ja leben von dieser rechtlosen, aber beileibe nicht unrechtmäßigen Arbeit der Prostituierten. Und wo solch ein umfangreicher Wirtschaftszweig mit respektablem Anteil am Bruttosozialpro-

dukt entstanden ist, da kann man(n) es auch am rechtlichen Schutz nicht fehlen lassen.

Ich will daher untersuchen, wie Gesetzgeber und Rechtsprechung den Warenaustausch zwischen der Prostituierten und dem Freier bewerten. Dabei vermute ich, daß die herrschende Meinung die rechtliche Einordnung der Prostitution und ihres Umfeldes — scheinbar in ständigem Widerstreit von Moral und Liberalität befangen — deutlich ausrichtet an der Unterscheidung zwischen schützenswerten und nicht schützenswerten wirtschaftlichen Interessen. Dabei dürfte sie sich in vielfältige dogmatische und systematische Widersprüche verwickeln³.

Grundlage der Verweigerung von Rechtsschutz für die Arbeit der Prostituierten bildet seit jeher⁴ § 138 BGB. Der zwischen der Prostituierten und dem Freier zustandgekommene Vertrag verstoße gegen die guten Sitten und sei daher nichtig⁵. Beim Begriff der Sittenwidrigkeit wird gemeinhin auf eine Definition des Reichsgerichts⁶ zurückgegriffen, wonach das Rechtsgeschäft dem *Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* widersprechen muß.

Ich frage mich, wessen Anstandsgefühl die Rechtsanwender eigentlich meinen. Offenbar zählen sie Zehntausende von Männern, die täglich Prostituierte aufsuchen, nicht zu den billig und gerecht Denkenden. Verdrängen sie etwa ihren eigenen Anteil an der Nachfrage nach Prostitution?

In der BRD gibt es — soweit ich sehe — soziologische Untersuchungen nur über Prostituierte. Hingegen wurden in den USA auch Freier Gegenstand wissenschaftlichen Interesses, darunter 1.242 Klienten von Call-Girls, die speziell Männer mit masochistischen Vorlieben bedienen. Die Untersuchung⁷ ergab, daß 17 % dieser Männer bevorzugt eine Sklavenrolle gegenüber der Prostituierten einnahmen. Bei diesen Männern waren die Berufsgruppen der Rechtsanwälte und Richter sowie der gehobenen Manager am häufigsten vertreten. Daß solche Männer, die das „Rückgrat der Nation“ bilden — so die Formulierung aus einem offiziellen Bericht der US-Regierung zum Thema — in erheblichem Umfang gelegentlich oder regelmäßig Prostituierte aufsuchen, ist auch anderweitig nachgewiesen⁸.

Angesichts dessen versagt meine Phantasie bei der Suche nach billig und gerecht Denkenden. Mindestens Männer aus ihrer eigenen sozialen Schicht sollten die Rechtsanwender doch dazu zählen. Dann aber geht die Gleichung keinesfalls auf: Auf ein verletztes Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden können sie sich beim besten Willen nicht zurückziehen. Wenn sie es trotz so leicht durchschau-

barer fehlerhafter Subsumtion seit Juristengenerationen doch tun, so muß ein grundlegendes männliches Interesse gebieten, dem Geschlechtsverkehr gegen Entgelt die Anerkennung als wirksames Rechtsgeschäft zu versagen. Kühne⁹ vermutet zu Recht, daß der Schutz des Gefühls männlicher Vorherrschaft dahintersteckt:

Gehen wir davon aus, daß es in unserer Kultur die Grundlage des virilen Superioritätsgefühls ist, in jeder Duldung des Geschlechtsakts durch die Frau einen Triumph männlicher Stärke zu sehen, dann ist es unumgänglich, den auch nur von einer Dirne gewährten Geschlechtsverkehr als wirtschaftlichen Vorgang zu leugnen. Solange der Mann seine Zahlungen nicht als eine Entgeltung einer aus gleicher Kategorie gebotenen Leistung der Frau anzusehen braucht, kann er die Fiktion des Geschlechtsaktes als männlichen Erfolgsnachweis aufrechterhalten. Wird die Hingabe jedoch nicht mehr in Persönlichkeitswerten, sondern ausschließlich in wirtschaftlichen Begriffen von Leistung und Gegenleistung definiert, bleibt kein Raum mehr für die Vorstellung, eine Frau „besessen“ zu haben.

Welches sind nun die Rechtsfolgen des höchst-richterlichen Urteils, das Geschäft der Prostituierten mit dem Freier sei unwirksam? Die Prostituierte hat keinen Anspruch auf den vereinbarten Lohn. Folgerichtig macht sich der Freier, der eine Prostituierte um den vereinbarten Lohn prellt, nicht wegen Betrugs strafbar¹⁰. Nur am Rande sei angemerkt, daß aber die Rechtsprechung durchaus einen Weg gefunden hat, die Prostituierte wegen Betrugs zu verurteilen, wenn sie ihrerseits den vereinbarten und bezahlten Geschlechtsverkehr verweigert¹¹.

Die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, die fehlende Einklagbarkeit der Forderung, hat zur Folge, daß viele Prostituierte nur gegen Vorkasse arbeiten, wobei ihnen die Rechtsordnung dieses Geld immerhin beläßt, indem sie Kondiktionsansprüche an § 817 BGB scheitern läßt. Das muß auch so sein, irgenwie muß die Prostituierte schließlich zu Geld kommen, gerade wenn sie keinen Rechtsanspruch darauf hat. Andernfalls würde man(n) die Institution der Prostitution ernsthaft gefährden.

Der an sich ja naheliegendere Weg, das Geschäft über den entgeltlichen Geschlechtsverkehr für wirksam zu erklären mit der Folge der Durchsetzbarkeit des Lohnanspruchs, hätte aus der Sicht der Männer eine fatale Folge: Damit eine Prostituierte ihren Lohn einklagen könnte, müßte der Freier aus seiner Anonymität heraustreten, sozusagen Name und ladungsfähige Anschrift zuvor preisgeben. Man(n) stelle sich eine solche Situation vor.

Damit der Warenaustausch Geschlechtsverkehr gegen Entgelt trotz Sittenwidrigkeit weiter stattfinden kann, erklärt ihn die Rechtsprechung nicht insgesamt für sittenwidrig. Dank des Abstraktionsprinzips läßt sich ja die Übereignung des Geldes von der Vereinbarung trennen. Und da die Sittenwidrigkeit auf der Verletzung von Interessen der Allgemeinheit – und nicht der Verletzung der Interessen des Geschäftspartners – beruhe, werde die Übereignung des

Geldes wirksam¹² und die Prostituierte daher Eigentümerin. Es ist müßig, in dieser Argumentation nach juristischer Logik zu suchen.

Es steckt eine andere Logik dahinter: Der Begriff der Sittenwidrigkeit wird dort nicht überstrapaziert, wo es um den Geldverkehr und um die Rechtsgeschäfte geht, die im sogenannten Umfeld der Prostitution getätigt werden:

Früher wurde der Vertrag über Kauf oder Pacht eines Bordells noch folgerichtig wie der Vertrag über den entgeltlichen Geschlechtsverkehr behandelt, also unwirksam erklärt¹³. Gleichwohl ermöglichten Strafrechtler schon damals durch „feinsinnige Auslegung“¹⁴ des § 180 Abs. 2 a.F. StGB (Kuppeleiparagraph) trotz der – scheinbar – eindeutigen Formulierung im weitesten Umfang das straflose Führen von Bordellen und bordellähnlichen Betrieben. Diese Zustände wurden mit der Neufassung des § 180 a StGB durch das 4. StRG 1973 sanktioniert.

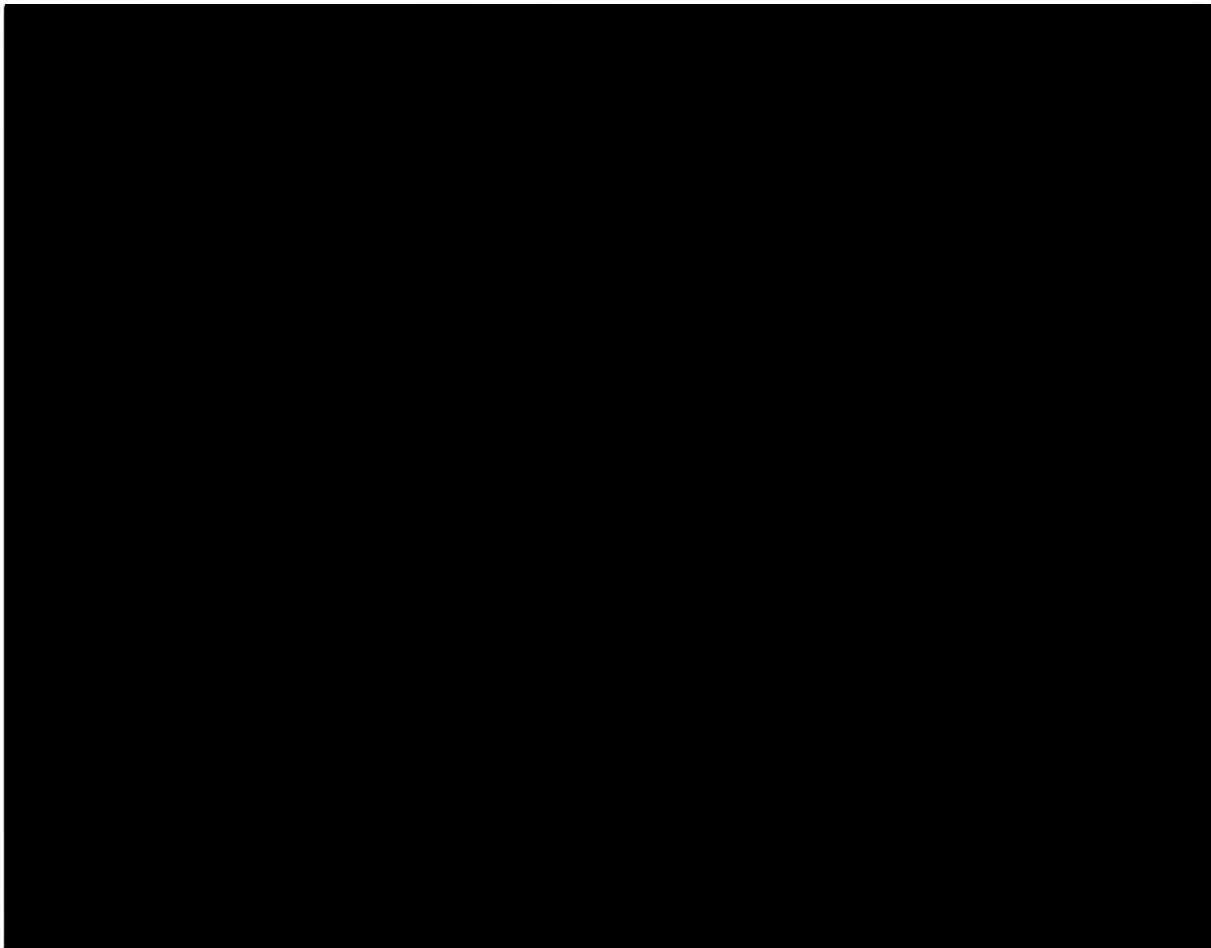
So ruhte denn bald auch der Segen des Zivilrechts auf dem expandierenden Wirtschaftszweig: Bordellverträge sind nunmehr wirksam¹⁵, Mietverträge mit Prostituierten ebenfalls¹⁶. § 180 Abs. 1 StGB zählt umfassend auf, was erlaubt und auch zivilrechtlich wirksam, d. h. durchsetzbar, einklagbar, gesellschaftlich anerkannt ist: Das Gewähren von Wohnung, Unterkunft (Absteige) oder Aufenthalt (Kontakthöfe) sowie die damit üblicherweise verbundenen Nebenleistungen.

An die Stelle von Einnahmen aus strafbarer Kuppelei sind die aus straffreier Vermietung getreten. Männer, die in der Hauptzahl Eigentümer von Häusern, Grundstücken und Wohnungen sind, wie auch der Staat mit seinen Eros-Centren haben sich die juristische Grundlage geschaffen, als ehrenwerte Geschäftsleute von der Arbeit der Prostituierten zu profitieren. Ein Schutz der Prostituierten vor überhöhten Mietforderungen ist nicht in Sicht. Ist die übermäßig hohe Miete nicht jeweils durch die „üblichen Nebenleistungen“ gerechtfertigt?

So ist die Prostituierte nicht nur ein Objekt der Begierde und der Machtausübung des Mannes, sondern – mit ausdrücklicher Billigung der Rechtsordnung – vor allem auch ein Objekt ungenierter wirtschaftlicher Ausbeutung.

Es war nur folgerichtig, wenn sich auch die Finanzgerichte mit der Prostitution befaßten. Daß Prostituierte steuerpflichtig sind, hat der Bundesfinanzhof zunächst durch Urteil des Großen Senats vom 23.6.1964¹⁷ und später durch weitere Entscheidungen¹⁸ klargestellt. Dabei hatte es der BFH verhältnismäßig leicht, weil nach § 5 Steueranpassungsgesetz die Sittenwidrigkeit eines Verhaltens steuerlich irrelevant ist.

Schwerer tat es sich dann bei der Subsumtion der Tätigkeit einer Prostituierten unter die Steuerstatbestände des Einkommensteuergesetzes. Das „älteste Gewerbe“ sollte offenbar keinesfalls gemäß §§ 2 Abs. 3 Nr. 2, 15 Nr. 1 EStG Einkünfte aus Ge-



werbebetrieb versteuern. Der Große Senat vermochte nämlich „nicht anzuerkennen, daß es sich bei der gewerbsmäßigen Unzucht um ein solches, sich am Wirtschaftsleben beteiligendes Unternehmen handelt“. So fand er denn eine überaus überzeugende ablehnende Begründung: die gewerbsmäßige Unzucht stelle das „Zerrbild eines Gewerbes“ dar¹⁹. Dem widerspricht offenbar nicht, daß die Einnahmen von Bordellvermietern ohne weiteres als Einkünfte aus Gewerbebetrieb besteuert werden²⁰, was die rechtliche Anerkennung dieser Tätigkeit (siehe oben) abrundet.

Die Prostituierte wird im Ergebnis nach §§ 2 Abs. 3 Nr. 7, 22 Nr. 3 EStG (Einkünfte aus Leistungen) besteuert, den der BFH als eine Art Auffangtatbestand ansieht²¹.

Bleibt aus dem Bereich des Steuerrechts noch zu erwähnen, daß der BGH in einer neueren Entscheidung²² zu der Frage Stellung nehmen mußte, ob Prostituierte, die in einem Bordell wohnen und arbeiten, lohnsteuerpflichtig seien²³. Dies verneinte er mit der Begründung, Voraussetzung für eine derartige Besteuerung nach § 19 Abs. 1 EStG sei das Vorliegen eines Dienstverhältnisses. Soweit die geschuldete Leistung hauptsächlich in der Ausübung des Geschlechtsverkehrs gegen Entgelt bestünde, sei der Dienstvertrag gem. § 138 BGB sittenwidrig und nichtig und könne deshalb kein Dienstverhältnis begründen. Nun ist uns bekannt, daß in Fällen nichtiger Dienstverträge üblicherweise ein faktisches Arbeitsverhältnis entsteht, das selbstverständlich lohnsteuer- und versicherungspflichtig ist. Nicht so bei der Prostituierten²⁴. Schon das BAG hatte 1976 entschieden:

Besteht die nach einem Arbeitsvertrag geschuldete Leistung in der Vorführung des Geschlechtsverkehrs auf einer Bühne, so ist dieser Arbeitsvertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten § 138 BGB) nichtig. Da solchenfalls die Beschäftigung des Arbeitnehmers nach ihrem Inhalt und Zweck selbst unsittlich ist, kommen bei dieser Fallgestaltung auch Ansprüche aus einem ‚faktischen Arbeitsverhältnis‘ nicht in Betracht²⁵.

Das BAG beruft sich u. a. darauf, daß die mit dem Vertrag übernommene Verpflichtung zu derartigem Verhalten jedenfalls mit dem verfassungsrechtlich geschützten menschlichen Persönlichkeitsrecht unvereinbar sei – und versagt ausgerechnet mit diesem Hinweis den Prostituierten den arbeitsrechtlichen Schutz.

Im Haftungsrecht bieten zwei Urteile in unserem Zusammenhang interessante Problemlösungen: In beiden Fällen war eine Prostituierte Opfer eines Verkehrsunfalls geworden und wegen der erlittenen Verletzungen zeitweise außerstande, ihrem Beruf nachzugehen und Einnahmen zu erzielen.

Das OLG Düsseldorf²⁶ gab ihrem Anspruch dem Grunde nach statt. Es stellte in bemerkenswerter Kürze und Klarheit fest, daß die Prostituierte angesichts der Wirksamkeit der Übereignung des Lohnes an sie in der Lage sei, rechtmäßig Einkommen zu erzielen. Wenn die Rechtsordnung dies dulde, so könne sich der Schädiger nicht unter Hinweis auf die Sittenwidrigkeit der schuldrechtlichen Verträge, deren Partner er nicht sei, seiner Ersatzpflicht entziehen.

Ob der Prostituierten aufgrund dieses Urteils ihr Verdienstaufschlag in voller Höhe ersetzt wurde, scheint mir dennoch höchst unwahrscheinlich: in seinem

Hinweis für weitere Ermittlungen zur Höhe des Verdienstausfalls erklärt das Gericht es für „zweckmäßig“, die Klägerin aufzufordern, ihre Steuerbescheide vorzulegen.

Dem BGH²⁷ ging eine solche Rechtsauffassung entschieden zu weit, und so brachte er die Dinge 1976 wieder ins Lot. Das Urteil hat eine lesenswerte Begründung und diese ein verblüffendes Ergebnis:

Der BGH begründet ausführlich, daß

- trotz in manchen Bereichen veränderter Moralvorstellungen,
- trotz der Duldung der Prostitution durch den Gesetzgeber,
- trotz des Eingriffs der Öffentlichen Hand in die Organisation der Erwerbsunzucht beispielsweise durch die „Einrichtung von Frauenhäusern usw.“
- trotz der Besteuerung des Dirnenlohns als Einkommen aus einer Leistung (§ 22 EStG)

das soziale Unwerturteil über die Prostitution unverändert gerechtfertigt sei. Dies allein schon deshalb, weil die Prostituierte ihre eigene Person entwürdigte, die Unverzichtbarkeit der personalen Würde aber der Gesellschaft auch ohne Rücksicht auf den Willen ihres Trägers angelegen sein müsse.

Daß das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch für Prostituierte gelten könnte, zieht der BGH offenbar nicht in Betracht.

Wer nach all diesen Ausführungen des Urteils annimmt, nun werde die Schadensersatzklage abgewiesen wegen allgemeiner Sittenwidrigkeit des Einkommenserwerbs, täuscht sich. Der BGH gibt nun nämlich zu bedenken, die verletzte Prostituierte könne dann der Öffentlichen Hand zur Last fallen, stellt daraufhin lapidar fest:

ein solches Ergebnis schösse indessen über die gebotene sozialetische Korrektur so weit hinaus, daß es in anderer Richtung anstößig wäre

und findet nun ohne weitere Umwege eine Lösung: nach alledem hält es der Senat für angemessen, den Schadensersatz für entgangenen Dirnenlohn ... nach oben zu begrenzen durch die Höhe eines existenz-

deckenden Einkommens, das auch in einfachen Verhältnissen von jedem gesunden Menschen erfahrungsgemäß zu erreichen ist.

Angesichts einer solchen „Rechtsfindung“ fehlen der Verfasserin die abschließenden Worte.

- 1 vgl. Regina Schulte, Sperrbezirke, Frankfurt/Main 1979, S. 170
- 2 eine ausführliche Darstellung der Reglementierung der Prostitution, insbesondere des Problems der Sperrbezirke, aus feministisch-juristischer Sicht steht noch aus.
- 3 Hierzu ausführlich: Kühne, Prostitution als bürgerlicher Beruf? in ZRP 75, 184 ff.
- 4 mit dieser ausdrücklichen „Begründung“ BGHNJW 76, 1884
- 5 BGHZ 67, 122; OLG Celle, NJW 70, 1852; zuletzt OLG Düsseldorf, MDR 75, 661
- 6 RGZ 80, 221; 97, 225; BGH NJW 53, 257
- 7 M. Stein, zit. nach Bernard Schaffer, Psychologie heute, 1980, S. 56 ff
- 8 vgl. die Ergebnisse der Untersuchung von Janus, Bess und Saltus: A Sexual Profile of Men in Power, New York 1977
- 9 Kühne, a.a.O. S. 188
- 10 BGHSt 4, 373
- 11 BGHSt 2, 364; vgl. hierzu auch Kühne, a.a.O. S. 186
- 12 BGH NJW 54, 1292; BGHSt 6, 379; OLG Düsseldorf NJW 70, 1852; Palandt-Heinrichs, BGB § 138, 3c
- 13 BGHZ 41, 341
- 14 Kühne, a.a.O. S. 186
- 15 BGHZ 63, 365; OLG Hamm, NJW 75, 653
- 16 BGH NJW 70, 1179
- 17 BFHE 70, 73
- 18 BFHE 97, 378; HFR 70, 425
- 19 BFHE 80, 73
- 20 OFH, StuW 1950, Nr. 28; BFHE 97, 378 (381)
- 21 Zur Fragwürdigkeit der Argumentation des BFH vgl. Kühne, a.a.O. S. 186 f. Zur steuersystematischen Einordnung der Prostitution vgl. noch Brezing, StuW 1971, 171
- 22 BGH NJW 80, 2591
- 23 Die Bordellwirtin war u. a. wegen Steuerhinterziehung (Nichtabführung von Lohnsteuer) angeklagt.
- 24 BGH wie vor
- 25 BAG, NJW 76, 1958
- 26 OLG Düsseldorf, NJW 70, 1852
- 27 BGH NJW 76, 1884

Gisela Frederking, Gisela Friedrichs Schritt aus der Abhängigkeit — Nebenklagevertretung von Prostituierten in Zuhälterverfahren

Rita ist 27 Jahre alt und seit 1976 Prostituierte in Hamburg-St. Pauli. Sie hat in dieser Zeit teilweise mit und teilweise ohne einen Zuhälter gearbeitet. Mit den Jahren ist sie drogenabhängig geworden, um die Arbeit ertragen zu können. Etwa 1982 hat sie den Entschluß gefaßt, sich aus der Prostitution zu lösen.

In dieser Situation verliebte sie sich in Frankie, den sie vom Milieu her kennt, jedoch ohne zu wissen, daß er ein Zuhälter ist. Als sie nach kurzer Zeit zu ihm zieht, wird ihr bewußt, daß er eine zuhälterische Beziehung zu Marion unterhält. Es entsteht ein Konkurrenzverhältnis zwischen den beiden Frauen um die Gunst von Frankie.

Frankie nutzt die Verliebtheit von Rita aus, indem er ihr eine gemeinsame Zukunft in Aussicht stellt. Um das nötige Geld für den Erwerb einer Gaststätte zu beschaffen, schlägt er ihr vor, wieder als Prostituierte zu arbeiten. Rita, die immer noch sehr verliebt ist, willigt ein und nimmt freiwillig ohne großes Zögern 6 Wochen, nachdem sie ihn kennengelernt hat, die Prostitution wieder auf. Sie geht sogar gemeinsam mit Marion der Straßenprostitution nach.

Frankie, der nur von Sozialhilfe lebt, nimmt ihr von Anfang an das gesamte verdiente Geld ab. Mit der Zeit wird er anspruchsvoller, kontrolliert sie in

der Einhaltung der Arbeitszeiten und schreibt ihr schließlich sogar vor, „in Leder“ zu arbeiten, da damit mehr Geld zu verdienen ist. Wenn sie morgens nicht genug Geld mit nach Hause gebracht hat, bestraft er sie, indem er sie brutal schlägt und demütigt.

Rita, die jetzt wieder verstärkt zu Drogen greift, macht mehrere Versuche, sich aus dieser Beziehung zu lösen. In den zwei Jahren ihrer Beziehung zu ihm ist sie mehrfach im Frauenhaus, geht jedoch immer wieder freiwillig zu ihm zurück, mit der Absicht, sich „im guten“ von ihm zu trennen. Sie gerät immer wieder in eine Abhängigkeit zu ihm und sieht schließlich nur noch zwei Alternativen, wie sie im Prozeß später selbst sagt: „entweder ich werfe mich vor einen Zug oder ich zeige ihn bei der Polizei an“.

Am 1.2.1984 erstattet Rita Anzeige gegen Franke wegen Zuhälterei und Körperverletzung.

Wir haben die Geschichte von Rita aufgeschrieben, weil sie uns sehr typisch zu sein scheint für die einem Zuhälteriprozeß zugrundeliegende Beziehungskonstellation. Eine von uns hat Rita in dem dann folgenden Prozeß als Nebenklägerin vertreten.* Die Anschlußberechtigung ergab sich auch hier, wie in den Vergewaltigungsverfahren, aus dem Umweg über die Körperverletzung.

Bevor wir den Ablauf dieses Prozesses schildern, der uns exemplarisch zu sein scheint, wollen wir kurz die Rechtslage im Bereich der Strafbarkeit der Zuhälterei darstellen:

Im § 180a Abs. 3 StGB ist das gewerbsmäßige *Anwerben zur Prostitution* unter Freiheitsstrafe bis zu 5 Jahren gestellt. Diese Vorschrift richtet sich vor allem gegen Bordellbesitzer und Wirtschaftler, die ihren Betrieben neue Frauen zuführen wollen. Wenn es sich dabei um Frauen unter 21 Jahren handelt, ist als Strafe Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 10 Jahren vorgesehen. Dabei ist weder erforderlich, daß die Frau mit Gewalt oder Drohungen zur Aufnahme der Prostitution gezwungen wird, noch daß sie erstmalig der Prostitution „zugeführt wird“. Sie darf lediglich zur Tatzeit nicht anderweitig als Prostituierte tätig sein. Wenn die Frau vorher noch nie als Prostituierte gearbeitet hat, wird dies allerdings bei der Strafzumessung zu berücksichtigen sein.

Als *Menschenhandel* (§ 181 StGB) werden die schwerwiegenderen Formen der zwangsweisen Zu-

* Nach unseren Erfahrungen gibt es selbst bei Prostituierten, die ausgestiegen sind und jetzt Sozialhilfe beziehen, Schwierigkeiten mit der Bewilligung von Prozeßkostenhilfe für die Nebenklagevertretung. Die Richter unterstellen den Frauen, daß sie weiterhin neben anschaffen gehen und legen horrenden Verdienstsparnen zugrunde. Im Falle einer Mandantin ist es uns gelungen, Prozeßkostenhilfe für sie zu bekommen, nachdem wir eine Bescheinigung der Gesundheitsbehörden vorgelegt hatten, wonach sie ihre Registrierung als Prostituierte zurückgegeben hatte.

führung zur Prostitution mit Freiheitsstrafe von einem bis zu 10 Jahren bedroht. Das Gesetz zählt als Zwangsmittel auf: Gewalt, Drohung mit einem empfindlichen Übel, List und Entführung ins Ausland. Diese Vorschrift enthält – wie in § 177 StGB bei Vergewaltigung – in Absatz 2 die Möglichkeit der Annahme eines sogenannten minderschweren Falles. Ähnlich wie bei § 180a StGB ist für die Verwirklichung des Tatbestandes unerheblich, ob die Frau früher schon einmal als Prostituierte gearbeitet hat.

§ 181a StGB betrifft die „Zuhälterei im engeren Sinne“. Nach der Neufassung des Sexualstrafrechtes im Jahre 1973 soll hier allerdings nicht mehr „der parasitäre Charakter“ des Zuhälters bestraft werden, sondern geschütztes Rechtsgut ist die persönliche und wirtschaftliche Freiheit der Prostituierten, die durch aktive Zuhälterei zum Ausbeutungsobjekt gemacht wird. § 181a StGB unterscheidet drei Fallgruppen:

– *ausbeuterische Zuhälterei* (§ 181a Abs.1 Ziff. 1):

Die Rechtsprechung bejaht die Ausbeutung der Prostituierten, wenn eine „spürbare Verschlechterung ihrer wirtschaftlichen Lage feststellbar ist.“ Dies dürfte immer dann gegeben sein, wenn der Zuhälter mehr als 40 % ihres Verdienstes von ihr erhält. Hinzu kommen muß das „Ausnützen eines irgendwie gearteten Herrschafts- oder Abhängigkeitsverhältnisses innerhalb einer Beziehung, die über den Einzelfall hinausgeht“. Das alte Recht (vor 1973) setzte dabei noch die eigenartige persönliche Beziehung (das spezifisch zuhälterische Verhältnis) zwischen Täter und Opfer voraus. Die ist jedoch im geltenden Recht nicht mehr Voraussetzung, um auch rein geschäftlich-wirtschaftliche Beziehungen innerhalb größerer Zuhälterorganisationen erfassen zu können.

– *dirigistische Zuhälterei* (§ 181a Abs.1 Ziff. 2):

Diese wird zwar klar abgegrenzt, ohne jedoch mit einer weitergehenden Strafe als die ausbeute-

rische Zuhälterei bedroht zu sein. Beide werden als Vergehen eingestuft (vor 1973: Verbrechen) und unter Freiheitsstrafe von 6 Monaten bis zu 5 Jahren gestellt.

Bei der dirigistischen Zuhälterei ist der bestimmende Einfluß des Zuhälters auf die Prostitutionsausübung entscheidend. Das Gesetz nennt zunächst das Überwachen, wobei das kontrollierende, nicht das schützende Überwachen der Prostituierten gemeint ist. Daneben wird die Bestimmung von Ort, Zeit, Ausmaß und anderen Umständen der Prostitutionsausübung benannt. Hierunter fallen z. B. die Festsetzung der täglichen Arbeitszeit der Frau durch den Zuhälter, die Zuweisung ihres Standplatzes, die Festlegung der Zeit, die einem Freier zur Verfügung gestellt werden darf, und des Honorars, das pro Freier zu fordern ist.

Schließlich ist die dritte Form der dirigistischen Zuhälterei das Treffen von Maßnahmen durch den Zuhälter, die die Prostituierte davon abhalten sollen, die Prostitution aufzugeben. Hierunter fallen insbesondere auch Gewaltanwendungen, wenn die Frau nicht mehr will.

Alle Fallgruppen der dirigistischen Zuhälterei sind nur erfüllt, wenn dem Zuhälter das Handeln seines eigenen Vermögensvorteiles wegen nachgewiesen werden kann und gleichzeitig eine überlegene Stellung des Zuhälters vorliegt, die die Prostituierte in ihrer Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt.

– *kupplerische oder fördernde Zuhälterei* (§ 181a Abs. 2 StGB):

Dies ist die leichteste Begehungsform und betrifft den sogenannten „Vermittler“ oder „Schlepper“, der der Prostituierten Freier gewerbsmäßig zuführt (z. B. auch Taxifahrer, Hotelportiers, Kellner). Auch hier ist ein Herrschafts- oder Abhängigkeitsverhältnis innerhalb einer Beziehung, die über den Einzelfall hinausgeht, erforderlich, das immer dann ausscheidet, wenn nur gelegentliche Hinweise oder Vermittlungen stattfinden. Die Prostituierte soll in diesem Fall davor geschützt werden, in die Abhängigkeit von einem solchen Schlepper zu geraten.

Die Staatsanwaltschaft hatte Frankie vor der großen Strafkammer wegen ausbeuterischer und dirigistischer Zuhälterei (§ 181a Abs. 1 Ziffer 1, 2 StGB) und wegen gefährlicher Körperverletzung angeklagt. Er wurde in Untersuchungshaft genommen.

In der Hauptverhandlung stellte sich Frankie als fürsorglicher Partner dar, dem es nur darum ginge, Rita von der Prostitution, die sie nur aus eigenem Entschluß wieder aufgenommen habe, und vom Drogenkonsum abzubringen. Einer der schwerwiegendsten Anklagevorwürfe bestand darin, daß er Rita mit dem Kopf in ein Toilettenbecken gestoßen und dann das Wasser abgezogen hatte mit den Worten, sie sei ja auch nur „Scheiße“. Dieses von ihm eingeräumte Verhalten erklärte Frankie damit, er habe Rita, die in der Situation wieder einmal von den eingenommenen Drogen „im Tran“ gewesen sei, lediglich zum Erbrechen bringen wollen. Geld habe er nur von ihr bekommen, um Lebensmittel für den gemeinsamen Haushalt zu kaufen.

Die Verteidigung versuchte, Ritas Glaubwürdigkeit in mehreren Punkten zu erschüttern. Die Tatsache, daß sie seit Jahren als Prostituierte und auch mit Zuhältern gearbeitet hatte, wurde als Beleg dafür herangezogen, daß sie – im Milieu erfahren – gar nicht gegen ihren Willen auszubeuten sei, sondern sich den Lebensumständen des Milieus freiwillig unterworfen habe. Außerdem diene ihre Drogenabhängigkeit als Argument, ihre Erinnerungsfähigkeit an konkrete Mißhandlungen und die Höhe ihres Verdienstes in Zweifel zu ziehen.

Das Gericht hörte daraufhin einen medizinischen Sachverständigen. Der Gutachter stellte klar, daß Tablettenmißbrauch weder zwangsläufig Erinnerungslücken nach sich ziehe, noch die Ausübung der Prostitution unmöglich mache.

Als Zeuginnen traten Marion und eine weitere Prostituierte auf, mit der Frankie früher zusammen gewesen war. Beide versuchten, Frankie zu entlasten. Er sei zwar ihr Zuhälter gewesen, aber es sei schließlich absolut ihre Privatsache, wenn sie ihm auf freiwilliger Basis ihr Geld gegeben hätten.

Frankie wurde wegen Zuhälterei in Tateinheit mit Körperverletzung und wegen gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von 1 Jahr und 6 Monaten ohne Bewährung verurteilt.

Nach Auffassung der Strafkammer fiel zu Gunsten von Frankie ins Gewicht,

daß die Nebenklägerin Prostituierte bereits gewesen ist, bevor sie den Angeklagten kennenlernte und auch heute, nach der Trennung von dem Angeklagten, wieder diesem Beruf nachgeht. Sie war es, die auf sehr eindeutige Weise zu ihm Kontakt suchte, und es ihm – nicht zuletzt wegen ihrer Hoffnung auf eine gemeinsame Zukunft in den USA – anfangs recht leicht gemacht hat, sich zuhälterisch zu betätigen. Sie war ein willfähiges und leichtes Opfer und in ihrer Verliebtheit nur zu gern bereit, den durchsichtigen Versprechungen des Angeklagten Glauben zu schenken.

Das Zitat aus den Urteilsgründen zeigt exemplarisch die Vorurteile, denen Prostituierte ausgesetzt sind. Gleichzeitig kommt darin aber auch die besondere Problematik zum Ausdruck, mit der sich die Nebenklagevertreterin in solchen Verfahren konfrontiert sieht.

Selbst wenn die Prostituierte ihren Zuhälter angezeigt hat, stellt sich oft heraus, daß sie zwar schon vorher versucht hat, sich aus der von Gewalt und Demütigung gekennzeichneten Abhängigkeit zu lösen, sie aber trotz schwerster, oft sogar lebensgefährlicher Mißhandlung immer wieder zu ihm zurückgekehrt ist.

Diesem objektiv widersprüchlichen Verhalten stehen die Richter (Richterinnen nicht ausgenommen) verständnislos, zum Teil auch ablehnend gegenüber.* Im Fall von Rita wurde immer wieder nachgefragt, warum sie denn nicht im Frauenhaus geblieben sei, wo sie doch Hilfe und Unterstützung erfahren habe.

Dieses Unverständnis, das letztlich auf Unkenntnis der besonderen Beziehungskonstellation zwischen Prostituierten und Zuhälter beruht, führt zu Zweifeln an der Glaubwürdigkeit der Zeugin. Diese Zweifel wiederum wirken sich bei der Strafzumessung für den Zuhälter insofern strafmildernd aus, als es der Prostituierten angelastet wird, sich nicht aus der Beziehung gelöst zu haben („sie hat es ihm leicht gemacht, sich zuhälterisch zu betätigen.“). Bei dieser Argumentation wird nicht berücksichtigt, daß die meisten Beziehungen zwischen Prostituierten und Zuhältern jedenfalls von seiten der Frau als Liebesbeziehung beginnen. Wie Rita leben und lieben sie in der Hoffnung, durch schnell verdientes Geld eine bürgerliche Zukunft mit dem Zuhälter aufzubauen. Der Zuhälter täuscht seinerseits eine Liebesbeziehung vor und hält sie bei der Stange, indem er den Kauf einer Boutique, Diskothek oder Gaststätte in Aussicht stellt, sobald genügend Geld vorhanden sei (was allerdings sie „anzuschaffen“ hat).

Gerade das ausgeprägte Streben nach einem bürgerlichen Leben und die daran gekoppelte starke emotionale Bindung an den Zuhälter führen dazu, daß die Frauen eben „willfährige und leichte Opfer“ werden und auch „durchsichtigen“ Versprechungen der Zuhälter Glauben schenken. Dazu gehören auch die Versprechungen, sie nicht mehr zu schlagen und Beziehungen zu anderen Prostituierten, die auch für ihn arbeiten, aufzugeben.

* Unabhängig davon, welche Position eine feministische Anwältin zur Prostitution einnimmt, möchten wir auf folgendes hinweisen: Nach unseren Erfahrungen erstattet die Prostituierte nicht deshalb Strafanzeige, weil sie das zuhälterische Verhältnis als solches nicht mehr ertragen kann und will, sondern erst wenn es mit schweren Mißhandlungen einhergeht. So ist es auch nicht unverständlich, daß die Prostituierte nach dem Prozeß eine neue zuhälterische Beziehung eingeht und nicht etwa „geläutert“ dem Milieu endgültig den Rücken kehrt (diese Erwartung dürfte wohl bei so manchen Feministinnen zu finden sein).

Als weitere „Widersprüchlichkeit“ ist noch zu erwähnen, daß Prostituierte, die oft schon als Mädchen geschlagen und sexuell mißbraucht wurden, körperliche Gewalt nur dann als der Rede wert empfinden, wenn die Mißhandlungen zur Arbeitsunfähigkeit geführt haben. So antwortete eine Zeugin dem Richter auf dessen Frage, ob sie von dem Angeklagten geschlagen worden sei: „Nein, er hat mich nur in den Unterleib getreten.“

Oft fällt es den Zeuginnen auch schwer, konkrete Angaben zu einzelnen Mißhandlungen zu machen, also genau anzugeben wann sie wohin geschlagen worden sind. Hieraus ergeben sich für das Gericht Probleme bei der Subsumtion der vorgeworfenen Mißhandlungen unter konkrete Tatbestände.

Als Nebenklagevertreterinnen sehen wir unsere Aufgabe darin, den Gerichten die schwierige Situation von Prostituierten im Verhältnis zu ihren Zuhältern nahezubringen. Wir haben eine Prozeßerklärung ausgearbeitet, in der wir die angerissene Problematik erörtern. Wir halten es für prozeßrechtlich zulässig, diese Erklärung im Anschluß an die Verlesung der Anklage abzugeben. Es hat bisher auch noch keine Schwierigkeiten für uns gegeben, sie an dieser Stelle der Verhandlung einzubringen, da eine solche Erklärung im Plädoyer der Nebenklagevertreterin sicherlich zu spät kommt.

Letztlich werden wir aber auch – ähnlich wie in Vergewaltigungsverfahren – darauf angewiesen sein, wissenschaftlich abgesicherte Erkenntnisse vorzulegen, die den Nachweis der Glaubwürdigkeit der Prostituierten als Zeugin liefern können.*

* Zur Problematik der Glaubwürdigkeitsbegutachtung der Nebenklägerinnen siehe Angelika Burghardt, Glaubwürdigkeitsbegutachtung als Frauendiskriminierung, STREIT 1/85, S. 3; Ilka Junger, Die Begutachtung der Glaubwürdigkeit von Opferzeugen – rechtliche Grundlagen, STREIT 1/85, S. 7; Vereinigung Berliner Rechtsanwältinnen, Stellungnahme zu den Entwürfen eines „Gesetzes zum besseren Schutz der Opfer von Sexualdelikten“, STREIT 2/84, S. 48.

Claudia Burgsmüller Strafmilderung für Freier?

Anhand von einigen neueren Urteilen will ich untersuchen, ob in den vergangenen Jahren eine grundsätzliche Wandlung der ideologischen Argumentationsmuster dort stattgefunden hat, wo es um den Schutz des sexuellen Selbstbestimmungsrechtes von Prostituierten geht. Mich interessieren vor allem Sachverhalte, in denen eine Prostituierte im Zusammenhang mit ihrer Berufsausübung vergewaltigt und/oder sexuell genötigt worden ist, wie dies z. B. bei der Gewaltausübung eines Freiers gegenüber der Frau nach einem bezahlten Geschlechtsverkehr der Fall ist, wenn die Prostituierte ein weiteres Zusammensein mit dem Mann ablehnt.

Zu Zeiten des Reichsgerichtes und der älteren Literatur, die durch die §§ 177 ff StGB vor allem die Geschlechtshhre der Frauen geschützt sehen wollten, die willfähiger Gebrauchsgegenstand einzelner legitimer Besitzer waren (Ehefrauen, „unschuldige Mädchen“), ist die Prostituierte aus dem Schutzbereich der Norm herausgefallen: Man ging davon aus, daß eine Frau, die die Spielregeln für den Verkauf körperlicher Sexualität in der Interaktion mit einem Mann selbst bestimmen will, auch für das entsprechende Berufsrisiko verantwortlich ist.

Seit das „sexuelle Selbstbestimmungsrecht“ von Frauen als Schutzgut der §§ 177 ff. deklariert wurde und Frauen in einem zähen Kampf begonnen haben, dieses Recht auch einzufordern, sind mir keine Urteile mehr zur Kenntnis gekommen, die eine Prostituierte grundsätzlich aus dem Schutzbereich der Normen ausnehmen wollten: kein Strafgericht wird heute einer Prostituierten allein wegen ihrer Berufszugehörigkeit das Recht absprechen, Modalitäten, Ort und Zeit und Preis der sexuellen Interaktion zu bestimmen.

Heute hingegen bietet immer noch der im Abs. 2 des § 177 StGB vorgesehene „minder schwere Fall“ Anlaß zu Vorsatz-Schuld- und/oder Strafzumessungserwägungen, bei denen dem Freier und Täter Strafmilderung gewährt wird, wenn eine Prostituierte betroffen ist. Das hohe Maß an Gewaltausübung und die lebensbedrohliche Situation für die Prostituierte treten dann in den Hintergrund.

Der BGH hatte noch 1973 (BGH MDR 1973, 555) festgestellt, daß „hinsichtlich der Schuld ein sehr erheblicher Unterschied (besteht), ob eine unbescholtene Frau oder eine Prostituierte, die sich allgemein zu unzüchtigen Handlungen hinzugeben pflegt, das Opfer eines Sittlichkeitsverbrechens wird“. Hier wird zum wiederholten Male nicht nur eine diskriminierende Einstellung gegenüber Prostituierten deutlich, sondern vor allem das Vorurteil der Rechtsanwender: sie sind noch weit entfernt davon, die Willensfreiheit einer Frau zu schützen und in der Vergewaltigung ein Delikt zu sehen, das Ausdruck

des Hasses und der Verachtung von Männern gegenüber von Frauen ist.

Die mir bekannten Strafverfahren, in denen es um die Vergewaltigung einer Prostituierten ging, haben mir verdeutlicht, wie groß die Verachtung des Freiers für gerade die Frau sein muß, von der er sich zuvor eine Dienstleistung erkaufte; der Illusion, im Geschlechtsakt Macht über eine sich hingebende Frau ausüben zu können beraubt, gingen die Täter mit brutaler Gewalt gegen die jeweilige Prostituierte vor.

Alle im folgenden ihrem wesentlichen Inhalt nach zitierten Strafurteile sind unter der Mitwirkung von Rechtsanwältinnen als Vertreterinnen der vergewaltigten Prostituierten als Nebenklägerin zustande gekommen.

LG Hamburg, Große Strafkammer, Urteil v. 9.10.84 –(93) 60/84 KLS–

Es geht um einen 33-jährigen Kraftfahrer, der strafrechtlich schon wie folgt in Erscheinung getreten ist:

Am 14. November 1974 verurteilte ihn das Landgericht Lübeck wegen Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von 10 Monaten zur Bewährung. Die Strafe wurde nach Ablauf der Bewährungszeit erlassen.

Am 9. Februar 1978 verurteilte ihn das Landgericht Itzehoe wegen sexueller Nötigung in Tateinheit mit versuchter Vergewaltigung zu einer Freiheitsstrafe von 4 Jahren. Er verbüßte die Strafe von 1978 bis 1981, ein Strafrest von 17 Monaten wurde ihm bis zum 31. März 1985 zur Bewährung ausgesetzt. Der Angeklagte hatte Mitte 1977 ein Mädchen, das er in einer Diskothek in Hamburg kennengelernt hatte, durch Schläge und Drohungen gezwungen, mit ihm im Auto und in der Wohnung sexuelle Handlungen vorzunehmen und hatte versucht, es zu vergewaltigen.

Der Angeklagte hatte Anfang 1984 die Nebenklägerin, die als Prostituierte auf dem Autostrich arbeitete, nach Vereinbarung eines Preises von DM 30 für einen Mundverkehr in seinem Pkw mitgenommen. Nachdem die Nebenklägerin den Angeklagten eine Viertelstunde lang bearbeitet hatte, ohne daß es zu einem Orgasmus gekommen war, befürchtete sie Unannehmlichkeiten. Sie hatte den Stimmungsumschwung beim Freier bemerkt, bot an, das Geld zurückzugeben und bat ihn, sie zu ihrem Standplatz zurückzufahren. Sie wurde daraufhin am Verlassen des Autos mit Gewalt gehindert. Er fuhr dann gegen den Willen der Nebenklägerin an einen anderen Ort und drohte, er bringe sie um, falls es ihr nicht gelinge, ihn zu befriedigen.

Die Zeugin folgte der Aufforderung. Der Angeklagte war sich bewußt, daß die Zeugin dies nur tat, weil sie aufgrund seines Gesamtverhaltens und der ausgesprochenen Drohung Angst hatte, umgebracht zu werden. Die Zeugin entschloß sich nunmehr, die für sie lebensbedrohlich erscheinende Situation dadurch zu mildern, daß sie ihm vorspielte, die von ihm geforderten sexuellen Handlungen ohne inneren Widerstand, aus eigenem Antrieb intensiv und letztlich sogar mit eigenem Lustempfinden vorzunehmen. Der

Angeklagte, der nüchtern war und die Situation einschätzen konnte, hat jedoch zu keiner Zeit des gesamten Handlungsablaufs daran geglaubt, daß die Zeugin die Handlungen freiwillig vornehme oder dulde.

Nachdem es zu weiteren Bedrohungen, Geschlechtsverkehr und Mundverkehr gegen den Willen der Zeugin gekommen war, kam der Angeklagte schließlich zum Orgasmus. Das gesamte Geschehen hatte sich über mehrere Stunden hingezogen.

Rechtlich hat sich der Angeklagte einer sexuellen Nötigung nach § 178 StGB in Tateinheit mit Vergewaltigung nach § 177 StGB schuldig gemacht.

Bei der Strafzumessung ist die Kammer davon ausgegangen, daß hinsichtlich der Vergewaltigung wegen der Kurzzeitigkeit der Tat und angesichts der Tatsache, daß die Zeugin ursprünglich mit der entgeltlichen Vornahme sexueller Handlungen einverstanden war, ein minder schwerer Fall nach § 177 Abs. 2 StGB vorliegt, denn dies kennzeichnet die Tat bei einer Gesamtwürdigung hinsichtlich der Vergewaltigung als minder schwer gegenüber dem Normalfall des § 177 StGB. Hinsichtlich der sexuellen Nötigung liegt wegen der Dauer der Handlung, der Intensität und des Gewichts der Drohungen trotz der ursprünglichen Vereinbarung über die Vornahme sexueller Handlungen eindeutig ein Normalfall des § 178 StGB vor.

Bei der konkreten Strafzumessung mußte zu Lasten des Angeklagten die intensive und langandauernde Tatausführung ins Gewicht fallen. Dabei war zwar zu berücksichtigen, daß sich die Zeugin aus der Sicht des Angeklagten in ihrer sexuellen Ehre durch die Tat nicht in gleicher Weise beeinträchtigt fühlte wie etwa ein Opfer, das nicht der Prostitution nachgeht. Andererseits war dem Angeklagten klar, daß aufgrund der massiven Drohungen und der für ihn offenkundigen Todesangst der Zeugin eine schwere Beeinträchtigung der Zeugin stattfand.

Zu Gunsten des Angeklagten hat die Kammer das Geständnis berücksichtigt, zu dem sich der Angeklagte in der Hauptverhandlung durchgerungen hat.

Die Vorstrafen hat die Kammer nur sehr eingeschränkt zu Lasten des Angeklagten verwertet, weil vom Gesamtgeschehen her die Taten nicht vergleichbar erscheinen und man deshalb nicht feststellen kann, daß die jetzige Tat auf einer vergleichbaren inneren Einstellung beruhen, wie sie bei den früheren Taten zutage getreten ist. Berücksichtigung finden mußte jedoch die Tatsache, daß der Angeklagte wegen Taten im Bereich der Sittlichkeitsdelikte bestraft wurde und die Haftverbüßung eine Warnfunktion hatte.

Zu berücksichtigen war bei der Strafzumessung auch – und dies wirkte sich strafmildernd aus – daß dem Angeklagten aus der vorangegangenen Verurteilung noch ein Strafrest von immerhin 17 Monaten offensteht, der bei Widerruf der Bewährung zu einer entsprechend erhöhten Gesamtstrafdauer führt. Insgesamt erschien nach Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände eine Freiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten schuldangemessen.

Ähnlich „aufgeklärt“ gab sich ein Berliner Strafrichter am Amtsgericht Tiergarten, der in den Feststellungen des Urteils ebenfalls dazu kommt, daß eine Prostituierte nach einem bezahlten Geschlechtsverkehr beim Hausbesuch von dem Freier über mehrere Stunden brutal bedroht und vergewaltigt worden ist.

AG Tiergarten, Urteil des Schöffengerichts v. 5.5.81 –255-48/81– (3 männliche Richter)

Der Angeklagte hat sich danach der Vergewaltigung nach § 177 StGB schuldig gemacht. Er hat die Zeugin mit Gewalt und durch Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben zum außerehelichen Beischlaf mit ihm genötigt. Ob der Angeklagte die Drohungen tatsächlich ernst

meinte, ist ohne Bedeutung. Es ist festgestellt worden, daß jedenfalls die Zeugin die Drohungen des Angeklagten ernst genommen hat.

Trotz der nicht unerheblichen Intensität der Gewaltanwendung und der massiven Drohungen lag ein minder schwerer Fall im Sinne des § 177 Abs. 2 StGB vor. Zwar spricht hierfür nicht schon allein die Tatsache, daß es sich bei dem Opfer um eine – damalige – Prostituierte handelte, doch kann der Zusammenhang zwischen dem vorhergehenden, im beiderseitigen Einvernehmen erfolgten sexuellen Verkehr und dem nachfolgenden nunmehr gewaltsamen Akt nicht außer acht gelassen werden. Insofern war für den Angeklagten der Schritt zur Überschreitung der Strafbarkeitsgrenze geringer als bei einer Tat, wo der gewaltsamen Ausübung des Geschlechtsverkehrs kein solcher freiwilliger Akt vorausgegangen ist – Fälle die dem typischen Unrechtsgehalt des § 177 StGB weit mehr entsprachen als der vorliegende. Ferner war zugunsten des Angeklagten zu berücksichtigen, daß infolge des genossenen Alkohols eine gewisse Enthemmung nicht ausgeschlossen werden kann, ohne daß dies jedoch zu einer erheblichen Verminderung der Einsicht- und Steuerungsfähigkeit im Sinne des § 21 StGB geführt hätte. (Es folgen Ausführungen zum Blutalkoholgehalt).

Andererseits war strafverschärfend zu berücksichtigen, daß der Angeklagte die Zeugin über einen erheblichen Zeitraum festgehalten hat, die Gewaltanwendung nicht unerheblich war und die ausgesprochenen Drohungen sehr massiv auf die Zeugin einwirken mußten. Hierdurch hat er die Zeugin in eine beinahe panische Angst versetzt; die Zeugin mußte zeitweilig ernstlich um ihr Leben fürchten. Darüber hinaus konnte auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Angeklagte in der Hauptverhandlung keinerlei Einsicht in das Unrecht seines Tuns gezeigt hat, sondern versucht hat, sein Verhalten zu beschönigen und zu vertuschen. Unter Berücksichtigung dieser Gesamtumstände hielt das Gericht eine Freiheitsstrafe in Höhe von 10 Monaten für schuldangemessen.

Die Vollstreckung der Freiheitsstrafe konnte gemäß § 56 Abs. 1 StGB zur Bewährung ausgesetzt werden, da zu erwarten ist, daß der Angeklagte sich schon die Verurteilung zur Warnung dienen lassen und künftig keine Straftaten mehr begehen wird. Bei Würdigung der im Zusammenhang mit erheblichem Alkoholgenuß stehenden Tat und der Lebensverhältnisse des bisher nicht bestraften Angeklagten, der in einem festen Beruf steht, erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß es sich bei dem gesamten Geschehen mehr um ein einmaliges Vergehen gehandelt hat, dessen Wiederholung unter dem Eindruck der hier verhängten Strafe nicht zu befürchten ist. Um dem Angeklagten dennoch das Unrecht seines Handelns vor Augen zu führen, hat ihm das Gericht eine Geldbuße zugunsten einer Organisation auferlegt, die sich mit der Förderung des Schutzes mißhandelter Frauen befaßt.

Die zuvor zitierte Entscheidung ist geprägt von einem weit verbreiteten Vorurteil, wonach die Vergewaltigung eines jungen Mädchens auf der Straße durch einen Fremden allein den Strafrahmen des § 177 Abs. 1 StGB rechtfertige.

Auf die Berufung dieses Angeklagten hin wurde er von einer Strafkammer des Landgerichts Berlin freigesprochen; auf die Revision der Nebenklägerin wurde das freisprechende Urteil aufgehoben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer zurückverwiesen. Diese entschied wie folgt:

LG Berlin, 15. Große Strafkammer, Urteil v. 2.10.84 –515-61/82–

Der Angeklagte hat sich somit wegen Vergewaltigung gemäß § 177 StGB strafbar gemacht. Er hat eine Frau mit

Gewalt und durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zum außerehelichen Beischlaf mit ihm genötigt. Der Angeklagte hat sowohl Gewalt ausgeübt, indem er die ihm körperlich unterlegene Zeugin auf dem Bett festgehalten hat, als auch mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben gedroht, da er mit Erschießung und Verbrühen mit heißem Wasser gedroht hat. Es liegt eine fortgesetzte Handlung und damit nur eine Tat im Sinne des Strafgesetzbuches vor, da der Angeklagte beim ersten gewaltsamen Geschlechtsakt den Entschluß gefaßt hatte, die Nebenklägerin im Verlaufe des weiteren Abends noch mehrfach zu vergewaltigen.

Bei der Strafzumessung geht die Kammer nicht von einem minder schweren Fall der Vergewaltigung aus. Zwar war für den Angeklagten durch den der Tat vorangegangenen freiwilligen, bezahlten Geschlechtsverkehr eine niedrigere Hemmschwelle zu überwinden, zumal sich die Geschädigte bereits gänzlich entkleidet in seinem Schlafzimmer befand. Dadurch, daß er die Nebenklägerin mindestens ein und eine halbe Stunde lang festhielt sowie drangsalierte und die Zeugin in dieser Zeit mehrfach zum Geschlechtsverkehr zwang, geht die jetzt abzuurteilende Tat weit über die üblicherweise vorkommenden Vergewaltigungsfälle hinaus. Ein minder schwerer Fall liegt daher nicht vor. Dies gilt auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß der Angeklagte bisher nicht bestraft ist und seine Schuldfähigkeit zum Tatzeitpunkt erheblich vermindert war. Die Strafe ist daher aus § 177 Abs. 1 StGB zu entnehmen.

Aufgrund seiner alkoholbedingten verminderten Schuldfähigkeit machte die Kammer jedoch von der Milderungsmöglichkeit des § 21 StGB Gebrauch. Innerhalb des anzuwendenden Strafrahmens des § 49 Abs. 1 StGB kann die Strafe nach Überzeugung der Kammer jedoch nicht im unteren Bereich angesetzt werden. Zwar spricht für den Angeklagten, daß er nicht bestraft ist und zum Zeitpunkt des Tatbeginns sexuell erregt und noch nicht befriedigt war. Starfverschärfend wirken sich jedoch die Punkte aus, die bereits zur Ablehnung eines minder schweren Falles geführt haben. Darüber hinaus hat er eine ganz erhebliche kriminelle Energie gezeigt, indem er die Zeugin nochmals zum Geschlechtsverkehr gezwungen hat, nachdem er wußte, daß diese bereits die Polizei alarmiert hat.

Die vom Schöffengericht verhängte Freiheitsstrafe von 10 Monaten, die nur 4 Monate über der durch § 49 Abs. 1 Nr. 3 StGB vorgeschriebenen gesetzlichen Mindeststrafe liegt, ist daher unvertretbar milde. Die Kammer ist durch die Vorschrift des § 331 StPO jedoch daran gehindert, die Strafe schuldangemessen zu erhöhen. Es hat daher bei der vom Schöffengericht verhängten Freiheitsstrafe in Höhe von 10 Monaten zu verbleiben. Das Berufungsgericht hat aber den Urteilstenor des angefochtenen Urteils richtiggestellt, der von „Vergewaltigung im minder schweren Fall“ ausging.

Dieses begrüßenswerte Urteil läßt hoffen, daß die Rechtsprechung zur Vergewaltigung (und sexuellen Nötigung) sich tatsächlich zu einem Schutz der Willensfreiheit von Frauen im sexuellen Bereich entwickeln wird. In dieselbe Richtung weist die Entscheidung des Landgerichts Itzehoe:

LG Itzehoe, 1. Große Strafkammer, Urteil v. 2.11.82 – 8 KLS 29/82 I –

Der Angeklagte, der an einem Abend im Mai 1982 kein Bargeld mehr bei sich hatte, nahm sich vor, eine Prostituierte vom Autostrich in der Großen Elbstraße in Hamburg unter Vortäuschung seiner Zahlungsfähigkeit und – Bereitschaft in sein Auto zu locken und diese an einem abgelegenen Ort durch Bedrohung mit seinem Schreckschußrevolver ..., der mit 6 Platzpatronen geladen war und im Innenfach der Fahrertür steckte, zum Geschlechtsverkehr ohne Entgelt zu nötigen.

Bei der ersten Prostituierten, die er genötigt hatte, bei ihm einzusteigen und mit ihm gegen ihren

Willen zu einem bestimmten Ort zu fahren, gab er seinen Plan noch auf und brachte sie nachhause. Eine weitere Prostituierte auf dem Autostrich, die zu ihm in den Wagen gestiegen war, wurde von ihm mit geladenem Schreckschußrevolver, den sie für eine scharfe Schußwaffe hielt, bedroht. Sie wurde gezwungen, sich auszuziehen, bei ihm den Mundverkehr sowie später Geschlechtsverkehr auszuführen. Noch danach kam es zu weiteren Drangsalierungen und Bedrohungen der Prostituierten durch den Angeklagten, die sich ebenfalls über Stunden hinzogen; u. a. würgte er die Frau.

Nach dem vom Gericht festgestellten Sachverhalt hat sich der Angeklagte schuldig gemacht:

- einer Vergewaltigung nach § 177 StGB, indem er Frau X durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben zum außerehelichen Beischlaf mit ihm nötigte.
- in einem Akt von eigenem Unwert einer sexuellen Nötigung nach § 178 StGB, indem er Frau X durch Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib und Leben nötigte, außereheliche sexuelle Handlungen – nämlich den Mundverkehr – an ihr vorzunehmen,
- und einer Körperverletzung nach § 223 StGB, indem er Frau X durch Würgen mit beiden Händen an ihrem Hals körperlich mißhandelte.

Die Handlungen sind wegen ihres natürlichen, örtlichen und zeitlichen Zusammenhangs als tateinheitlich zu werten (§ 52 StGB). Ein Tötungsvorsatz beim Würgen ist dem Angeklagten nicht mit hinreichender Sicherheit nachzuweisen. Dagegen spricht der Umstand, daß der Angeklagte davon abließ, obgleich nichts ihn daran hinderte, das Würgen fortzusetzen.

§ 177 StGB, dem die Strafe nach § 52 Abs. 2 StGB zu entnehmen ist, sieht Freiheitsstrafe von zwei Jahren bis zu 15 Jahren vor. Gemäß § 21 StGB hat die Strafkammer von der Milderungsmöglichkeit des § 49 StGB Gebrauch gemacht, so daß von einem Strafrahmen von sechs Monaten bis zu 11 Jahren drei Monaten auszugehen ist.

Bei der Strafzumessung fällt erschwerend ins Gewicht, daß die vom Angeklagten geschaffene Drohsituation über einen beträchtlichen Zeitraum, nämlich über etwa 1 1/2 Stunden, auf Frau X einwirkte. Durch die zeitlich gestaffelte Drohung mit dem Schreckschußrevolver und auch durch das Würgen geriet Frau X immer wieder aufs neue in Todesangst, wenn sie schon geglaubt hatte, der Angeklagte werde nun endlich von ihr ablassen. Dabei wurde ihre Angst dadurch gesteigert, daß die Taten in entlegener und unbewohnter Gegend geschahen, die Frau X unbekannt war. Die sexuelle Intensität seines Vorgehens steigerte der Angeklagte dadurch beträchtlich, daß er Frau X zusätzlich zum Mundverkehr, ein Akt beträchtlichen eigenen Unwerts, nötigte. Die Schuld des Angeklagten wiegt nach allem schwer.

Strafmildernd hat die Strafkammer sehr wesentlich das nicht beschönigende Geständnis des Angeklagten berücksichtigt, das offensichtlich von seiner Einsicht und Reue getragen war und Frau X von vornherein vor der Gefahr bewahrte, in ihrer Glaubwürdigkeit in Zweifel gezogen zu werden.

Angesichts des beträchtlichen Unrechts – und Schuldgehalts der Taten kommt die Annahme eines minderschweren Falles nicht in Betracht. Auch als Prostituierte verdient Frau X den vollen Schutz ihrer Freiheit zur sexuellen Selbstbestimmung. § 21 StGB darf nicht doppelt strafmildernd berücksichtigt werden (§ 50 StGB).

Nach Abwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände hält die Strafkammer eine Freiheitsstrafe von vier Jahren für tat- und schuldangemessen sowie für erforderlich, den Angeklagten erzieherisch zu beeinflussen und ihn in Zukunft von Straftaten abzuhalten, letztlich

auch zur Verteidigung der Rechtsordnung vor solchen Gewalttätern für geboten. Nach 2/3 der Strafverbüßung wird zu prüfen sein, ob der Straftäter zur Bewährung ausgesetzt werden kann, eine Maßnahme, die hier von der Strafkammer günstig beurteilt wird.

Die aufgezeigte positive Entwicklung, die die Rechtsprechung mit den vorgenannten Urteilen nimmt, sollte von Nebenklägerinvertreterinnen in ähnlichen Prozessen nicht nur in ihren Plädoyers verwendet werden; verstärkt sollten Nebenklägerinnen von ihrem Recht, Rechtsmittel einzulegen, Gebrauch machen, wenn der Vergewaltiger in 1. Instanz nur wegen eines „minderschweren Falles“ verurteilt wurde. Nur durch die ständige Konfrontation der Rechtsanwender mit feministischen Argumentationsmustern kann eine fortschrittliche Rechtsprechung, wie die beiden Beispiele zeigen, erreicht werden.

Thema: Prostitution Kurzbibliografie

- Barbara/Christine de Coninck*: Die geteilte Frau
Verlag Gudula Lorez, Berlin 1980
- Biermann, Pieke*: Wir sind Frauen wie andere auch!
– Prostituierte und ihre Kämpfe (daraus besonders: Bock, Gisela: „Keine Arbeitskräfte in diesem Sinne“ – Prostituierte im Nazi-Staat) rororo 'Sachbuch' 7645, Hamburg 1982
- Ebbinghaus, Angelika u. a.*: Heilen und Vernichten im Mustergau Hamburg (daraus besonders: Der Staat – Prostituiertenjäger und Zuhälter)
Konkrete Literatur Verlag, Hamburg 1984
- Fiegel, Verena*: Über den Zusammenhang von Staat – Militär – Prostitution
Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis, Heft 13, Köln 1985
- Giesen, Rose-Marie/Schumann, Gunda*: An der Front des Patriarchats
Bensheim 1980
- Girtler, Roland*: Frankisten, Teilhaber und Burenhäutstrizzis: Stellung und Funktion des Zuhälters im Wiener Milieu,
in: Kriminalsoziologische Bibliographie, Heft 38/39, 1983, Jg. 10 (Als Sonderheft zum Thema Prostitution ist dieses Heft besonders interessant!)
- ders.*: Die Prostituierte und ihre Kunden
in: Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1984, S. 323 - 341
- Kahmann/Lanzerath*: Weibliche Prostitution in Hamburg
Kriminalistik Verlag, Heidelberg 1981
- Kühne, Hans Heiner*: Prostitution als bürgerlicher Beruf?
in: Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP), Heft 8/1975
- Röhr, Dorothea*: Prostitution. Eine empirische Untersuchung über abweichendes Sexualverhalten und soziale Diskriminierung
Suhrkamp 'Edition' 580, Frankfurt/M. 1972
- Schulte, Regina*: Sperrbezirke. Tugendhaftigkeit und Prostitution in der bürgerlichen Welt
Syndikat, Frankfurt/M. 1979

Stallberg, Friedrich W. u. a.: Prostitution als Mißstand: Zur Analyse kommunaler Problemkonstitution und -kontrolle
aus: „Soziale Probleme und soziale Kontrolle“, Beiträge zur sozialwissenschaftlichen Forschung, Bd. 29
Westdeutscher Verlag, Opladen 1982

ders.: Prostitution – Ein Problem staatlicher Kontrolle
in: Kriminalsoziologische Bibliographie, Heft 38/39, 1983, Jg. 10
Zum Thema *Vergewaltigung* erschien in STREIT 1/84, 2/84 eine 16 Seiten umfassende Bibliografie von Claudia Burgsmüller
RAinnen Gisela Frederking, Gisela Friedrichs, Hamburg

Urteil mit Anmerkungen

LG Kiel, §§ 395 Abs. 1, 374 Abs. 1 Nr. 2, 4 StPO

Nebenklage ohne Strafantrag

Eine Strafanzeige wegen Vergewaltigung kann zugleich einen Strafantrag wegen Beleidigung bzw. Körperverletzung enthalten, wenn die gebotene Schriftform gewahrt ist und sich aus ihr ein Strafverfolgungsbegehren zweifelsfrei entnehmen läßt.

LG Kiel, Beschluß vom 15.4.1985 – 32 as 92/85 –

Vorbemerkung

Das Amtsgericht Eckernförde hatte den Antrag der Zeugin, als Nebenklägerin zugelassen zu werden, mit der Begründung zurückgewiesen, es mangle an den erforderlichen Strafanträgen, so daß deshalb eine Verurteilung nicht erfolgen könne.

Nach der derzeitigen Rechtslage ist Vergewaltigung nicht als nebenklagefähiges Delikt in der StPO aufgeführt. Eine Berechtigung zur Nebenklage wird nur dann als gegeben angesehen, wenn die betroffene Frau hinsichtlich der – zu der angeklagten Vergewaltigung in Gesetzeskonkurrenz stehenden – Beleidigungs- und Körperverletzungsdelikte als Privatklägerin aufzutreten befugt wäre.

Die Rechtsprechung fordert – zu Unrecht, wie ich meine – das Vorliegen eines wirksamen Strafantrages als Voraussetzung für die Zulassung der Nebenklage. Dies wird oft zum Problem, nicht zuletzt deshalb, weil die Zeuginnen selten darüber aufgeklärt werden, daß sie Strafantrag stellen müssen bzw. welche Folgen das Fehlen eines Strafantrages hat.

Durch nachfolgend abgedruckten Beschluß des Landgerichts Kiel werden wenigstens die Fälle erfaßt, in denen die betroffenen Frauen innerhalb der Strafantragsfrist des § 77 b StGB (3 Monate) Strafanzeige erstattet haben, die Form des § 158 Abs. 2 StPO (schriftlich oder zu Protokoll bei Gericht und Staatsanwaltschaft, schriftlich bei anderen Behörden) gewahrt ist und sich aus ihr ein Strafverfolgungsbegehren im bestimmten Sinne zweifelsfrei entnehmen läßt.

Nicht erfaßt werden allerdings die Fälle, in denen die Frauen Strafanzeige nicht selbst erstattet haben oder die Strafanzeige erst nach Ablauf der 3-Monats-Frist erstattet wird – Grund genug, zu fordern, daß Vergewaltigung als nebenklagefähiges Delikt in die StPO aufgenommen wird, um diese Probleme mit der Stellung von Strafanträgen aus der Welt zu schaffen.

Aus den Gründen:

Eine Berechtigung der Geschädigten, sich dem Verfahren als Nebenklägerin anzuschließen, ist dann gegeben, wenn die Geschädigte hinsichtlich der – zu der Tat der Anklageschrift (Vergewaltigung) in Gesetzeskonkurrenz stehenden – Beleidigungs- und Körperverletzungsdelikte als Privatklägerin aufzutreten befugt wäre (§ 395 Abs. 1 StPO i. V. m. § 374 Abs. 1 Nr. 2 und 4 StPO – vgl. Beschluß des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts – 2 Ws 556/84 – vom 20. Juli 1984).

Nach dem oben genannten Beschluß des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts soll unter Hinweis auf andere obergerichtliche Rechtsprechung eine Befugnis zur Privatklage einer Geschädigten jedoch nur dann zustehen, wenn diese fristgerecht und wirksam wegen der Antragsdelikte Strafantrag gestellt hätte. Denn ohne rechtzeitigen Strafantrag soll das Recht, als Privatklägerin aufzutreten, nicht gegeben sein.

Danach war in der vorliegenden Sache zu prüfen, ob die Geschädigte rechtzeitig Strafantrag gestellt hat. Die Strafprozeßordnung stellt an die für die Stellung eines Strafantrags gebotene Schriftform (§ 158 Abs. 2 StPO nicht die strengen Anforderungen, wie sie im bürgerlichen Recht gegeben sind. Der Strafantrag ist auslegungs- und ergänzungsfähig. Dies gilt insbesondere bei Officialdelikten, die in Gesetzeskonkurrenz mit Antragsdelikten stehen. Gerade bei dem Vorwurf der Vergewaltigung sind die Erklärungen einer Geschädigten hinsichtlich eines möglichen Strafantrags auszulegen, zumal nach den Richtlinien für das Strafverfahren die Pflicht für die Ermittlungsbehörden besteht, auf die Möglichkeit eines Strafantrages hinzuweisen.

Auch eine Strafanzeige kann zugleich einen Strafantrag im eigentlichen Sinne enthalten, wenn die Form des § 158 Abs. 2 StPO gewahrt ist und sich aus ihr ein Strafverfolgungsbegehren im bestimmten Sinne zweifelsfrei entnehmen läßt (vgl. Müller i. Karlsruher Kommentar, StPO, § 158 Rdnr. 48 m. w. Nachw.). In einer Anzeige wegen eines Sittlichkeitsdeliktes kann ein Strafantrag wegen Beleidigung bzw. Körperverletzung liegen. So ist es im vorliegenden Fall.

Die Zeugin hat am 10. Juni 1984, also unmittelbar nach der vorgeworfenen Tat, eine ausführliche polizeiliche Aussage gemacht. Darin hat sie den Beschuldigten belastet, wie sie es auch zum Schluß ihrer Vernehmung mit den Worten: „Ich bin mir bewußt, daß ich eine schwerwiegende Beschuldigung gegen den Mann vorbringe“ zum Ausdruck gebracht hat. Die Zeugin ist dann auch am 10. Juni 1984 richterlich vernommen worden. Aus dem Zusammenhang ihrer gesamten Erklärungen ergibt sich zweifelsfrei ihr Verfolgungswille. Die Zeugin hat ihre polizeiliche Vernehmung auch unterschrieben.

Nach alledem sind die Erklärungen der Zeugin als Strafantrag hinsichtlich aller in Betracht kommenden Delikte auf Grund des Vorfalls anzusehen.

Mitgeteilt von RAin Charlotte Spieler, Kiel

Anmerkung

Dem Amtsgericht Eckernförde ist die seit geraumer Zeit geführte rechtspolitische Diskussion um die Nebenklage in Verfahren, die Vergewaltigung und sexuelle Nötigung zum Gegenstand haben, entgangen. Die „Hilfskonstruktion“ – Zulässigkeit der Nebenklage über die in Gesetzeskonkurrenz stehenden Körperverletzungs- und/oder Beleidigungstatbestände – wird von keinem OLG mehr bestritten.

Zur Frage der Strafantragsfrist schafft das LG Kiel erfreuliche Klarheit.

Gleichzeitig wird deutlich, wie berechtigt und notwendig eine Erweiterung der Nebenklagebefugnis auf all jene Tatbestände ist, deren Schutzgut ein höchstpersönliches Rechtsgut, und hier insbesondere das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung ist. (Siehe auch Beschlußfassung der Strafrechtlichen Abteilung des DJT 1984, Beteiligungsrechte der Verletzten, „Nebenklage“, Ziffer 4a, in NJW 84, S. 2680). Eine derartige Ausweitung der Anschlußbefugnis wäre ein wichtiger Beitrag zur Änderung der antiquierten, aber immer noch vertretenen Definition dieses Rechtsinstitutes, wonach eine Nebenklägerin/ein Nebenkläger nur ein persönliches Interesse auf Genugtuung wahrnehme und deshalb ihre/seine Stellung wegen des einseitigen Vergeltungsstrebens problematisch sei. (Kleinknecht/Meyer, Kommentar zur StPO, 36. Aufl. Vor § 391,1).

Spektakuläre und auch eine Vielzahl weniger pressewirksamer Verfahren haben in breiten Juristenkreisen zu der Erkenntnis geführt, daß es sich bei der Wahrnehmung der Rechte einer Nebenklägerin um Schutzrechte und nicht um die Ausbreitung von Rachegehlüsten handelt. Diese Sichtweise setzt jedoch die Einsicht voraus, daß vergewaltigte und mißhandelte Frauen als Zeuginnen auch vor allen anderen Verfahrensbeteiligten geschützt werden müssen.

RAin Doris Hübner, Berlin

Urteil

BAG, §§ 1 HausarbTagG NRW, 10 KrankenpflegeG, Art. 3 Abs. 2 GG

Doch Anspruch auf Hausarbeitstag!

§ 1 HausarbTagsG NRW ist nach wie vor jedenfalls für verheiratete Frauen anwendbar und verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 2 GG.

Auch Krankenschwesternschülerinnen haben generell Anspruch auf Gewährung von Hausarbeitstagen.

Das Günstigkeitsprinzip hat Verfassungsrang, mit der Folge, daß tariflich günstigere Urlaubsregelungen im BAT/KF entgegenstehenden gesetzlichen Regelungen des Krankenpflegegesetzes (§ 10) vorgehen.

BAG, Urteil vom 14.11.1984, - 5 AZR 443/80-

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin befand sich in den Jahren 1976 – 1980 in der Ausbildung zur Krankenschwester. Sie war verheiratet und hatte 1 Kind. Der Ehemann war berufstätig.

Die Parteien streiten darüber, ob der Klägerin für die Zeit von Oktober 1979 bis März 1980 Abgeltung für 3 Urlaubstage und 6 Hausarbeitstage zusteht.

Inhalt des Ausbildungsvertrages der Klägerin war u.a., daß auf die 3-jährige Ausbildung Unterbrechungen durch Ferien bis zu 4 Wochen und solche wegen Erkrankungen und Schwangerschaft bis zu 12 Wochen angerechnet werden sollten. Im übrigen wurde die Gültigkeit des geltenden Tarifvertrages vereinbart (BAT/KF). Dieser sah pro Urlaubsjahr 22 Urlaubstage vor.

Die Beklagte verweigerte der Klägerin die Gewährung von 3 Tagen Tarifurlaubs mit dem Hinweis auf § 10 Krankenpflegegesetz. Sie ist der Auffassung, der tarifliche Jahresurlaub von 22 Arbeitstagen sei nach § 10 Krankenpflegegesetz um 2 Tage zu kürzen. Nach dieser Vorschrift könne das Ausbildungsziel nur erreicht werden, wenn die Lehrgänge lediglich bis zu 4 Wochen jährlich unterbrochen werden.

Die Klägerin hatte in der Ausbildungszeit in der Doppelwoche 80 Stunden zu arbeiten, und zwar von Montag der einen bis zum Freitag der nächsten Woche, also an zwölf aufeinanderfolgenden Tagen. Bei dieser Arbeitszeitgestaltung wird dem übrigen Krankenpflegepersonal der Hausarbeitstag nach dem Hausarbeitstagesgesetz von Nordrhein-Westfalen gewährt. Der Klägerin wurde der Hausarbeitstag mit dem Hinweis darauf verweigert, daß sie als Krankenpflegeschülerin keine Arbeitsleistung im Sinne des Gesetzes erbringe.

Nachdem es der Klägerin wegen Zeitablaufes nicht mehr möglich war, innerhalb der Ausbildung die Hausarbeitstage und Urlaubstage zu nehmen, verlangt sie für 6 Hausarbeitstage und für die ihr verweigerten 3 Urlaubstage Abgeltung.

Die Klägerin konnte diese Ansprüche erst- und zweitinstanzlich durchsetzen. Hiergegen wendet sich die Beklagte mit der Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision ist nicht begründet. Das Berufungsgericht hat der Klägerin zu Recht für sechs Hausarbeitstage und drei Urlaubstage eine Abgeltung zugesprochen.

I.

Die Klägerin konnte in der Zeit von Oktober 1979 bis März 1980 monatlich einen Hausarbeitstag beanspruchen.

1.

Der Anspruch ergibt sich aus § 1 HausarbTagsG NRW. Der Senat ist im vorliegenden Fall nicht gehindert, diese Gesetzesvorschrift anzuwenden. Für eine Aussetzung des Verfahrens besteht kein Anlaß.

a) Das Bundesverfassungsgericht hat allerdings mit Beschluß vom 13. November 1979 (BVerfGE 52, 369 = AP Nr. 28 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen) entschieden, es sei mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbar, wenn alleinstehenden Frauen mit eigenem Hausstand, nicht aber Männern in gleicher Lage ein Anspruch auf den monatlichen Hausarbeitstag gewährt werde. Das Bundesverfassungsgericht hat sich jedoch auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit beschränkt und § 1 HausarbTagsG NRW nicht etwa für nichtig erklärt. In der Begründung hat es darauf hingewiesen, dem Gesetzgeber stünden verschiedene Wege offen, die von der Verfassung geforderte Gleichheit herzustellen. Der Dritte Senat des Bundesarbeitsgerichts hat daraufhin mit Beschluß vom 26. Januar 1982 (BAG 37, 352 = AP Nr. 29 zu § 1 HausarbTagsG Nordrh.-Westfalen) ein Verfahren ausgesetzt, in dem eine alleinstehende Arbeitnehmerin den Hausarbeitstag gefordert hat.

b) Im vorliegenden Fall wird die Rechtsstellung der Klägerin durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht berührt. Die Klägerin ist nicht alleinstehend, sondern verheiratet. Ob auch die Begünstigung verheirateter Frauen gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstößt, hat das Bundesverfassungsgericht bisher nicht entschieden. Es hat diese Frage in dem angeführten Beschluß vielmehr ausdrücklich offengelassen (vgl. BVerfGE, a.a.O., zu B II 2b der Gründe). In solchen Fällen besteht die vom Bundesverfassungsgericht ausgesprochene Anwendungssperre des § 1 HausarbTagsG NRW nicht (vgl.

Heussner, NJW 1982, 257, 258). Der Senat ist daher nicht daran gehindert, über den Anspruch einer verheirateten Arbeitnehmerin auf den Hausarbeitstag nach der zur Zeit gegebenen Gesetzeslage zu entscheiden. Insoweit ist nach dem gegenwärtigen Rechtszustand noch von der Verfassungsmäßigkeit des § 1 HausarbTagsG NRW auszugehen.

c) Der Senat ist nicht gehalten, die verfassungsrechtliche Vereinbarkeit des § 1 HausarbTagsG NRW mit Art. 3 Abs. 2 GG im Hinblick auf eine ungerechtfertigte Bevorzugung verheirateter Arbeitnehmerinnen zu prüfen und diese Rechtsfrage gegebenenfalls dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG zur Entscheidung vorzulegen.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 1 HausarbTagsG NRW könnten im Hinblick auf Art. 3 Abs. 2 GG vorliegend nur darin bestehen, daß verheiratete Arbeitnehmer im Gegensatz zu verheirateten Arbeitnehmerinnen von der im Gesetz vorgesehenen Vergünstigung ausgeschlossen sind. Diese Bedenken führen aber nicht zwangsläufig dazu, § 1 HausarbTagsG NRW als nichtig und damit als unanwendbar anzusehen. Mit Rücksicht auf die gesetzgeberische Gestaltungsbefugnis müßte sich das Bundesverfassungsgericht auch in diesem Falle darauf beschränken, die Vorschrift als unvereinbar mit dem Grundgesetz zu erklären; die Beseitigung des Gleichheitsverstößes müßte es dem Gesetzgeber überlassen (BVerfGE 37, 217, 260; 39, 316, 332).

Vorliegend ist jedoch nicht darüber zu entscheiden, ob durch die noch bestehende Gesetzesvorschrift (§ 1 HausarbTagsG NRW) verheiratete Männer im Vergleich zu verheirateten Frauen benachteiligt sind. Solange die gesetzliche Regelung noch besteht und über ihre Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz aus Anlaß einer Benachteiligung von Männern noch nicht entschieden ist, muß sie von den Gerichten angewendet werden (vgl. dazu auch BVerfG Beschluß vom 24. Januar 1984 – 1 BvL 7/82 – NJW 1984, 1675).

2.

Die Klägerin erfüllte in der Zeit von Oktober 1979 bis März 1980 die Voraussetzungen, nach denen ihr ein Hausarbeitstag zu gewähren ist. Das Berufungsgericht hat ihr zu Recht einen Anspruch auf Abgeltung von sechs Hausarbeitstagen zuerkannt.

Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung ist das HausarbTagsG NRW auch auf das Ausbildungsverhältnis der Klägerin anzuwenden.

Nach den von der Revision mit Verfahrensrügen nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war das Ausbildungsverhältnis der Klägerin überwiegend praktisch ausgestaltet; es ist daher als arbeitsrechtlich betriebliches Ausbildungsverhältnis anzusehen, für das die Vorschriften des Berufsbildungsgesetzes gelten (vgl. hierzu BAG 28, 269, 274 = AP Nr. 3 zu § 611 BGB Ausbildungs-

verhältnis, zu I 1a) u. b) der Gründe, BAG 33, 213, 217 = AP Nr. 4 zu § 611 BGB Ausbildungsverhältnis).

Nach § 3 Abs. 2 BBiG sind auf den Ausbildungsvertrag, soweit sich aus seinem Wesen und Zweck nichts anderes ergibt, die für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze anzuwenden. Das gilt auch für die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften, soweit das Berufsbildungsgesetz hierzu keine Sonderregelung enthält (vgl. Weber, BBiG, § 3 Anm. 2; Gedon/Spiertz, Berufsbildungsrecht, § 3 Anm. 2; Natzel, Berufsbildungsrecht, 3. Aufl., S. 106 ff.).

Das Hausarbeitstagsgesetz ist ein Arbeitsschutzgesetz im engeren Sinne (BAG 13, 1, 4 = AP Nr. 19 zu § 1 HausarbTagsG Nordrhein.-Westfalen, zu B I 2 der Gründe). Es ist daher auf arbeitsrechtlich betrieblich ausgestaltete Ausbildungsverhältnisse anzuwenden. Es sind keine Gründe dafür ersichtlich, eine dem Berufsbildungsgesetz unterliegende Frau von diesem Schutzgesetz auszuschließen. Durch das HausarbTagsG NRW soll die berufstätige Frau bei ihrer Doppelaufgabe von Berufstätigkeit und Haushaltsführung entlastet werden. Diesen Belastungen ist eine Auszubildende ebenso ausgesetzt wie eine in einem Arbeitsverhältnis stehende Frau.

II.

Der Klägerin stand auch ein Anspruch auf den ungekürzten tariflichen Jahresurlaub zu. Sie kann daher auch Abgeltung der Urlaubstage verlangen.

1.

Nach § 48 Abs. 1 BAT/KF hat die Klägerin im Urlaubsjahr Anspruch auf 22 Urlaubstage. Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung wird dieser tarifliche Anspruch nicht durch § 10 Nr. 1 KrankenpflegeG eingeschränkt.

Das Krankenpflegegesetz trifft in den §§ 9 und 10 Regelungen über die Dauer der Ausbildung. Danach dauern die Lehrgänge in der Krankenpflege drei Jahre. In § 10 ist bestimmt, welche Unterbrechungen auf die Dauer des Lehrgangs anzurechnen sind, nämlich Unterbrechungen durch Ferien bis zu vier Wochen jährlich und Unterbrechungen wegen Erkrankung oder Schwangerschaft bis zur Gesamtdauer von 12 Wochen. § 10 KrankenpflegeG enthält damit nur eine modifizierende Aussage über die Lehrgangsdauer. Nach dem Sinn der Vorschrift sollen Unterbrechungen von einem bestimmten zeitlichen Umfang nicht auf die Lehrgangsdauer angerechnet werden, weil sonst erfahrungsgemäß die Gefahr besteht, daß das Ausbildungsziel nicht erreicht werden könnte.

Die Vorschrift verhindert jedoch nicht, daß gesetzliche, tarifliche oder ausbildungsrechtliche Bestimmungen eine Unterbrechung des Lehrgangs auch für längere Dauer vorsehen; sie trifft lediglich eine Regelung darüber, ob diese Zeiten auf die Lehrgangsdauer angerechnet werden oder der Gesamtausbildung hinzuzurechnen sind. Im letzteren Falle

verlängert sich die dreijährige Ausbildung entsprechend (Kilian, Kommentar zum Krankenpflegegesetz, § 10 Anm. II; Eichholz/Bernhardt, Kommentar zum Krankenpflegegesetz, 4. Aufl., § 10 Anm. 1; zum Rechtscharakter des § 10 KrankenpflegeG vgl. auch den Beschluß des Gemeinsamen Senats der Obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 27. Januar 1983 – GmS – OGB 2/82 = AP Nr. 4 zu § 14 BBiG, zu III 4 der Gründe).

2.

Daß § 10 KrankenpflegeG lediglich die Dauer des Lehrgangs regelt und nicht zu einer Kürzung des gesetzlichen bzw. tariflichen Jahresurlaubs führen kann, ergibt sich aus einem Vergleich mit anderen gesetzlichen Urlaubsbestimmungen (dem § 19 Jugendarbeitsschutzgesetz und dem § 44 Schwerbehindertengesetz – wird ausgeführt).

Die Auffassung der Revision, wonach § 10 Nr. 1 KrankenpflegeG den tariflichen Bestimmungen vorgehen soll, würde schließlich auch zu einer Einschränkung des Günstigkeitsprinzips (§ 4 Abs. 3 TVG) führen, dem nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts Verfassungsrang zukommt (BAG 10, 247, 256 = AP Nr. 2 zu § 4 TVG Angleichungsrecht). Denn einer Krankenpflegeschülerin wäre es dann verwehrt, trotz der günstigeren tarifvertraglichen Regelung einen längeren Urlaubsanspruch als 22 Werktage geltend zu machen. Ein derartiger Regelungsumfang kann dem § 10 KrankenpflegeG nicht unterstellt werden.

Anmerkung

Gesetzliche Regelungen über den Hausarbeitstag gibt es außer in Nordrhein-Westfalen noch in Hamburg, Bremen und Niedersachsen.

Urteil

Schmerzensgeld wegen Diskriminierung
ArbG Hamburg, §§ 611a, 823, 847 BGB, EG
Richtlinie 76–207

Eine Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne von § 611 a BGB liegt vor, wenn einer Bewerberin nicht einmal die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre berufliche Qualifikation unter Beweis zu stellen.

Es ist deshalb unerheblich, ob die Klägerin die bestqualifizierte Bewerberin war und die Beklagte sie bei gesetzeskonformem Verhalten eingestellt hätte.

Ein Schmerzensgeldanspruch der Klägerin ergibt sich aus §§ 823 Abs. I, 847 BGB, da die Diskriminierung der Klägerin durch die Beklagte eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt.

ArbG Hamburg, Urteil vom 7.3.1985, 8 Ca 124/81

Aus dem Sachverhalt:

Die Beklagte ist ein internationales Unternehmen, das sich u. a. mit dem Verkauf von landwirtschaftlichen Rohstoffen befaßt. 1981 ließ die Beklagte in der Zeitung „Welt“ eine Stellenanzeige veröffentlichen, in der sie leistungsbereiten Hochschulabsolventen der Wirtschaftswissenschaften „Das Sprungbrett für die Management-Karriere“ bot.

Die Klägerin, die im Oktober 1980 ihr Studium der Betriebswirtschaftslehre mit der Prüfung als Diplom-Kauffrau abgeschlossen hatte, bewarb sich mit Schreiben vom 28. Januar 1981 auf diese Position. Auf die Bewerbung der Klägerin reagierte die Beklagte mit folgendem Schreiben vom 3. Februar 1981:

*Sehr geehrtes Fräulein X,
vielen Dank für Ihre Bewerbung vom 28. Januar 1981 und das darin zum Ausdruck kommende Interesse an unserer Unternehmensgruppe und dem von uns angebotenen Trainee-Programm.*

Der weltweite Handel mit landwirtschaftlichen Massengütern, zu dem, neben der Erzeugung, als wesentliche Elemente auch die internationale Massengutschiffahrt und äußerst nervös reagierende, hochspekulative Warenterminbörsen in den Haupterzeugungsländern gehören, hat bis heute seine ausschließlich männliche Prägung bewahrt. Noch weniger als in anderen Bereichen der Wirtschaft ist in unserer Branche Damen der Einbruch in Managementpositionen gelungen. Daher wendete sich unsere Anzeige auch in der Tat nur an männliche Hochschulabsolventen der Wirtschaftswissenschaften.

Wir bitten deshalb um Verständnis, wenn wir von der weiteren Verfolgung Ihrer Bewerbung Abstand nehmen. Dabei legen wir ausdrücklichen Wert auf die Feststellung, daß wir Ihre allgemein gute Qualifikation damit nicht in Zweifel ziehen.

Für Ihre berufliche Entwicklung wünschen wir Ihnen alles Gute.

Auf Veranlassung der Klägerin richtete die vom Senat der Freien und Hansestadt Hamburg eingerichtete Leitstelle Gleichstellung der Frau eine Anfrage an die Beklagte. Diese erklärte gegenüber der Leitstelle, daß sie die Klägerin ausschließlich deshalb für die in der Stellenanzeige ausgeschriebene Position abgelehnt habe, weil sie eine Frau sei. Die Klägerin erhob daraufhin vor dem Arbeitsgericht Hamburg Klage, mit der sie die Einstellung als Managementnachwuchskraft für den Agrarrohstoffhandel begehrte bzw. Schadensersatz wegen unterlassener Einstellung von der Beklagten forderte.

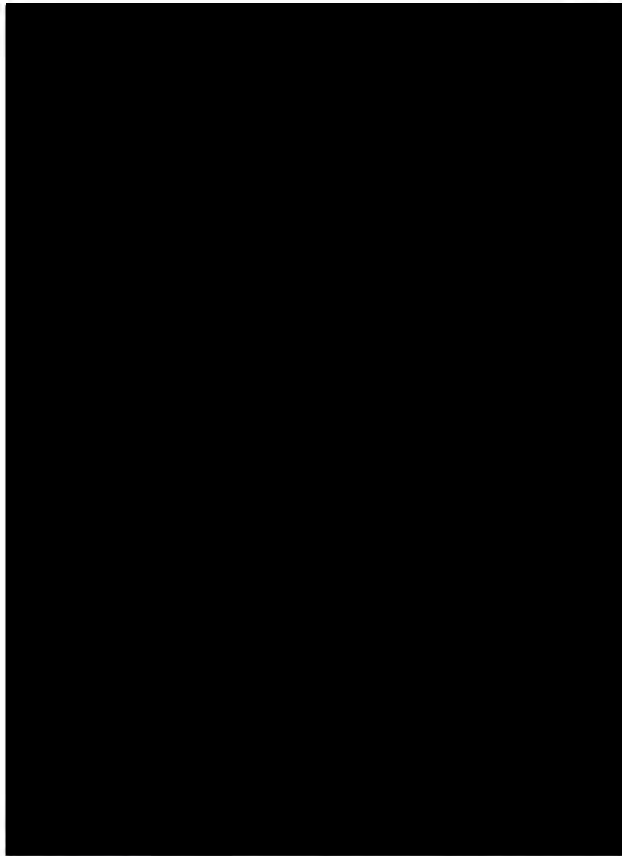
Die Klage wurde der Beklagten am 18. März 1981 zugestellt. Mit Schreiben vom 7. April 1981 bot die Beklagte der Klägerin an, über eine mögliche Tätigkeit bei ihr ein Gespräch in ihrem Hause zu führen. Ein weiteres Gespräch führte die Klägerin auf Einladung der Beklagten in ihrer europäischen Zentrale in Genf. Mit Schreiben vom 3. Juni 1981 teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß sie nach Auswertung der mit der Klägerin geführten Gespräche beschlossen habe, die Klägerin nicht in ihr Ausbildungsprogramm aufzunehmen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, daß die zugeschriebene Position, auf die sich die Klägerin beworben habe, mit einem männlichen Bewerber besetzt werden müsse. Im Bereich der Merchandising von landwirtschaftlichen Rohstoffen seien ausschließlich Männer tätig. U.a. liefere sie, die Beklagte, große Mengen von Getreide nach Saudi-Arabien. Die dort herrschenden religiösen und sozialen Strukturen schlossen die Geschäftsanbahnung und die Pflege bestehender Geschäftsverbindungen durch eine Frau aus.

Aufgrund der in Hamburg und in Genf mit der Klägerin geführten und ausgewerteten Einstellungsgespräche habe sich herausgestellt, daß die Klägerin in keiner Weise für eine Führungsposition in der Wirtschaft geeignet sei.

Das Arbeitsgericht Hamburg hat – ausgehend von der Feststellung, daß die Klägerin im Verfahren um die Einstellung diskriminiert worden ist und die Umsetzung der Richtlinie 76/207 in innerstaatliches Recht bisher nicht erfolgt ist, das Verfahren ausgesetzt und dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt. (wird ausgeführt)*

* Urteil d. EuGH v. 10.4.84. in STREIT 3/84, S. 84



Die Klägerin trägt vor, § 611a Abs. 2 BGB sei als nicht-existent zu werten mit der Folge, daß die normalen zivilrechtlichen Schadensersatzansprüche anzuwenden seien, die vorrangig zu Naturalrestitution, d.h. zum Abschluß des Arbeitsvertrages führten. Sie habe daher gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Einstellung. Allerdings sei es ihr unzumutbar, bei der Beklagten tätig zu werden. Die Beklagte sei daher verpflichtet, an sie Schadensersatz zu leisten in Höhe von mindestens 12.000,- DM.

Die Beklagte trägt vor, eine Diskriminierung der Klägerin sei im vorliegenden Fall nicht erfolgt, da sachliche Gründe maßgebend für die Entscheidung gewesen seien, die Klägerin nicht einzustellen. Die Nichteinstellung sei nämlich allein deshalb erfolgt, weil die Klägerin den Anforderungen nicht gewachsen sei, die sie, die Beklagte, als unabdingbar für den Arbeitsplatz angesehen habe.

Aus den Gründen:

Die Klage ist begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 15.002,31 DM. Der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz folgt aus dem § 823 Abs. 2, 611a Abs. 1 Satz 1, § 249 BGB und §§ 823 Abs. 1, 847 BGB.

Die Kammer ist der Überzeugung, daß die Klägerin beim Zugang zu der von der Beklagten annoncierten Stelle diskriminiert worden ist, und zwar ist die Diskriminierung im vorliegenden Fall im Verfahren um die angestrebte Einstellung erfolgt.

Die Beklagte hat der Klägerin auf ihre Bewerbung mitgeteilt, daß sich ihre Anzeige nur an männliche Hochschulabsolventen der Wirtschaftswissenschaften gewandt habe und sie deshalb von der weiteren Verfolgung der Bewerbung der Klägerin Abstand nehme. Die Beklagte hat diese Absage ergänzt mit der ausdrücklichen Feststellung, daß sie die allgemein

gute Qualifikation der Klägerin damit nicht in Zweifel ziehe. Damit hat die Beklagte unmißverständlich erklärt, daß sie an einem Bewerbungsgespräch allein deshalb nicht interessiert gewesen sei, weil die Klägerin weiblichen Geschlechts ist. Die Beklagte hat die Klägerin wegen ihres Geschlechts benachteiligt. Denn wenn einer Bewerberin nicht einmal die Möglichkeit eingeräumt wird, ihre berufliche Qualifikation unter Beweis zu stellen und testen zu lassen, nur weil sie weiblichen Geschlechts ist, liegt eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vor.

Diese Benachteiligung ist entgegen der Ansicht der Beklagten nicht durch die während des Prozesses durchgeführten Bewerbungsgespräche 1981 geheilt oder aufgehoben worden. Denn diese Einstellungsgespräche haben stattgefunden unter dem Druck des arbeitsgerichtlichen Verfahrens mit der Folge, daß nach Auffassung des Gerichts eine vorurteilsfreie Bewertung der Qualifikation der Klägerin durch die Beklagte nicht mehr gewährleistet war. Aus diesem Grunde kommt es nach Auffassung des Gerichts auf die Feststellungen der Beklagten, daß die Klägerin nach den von der Beklagten erstellten Verwertungsbögen eine Punktzahl von 80,5 bzw. 76 erreicht habe, nicht an.

Aufgrund der festgestellten Diskriminierung hat die Klägerin gegen die Beklagte einen Anspruch auf Schadensersatz. Gemäß § 611a Abs. 2 BGB umfasst die Höhe des Schadensersatzanspruchs den Ersatz des Schadens, den der Arbeitnehmer dadurch erleidet, daß er darauf vertraut, die Begründung des Arbeitsverhältnisses werde nicht wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot unterbleiben, d.h., daß die Klägerin die Bewerbungskosten in Höhe von 1,80 DM Porto, 0,47 DM für einen Briefumschlag, 0,04 DM für einen Briefbogen, insgesamt 2,31 DM verlangen kann.

§ 611 a Abs. 2 BGB ist einer Auslegung, die einen höheren Schadensersatz als den Vertrauensschaden, also den Ersatz der Bewerbungskosten, ermöglicht, nicht zugänglich. Durch die in § 611 a Abs. 2 BGB vorgenommene Beschränkung des Schadensersatzanspruches auf den Vertrauensschaden, hat der Gesetzgeber sich damit begnügt, einer diskriminierten Bewerberin einen rein symbolischen Schadensersatzanspruch zuzusprechen, der in der Regel wenige DM – wie der vorliegende Fall zeigt – betragen würde. Diese gesetzliche Regelung ist daher nicht geeignet, einen Arbeitgeber davon abzuhalten, Bewerber bei der Einstellung zu diskriminieren.

Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 10. April 1984 entschieden, daß die Regelung des § 611 a Abs. 2 BGB nicht der EG-Richtlinie 76/207 entspricht und daß es nunmehr Sache des nationalen Gerichts sei, über die Frage der Auslegung des bundesdeutschen Rechts zu entscheiden. Dies folgt insbesondere aus Ziffer 3 des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 10. April 1983,

in dem der Europäische Gerichtshof feststellt, daß für den Fall, daß sich ein Mitgliedsstaat dafür entscheidet, als Sanktion für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot eine Entschädigung zu gewähren, diese Entschädigung über einen rein symbolischen Schadensersatz wie etwa die bloße Erstattung von Bewerbungskosten hinausgehen müsse.

Das Gericht hat somit die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot bei dem Abschluß des Arbeitsvertrages in Anwendung des bundesdeutschen Zivilrechts unter Außerachtlassung des richtlinienwidrigen § 611 a Abs. 2 BGB zu bestimmen.

Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ergibt sich aus §§ 823 Abs. 2, 611 a Abs. 1 BGB und 823 Abs. 1, 847 BGB. Der § 611 a Abs. 1 BGB ist als Schutzgesetz im Sinne der Vorschrift des § 823 Abs. 2 anzusehen.

Die Diskriminierung der Klägerin durch die Beklagte stellt gleichzeitig auch eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar, das als sonstiges Recht im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB anerkannt ist (Schwerdtner in: Münchner Komm. z. BGB 1978 Rdn. 153 zu § 12). Unter dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht wird das Recht des einzelnen auf Achtung seiner Menschenwürde und auf Entfaltung seiner individuellen Persönlichkeit verstanden. Hierzu gehört auch die Ausfüllung einer Berufsrolle, die ein allgemein anerkanntes und wegen ihrer Gesellschaftsdienlichkeit unverzichtbares Element menschlicher Sinnggebung ist, und deren Verlust einen besonderen immateriellen Schaden begründet.

§ 611 a Abs. 1 BGB hat den Inhalt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts für den Bereich des Zugangs zur Beschäftigung weiter konkretisiert. Frauen dürfen beim Zugang zur Beschäftigung nicht benachteiligt werden, das Geschlecht bei der Auswahlentscheidung keine Rolle spielen. Stellt der Arbeitgeber gleichwohl auf das Geschlecht der Bewerberinnen oder Bewerber ab, so liegt darin eine Verletzung der individuellen Entfaltungsmöglichkeit und der Chancen zu gesellschaftlicher Teilhabe.

Diese erhebliche Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gilt nicht nur für diejenige Bewerberin, die im Falle einer diskriminierungsfreien Entscheidung eingestellt worden wäre, sondern für alle Bewerberinnen, denen aufgrund ihres Geschlechts keine Chance zur Berücksichtigung eingeräumt worden ist. Deshalb ist es auch unerheblich, ob die Klägerin die bestqualifizierte Bewerberin war und die Beklagte sie bei gesetzeskonformem Verhalten eingestellt hätte. Denn die Diskriminierung der Klägerin war wie oben ausgeführt, darin begründet, daß die Beklagte ihr allein aufgrund ihres Geschlechts keine Chance zur Berücksichtigung ihrer Bewerbung eingeräumt hat.

Ein Ersatz des Nichtvermögensschadens in Geld wird von der Rechtsprechung bejaht, wenn entweder eine objektiv erheblich ins Gewicht fallende

Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt oder wenn den Schädiger der Vorwurf schwerer Schuld trifft und die Persönlichkeitssphäre bei Versagen einer Entschädigung ohne Schutz bliebe. Beide Voraussetzungen sind bei einer diskriminierenden Auswahlentscheidung des Arbeitgebers erfüllt. Denn, wie der EuGH zutreffend festgestellt hat, blieben Bewerberinnen, die keine oder nur eine Entschädigung in Höhe der Bewerbungskosten verlangen könnten, ohne jeden wirksamen Schutz. Denn auf der Seite des diskriminierenden Arbeitgebers besteht kein wirkungsvoller Anreiz, Diskriminierungen zu unterlassen, wenn er ernsthaft nur mit wenigen DM-Beträgen Schadensersatz rechnen muß. Eine spürbare Sanktion, die sein Verhalten eher bestimmen wird und die deshalb den Anforderungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes entspricht, ist nur dann gegeben, wenn er damit rechnen muß, Schadensersatz wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts der diskriminierten Bewerberin zahlen zu müssen.

Die Höhe des Schmerzensgeldes muß den hier genannten Kriterien – Ausgleich der Persönlichkeitsrechtsverletzung und spürbare Sanktion für den Arbeitgeber – entsprechen. Die Beachtung der o.g. Kriterien führt dazu, der Klägerin einen Betrag von 15.002,31 DM zuzusprechen, da das Gericht eine Schadensersatzforderung in Höhe von etwa sechs Monatsgehältern, hier 15.000 DM für angemessen hält. Dazu kommen die Bewerbungskosten in Höhe von 2,31 DM.

Mitgeteilt von RA Klaus Bertelsmann, Hamburg

Urteil mit Anmerkung

BVerwG, § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG

Ortszuschlag bei Kinderbetreuung

Pflege und Erziehung eines minderjährigen unverheirateten Kindes stellen im Sinne der Bestimmungen über den Ortszuschlag, ebenso und gleichwertig wie die Leistung einer Geldrente, Gewährung von Unterhalt dar.

Eine Auslegung des Unterhaltsbegriffs, welche den wirtschaftlichen Wert tatsächlicher Betreuungsleistungen unberücksichtigt läßt, ist verfassungsrechtlich nicht vertretbar.

Urteil des BVerwG vom 15.11.1984 – 2 C 24.82 – (OVG BF I 86/80)

Aus den Gründen:

Die Klägerin, die gegenüber ihrem geschiedenen Ehemann nicht zum Unterhalt verpflichtet ist und deshalb nicht unter § 40 Abs. 2 Nr. 3 BBesG fällt, hat nach der Ehescheidung ihre 1965 geborene Tochter dauernd in ihre Wohnung aufgenommen. Sie gewährt ihr außerdem Unterhalt aufgrund gesetzlicher Verpflichtungen (§§ 1601 ff. BGB). Daß die Klägerin ihrer Tochter in dem hier maßgeblichen Zeitraum vor deren Volljährigkeit Unterhalt gewährt hat,

folgt schon daraus, daß sie ihre Tochter gepflegt und erzogen hat (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB). Auch diese Leistung, mit der die Klägerin ihre Verpflichtung, zum Unterhalt ihres minderjährigen, unverheirateten Kindes beizutragen, erfüllt hat (vgl. hierzu auch BGH, Urteile vom 2. Juli 1980 -IV b ZR 519/80- (NJW 1980, 2306) und vom 28. Januar 1981 -IV b ZR 573/80 (NJW 1981, 923)), ist Gewährung von Unterhalt im Sinne des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG. Zu diesem Ergebnis ist bereits das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 24. Januar 1984 -3 AZR 205/82 - gelangt. (in STREIT 4/84, S. 136)

Was als Gewährung von Unterhalt auf Grund gesetzlicher Verpflichtung im Sinne des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG zu verstehen ist, richtet sich mangels eigenständiger Regelung im Bundesbesoldungsgesetz nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts. Der Unterhalt, dessen Maß sich nach der Lebensstellung des Bedürftigen bestimmt, umfaßt den gesamten Lebensbedarf einschließlich der Kosten einer angemessenen Vorbildung zu einem Beruf, bei einer der Erziehung bedürftigen Person auch die Kosten der Erziehung (§ 1610 Abs. 1 und 2 BGB).

Eltern haben die Unterhaltspflicht gegenüber ihren Kindern nach Maßgabe des § 1606 Abs. 3 BGB anteilig zu erfüllen. Hiervon geht auch § 1610 Abs. 3 S. 1 BGB bei der Bestimmung des Mindestregelbedarfs des Kindes aus, der erst zusammen mit der Pflege und Erziehung des Kindes dessen Gesamtunterhalt deckt. Aus dem Wortlaut des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, daß hiervon abweichend nur derjenige Beamte Anspruch auf Ortszuschlag nach Stufe 2 haben soll, der für den vollen Unterhalt der in seine Wohnung aufgenommenen Person aufkommt. Eine solche einschränkende Auslegung rechtfertigt sich insbesondere nicht schon aus der Wortfolge „Unterhalt gewähren“ oder aus der fehlenden Beifügung quantifizierender Begriffe (z. B. „überwiegend“, „mindestens zur Hälfte“ oder dergleichen), mit denen das Maß der Unterhaltsgewährung näher bestimmt wird. Letzteres legt im Gegenteil nahe, daß jedes Maß an Unterhaltsleistung ausreichend ist.

Bis zu welcher Grenze unbedeutende Zuschüsse des Beamten zu den Lebenshaltungskosten des Unterhaltsberechtigten keine Unterhaltsgewährung im Sinne des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG darstellen, weil der Beamte sonst durch die Gewährung des Ortszuschlages der Stufe 2 in gleichheitswidriger Weise überalimentiert würde, bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Die von der Klägerin durch Pflege und Erziehung erbrachte Unterhaltsleistung, mit der sie - wie bereits dargelegt - ihre Unterhaltspflicht gegenüber ihrer minderjährigen unverheirateten Tochter erfüllt hat, ist keinesfalls geringwertig, sondern entspricht dem vollen Barunterhalt und liegt deshalb jedenfalls jenseits einer solchen Grenze.

Die unterhaltsrechtlichen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts sind für die Auslegung der besol-

dingsrechtlichen Regelung mangels einer eigenständigen abweichenden Normierung auch hinsichtlich der Art der Unterhaltsgewährung maßgeblich. Hieraus folgt, daß § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG nicht nur Unterhaltsleistungen in Form einer Geldrente (§ 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB), sondern auch die Gewährung von Unterhalt in anderer Art (§ 1612 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB) umfaßt. Pflege und Erziehung eines minderjährigen unverheirateten Kindes (§ 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB) stellen deshalb auch im Sinne der Bestimmungen über den Ortszuschlag ebenso und gleichwertig wie Leistung einer Geldrente Gewährung von Unterhalt dar (vgl. BVerfGE 17, 1 (12 f.); 21, 329 (341); vgl. auch BGHZ 70, 151 (154 f.); BGH, Urteil vom 8. April 1981 - IV b ZR 587/80 - (NJW 1981, 1559)).

Eine Auslegung des Unterhaltsbegriffs, welche den wirtschaftlichen Wert tatsächlicher Betreuungsleistungen unberücksichtigt läßt, ist verfassungsrechtlich nicht mehr vertretbar (vgl. BVerfGE 17, 1 (12 f.)). Hiervon abgesehen ist der Anwendungsbereich des § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG seit den durch Art. 1 § 1 Nr. 5 des Haushaltsstrukturgesetzes vom 18. Dezember 1975 (BGBl. I S. 3091) eingetretenen Änderungen des Ortszuschlagsrechts nicht mehr auf ledige Beamte vor Vollendung des 40. Lebensjahres begrenzt, sondern kommt nunmehr außer für alle ledigen auch für geschiedene Beamte in Betracht.

Daß die Vorschrift dann, wenn es sich bei der nicht nur vorübergehend in die Wohnung aufgenommenen Person um ein minderjähriges unverheiratetes Kind des Beamten handelt, für das er gemäß § 40 Abs. 4 BBesG anteilig Ortszuschlag in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen Stufe 2 und 3 erhält, nur gelten soll, wenn der Beamte auch den vollen Barunterhalt erbringt, hat der Gesetzgeber in § 40 BBesG in seiner geltenden Fassung nicht zum Ausdruck gebracht.

Anmerkung:

Gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG erhalten ledige oder geschiedene Beamtinnen den Ortszuschlag der Stufe 2 (ca. 100,- bis 120,- DM), wenn sie ihr Kind nicht nur vorübergehend in ihre Wohnung aufgenommen haben und ihm Unterhalt gewähren, weil sie gesetzlich oder sittlich dazu verpflichtet sind. Die öffentlichen Dienstherren sind bislang davon ausgegangen, daß für die Beurteilung, ob dem Kind aus gesetzlicher oder sittlicher Pflicht Unterhalt gewährt wird, von Bedeutung ist, ob und in welcher Höhe dem Kind eigene Mittel, gleich welcher Art für den Unterhalt zur Verfügung stehen. Zu diesen schädlichen Mitteln wurden auch kinderbezogene Einkünfte der Mutter wie z. B. Ortszuschlag und Kindergeld gerechnet (Bundesbesoldungsgesetz Verwaltungsvorschrift Nr. 40.2.8.). Nachdem für die Angestellten des öffentlichen Dienstes das Bundesarbeitsgericht in seinem Urteil vom 24.01.1984 - 3AZR 205/82 - eine solche Auslegung des § 40 Abs. 2 Nr. 4 über § 29 Abschnitt B Abs. 2 Nr. 4 BAT für nicht rechtens erklärt hatte, hat nun auch das Bundesverwaltungsgericht

entsprechendes für die Beamtinnen entschieden. Danach ist das Abstellen auf die eigenen Mittel des Kindes nicht vom Gesetz gedeckt, für die Gewährung von Unterhalt gemäß § 40 Abs. 2 Nr. 4 BBesG genügt die Ausübung der alleinigen Personensorge gemäß § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB (Pflege und Erziehung). Die öffentlichen Dienstherren haben ihre Besoldungspraxis daraufhin geändert, *allerdings grundsätzlich nicht für vergangene Zeiträume*. Sie lassen eine Nachzahlung nur für die Zeit ab 1. Juni 1984 zu. Das begegnet rechtlichen Bedenken. Den Beamtinnen werden die Bezüge in aller Regel durch Kassenanordnungen angewiesen. Kassenanweisungen sind, auch wenn sie in Abdruck der Beamtin bekannt gemacht werden, keine Verwaltungsakte, vgl. BVerwGE 24, S. 235. Es gelten deshalb auch nicht die Regeln für die Änderung von Verwaltungsakten mit Wirkung für die Vergangenheit oder bei einer Änderung der höchstichterlichen Rechtsprechung. Daß die betroffenen Beamtinnen ihren Anspruch nicht früher geltend gemacht haben, kann ihnen nicht zum Nachteil gereichen, denn selbst wenn dieses Verhalten als Verzicht ausgelegt würde, wäre ein solcher gemäß § 2 Abs. 3 BBesG unwirksam. Der Anspruch wird rückwirkend nur durch die Verjährung begrenzt. Ansprüche auf Beamtenbezüge verjähren gemäß § 197 BGB in 4 Jahren. Beim Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen haben die betroffenen Beamtinnen deshalb derzeit einen Anspruch auf Nachzahlung der zu Unrecht nicht bezahlten Bezüge bis zurück zum 01.01.1981. Anders ist es bei den Angestellten des öffentlichen Dienstes, für die gemäß § 70 BAT eine halbjährige Ausschußfrist für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Arbeitgeber besteht.

Reg.rätin Marianne Grabrucker, München

Beschluß

VG Gelsenkirchen, §§ 218 a StGB, 8 Beihilfe VO NRW

Beihilfe bei Schwangerschaftsabbruch

Einzige Voraussetzung für eine Beihilfezahlung eines Bundeslandes zum Schwangerschaftsabbruch einer Beamtin ist ein Nachweis für die Rechtmäßigkeit des Abbruchs, der nur die ärztliche Indikationsfeststellung, nicht aber die Gründe dafür enthalten muß.

VG Gelsenkirchen, Beschluß vom 11.1.1985 – 17 K 196/84–

Sachverhalt:

Die Klägerin, eine Beamtin, hatte einen Schwangerschaftsabbruch aufgrund sozialer Indikation vornehmen lassen. Sie begehrte hierfür von dem beklagten Land NRW die Beihilfezahlung. Das Land verweigerte diese Leistung zunächst.

Nachdem dann die Parteien das Verfahren in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, hatte das VG über die Kosten zu entscheiden.

Aus den Gründen:

Die Kosten des Rechtsstreits sind dem beklagten Land aufzugeben, da die Klägerin die nach der BVO

erforderlichen Nachweise für die Durchführung eines nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs gegenüber der Festsetzungsstelle erbracht hat.

Schon die Verwaltungsverordnung zu § 8 BVO führt unter Ziffer 18.1 aus, daß dem Antrag hierzu die – von der Klägerin vorgelegten – Bescheinigungen über die Indikationsfeststellung nach § 219 StGB und die Durchführung des Beratungsverfahrens nach § 218 b StGB beizufügen sind. Darüberhinaus enthält die Beihilfenverordnung keine weiteren Anspruchsvoraussetzungen. Daraus folgt, daß die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Schwangerschaftsabbruchs sich allein aus den Vorschriften des Strafgesetzbuches beurteilt. Dabei folgt die Kammer der Auffassung, daß die Feststellungserklärung nach § 219 StGB lediglich eine Erklärung des Inhalts durch einen Arzt erfordert, ob die Voraussetzungen des § 218 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 3 StGB gegeben sind. Diese Feststellung kann auch dadurch erfolgen, daß in der Bescheinigung lediglich das Ergebnis der ärztlichen Beurteilung mitgeteilt wird, ohne daß die Gründe im einzelnen in der Bescheinigung dargelegt zu werden brauchen.

Es bedarf keiner weiteren Begründung, daß insbesondere im Fall einer Notlage nach § 218 a Abs. 2 Nr. 3 die Offenlegung der Gründe, die zur Vornahme des Eingriffs geführt haben, einen schwerwiegenden Eingriff in die Intimsphäre der Beihilfe beanspruchenden Beamtin bedeuten würde. Mit dem Bundesverfassungsgericht und dem Bundesverwaltungsgericht vgl. BVerfG, Beschl. v. 19. Juli 1972 2 BvL 7/71 – BVerfGE 33.367; BVerwG, Urteil vom 3. September 1970 – II C 130.67 – BVerwGE 36.53; Urteil vom 24. Februar 1982 – 6 C 877 – ZBR 1982, 157; Urteil vom 5. Mai 1983 – 5 C 112.81 – NJW 83, 2954 ist davon auszugehen, daß die Offenbarung solcher Einzelheiten, soweit man sie nicht ohnehin dem vor jedem Eingriff geschützten Wesens Kern der Grundrechtsverbürgung des Art. 2 Abs. 1 GG zuordnet, von der Beihilfeberechtigten nur verlangt werden kann, wenn sich dies im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit als erforderlich erweist.

Von einem solchen Interesse der Allgemeinheit kann bei der hier allein maßgeblichen beihilferechtlichen Beurteilung aber nicht ausgegangen werden, da der hier in Rede stehende Betrag der Beihilfe offenkundig geringfügig ist und sich zudem auf eine einmalige Leistung des beklagten Landes bezieht, so daß dies den mit der Darlegung der Gründe einer Notlage nach § 218 a Abs. 2 Nr. 3 StGB verbundenen Eingriff in die Intimsphäre der Klägerin nicht rechtfertigen kann.

Mitgeteilt von RAin Malin Bode, Bochum

Urteil mit Anmerkung

VGH BWü, Art. 2 II, 12 I, 74 Nr. 1, 19 GG, §§ 1 I, II, 2 V BÄO, § 1 HeilpraktG 1938, Art. 3 des 5. StrRG i.d.F. des 15. StrÄndG
Abtreibung in Arztpraxis

Die Beteiligung an indizierten, von der Rechtsordnung nicht mißbilligten Schwangerschaftsabbrüchen gehört zur beruflichen Ausübung der Heilkunst als Arzt im Sinne des § 2 BÄO.

Die bundesrechtliche Bußgeldvorschrift des Art. 3 des 5. StrRG i.d.F. des 15. StrÄndG v. 18.5.76 (BGBl I S. 1213) enthält keine abschließende Einschränkung des Rechts der ärztlichen Berufsausübung und kann sie aus Gründen fehlender Bundeskompetenz nicht enthalten. Sie äußert jedoch eine Verbotswirkung, die zur Wahrung des Schutzbereichs des Art. 12 Abs. 1 GG der komplementären landesgesetzlichen Regelung bedarf.

Zur Bewertung expliziter Untätigkeit des Landesgesetzgebers im Hinblick auf die berufsbeschränkende Verbotswirkung einer bundesrechtlichen Strafnorm (hier Art. 3 15. StrÄndG, „Krankenhauszwang“ für indizierte Schwangerschaftsabbrüche).

In Baden-Württemberg rechtfertigen derzeit weder das Argument eines fehlenden Bedürfnisses noch die Erwägung optimalen Schutzes des werdenden Lebens oder des Lebens der Schwangeren den Ausschluß freipraktizierender Frauenärzte von der Vornahme indizierter Schwangerschaftsabbrüche.

Zur übergangsweisen Anwendung außer Kraft gesetzter Richtlinien des Sozialministeriums Baden-Württemberg für die Zulassung gynäkologischer Praxen zur Vornahme indizierter Schwangerschaftsabbrüche.

(Amtlicher Leitsatz)

VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 30.1.1985
 – 9 S 2549/84 (VG Freiburg), - n.rk.

Anmerkung

Noch immer haben Frauen, die einen Schwangerschaftsabbruch wünschen, in weiten Teilen der BRD keine Möglichkeit, diesen in einer ambulanten Einrichtung durchführen zu lassen: „in Bayern und dem Saarland ist derzeit keine, in Baden-Württemberg und Niedersachsen ist lediglich je eine, und in Rheinland-Pfalz sind ganze drei Einrichtungen (zum ambulanten Schwangerschaftsabbruch) gemäß Art. 3 des 5. Strafrechtsreformgesetzes zugelassen. Zum Vergleich: Im gesamten Bundesgebiet gibt es ca. 260 zugelassene Einrichtungen, rechnet man die eben genannten Bundesländer zusammen, so kommen dort 5 Einrichtungen, ca. 2 %, auf 52 % der in der BRD lebenden Frauen im gebärfähigen Alter; in den übrigen Bundesländern verteilen sich somit 98 % der Einrichtungen auf 48 % der sie potentiell nutzenden Frauen.“*

* Augstein/Koch: Was man über den Schwangerschaftsabbruch wissen sollte, Beck/dtv, München 1985

- Dies, obwohl inzwischen bewiesen ist, daß
- a) dort, wo es ambulante Möglichkeiten gibt, Schwangerschaftsabbrüche zu einem früheren Zeitpunkt der Schwangerschaft (6. - 8. Woche) durchgeführt werden;
 - b) daß das Komplikationsrisiko beim Schwangerschaftsabbruch ab der 8. Schwangerschaftswoche global alle 2 Wochen um 50 % zunimmt;
 - c) die Saugcurette (Absaugmethode), die in ambulanten Praxen in der Regel angewandt wird, sich als für die Frau schonendste Methode erwiesen hat.**

Neben diesen eher medizinischen Aspekten ist es uns jedoch mindestens ebenso wichtig zu betonen, daß Frauen in einer ambulanten Einrichtung auch in psychischer Hinsicht meist besser aufgehoben sind: Sie müssen sich nicht dem gängigen Krankenhausbetrieb ausgeliefert fühlen, sie treffen auf Ärzte und Personal, die sich für die Mitarbeit in einer solchen Einrichtung entschieden haben; sie finden Ärzte (leider immer noch zu wenig Ärztinnen) vor, die mit dem Eingriff vertraut sind, wobei diese ärztliche Erfahrung wiederum entscheidend für die Komplikationsrate ist.

Der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg hat im Januar dieses Jahres entschieden, daß freipraktizierende Ärzte/Ärztinnen die Zulassung für den ambulanten Schwangerschaftsabbruch erhalten können, wenn die Praxen entsprechend eingerichtet sind. Bisher hat das Land Baden-Württemberg (wie andere Bundesländer auch, so z.B. Bayern oder das Saarland) derartige Anträge u.a. mit der Begründung abgelehnt, der Bedarf für Schwangerschaftsabbruch sei durch vorhandene Krankenhäuser gedeckt, was auch im vorliegenden Urteil als nicht zutreffend erkannt wird.

Ebenso wie die Abtreibung in der BRD grundsätzlich nicht straffrei ist, sondern nur unter bestimmten Bedingungen von Strafe abgesehen wird (Indikationsmodell), d.h. also, es bei unserer gesetzlichen Regelung in erster Linie um den Schutz des ungeborenen Lebens geht, und nicht um das Selbstbestimmungsrecht der Frau, geht es auch dem VGH Baden-Württemberg in seiner Entscheidung nicht in erster Linie um die Frauen, sondern um das Recht des Arztes auf uneingeschränkte Berufsausübung.

Katharina Ehlers, Monika Löb, Saarbrücken

** siehe auch: E. Ketting/P.v. Praag: Schwangerschaftsabbruch – Gesetz und Praxis im internationalen Vergleich, Tübinger Reihe 5, 1985

Anmerkung der Redaktion:

Mit gleichlautendem Urteil vom gleichen Tage hat der VGH Baden-Württemberg auch die Berufung des Landes Baden-Württemberg gegen das Urteil des VG Karlsruhe vom 5.9.84 – 2 K 242/83 – zurückgewiesen. Die erstinstanzliche Entscheidung ist in STREIT 3/84, S. 100 abgedruckt.

Urteil

KG Berlin §§ 1610 II, 1612 II BGB, §§ 929 II, 936 ZPO

Umfang der Unterhaltspflicht bei Ausbildung (Zweitausbildung)

Verbieten die Eltern ihrer Tochter den weiteren Schulbesuch bis zum Abitur, so sind sie zur Finanzierung ihres Jurastudiums verpflichtet, wenn diese nach Abschluß der Ausbildung als Justizangestellte erneut die Gesamtschule besucht und das Abitur mit einem Notendurchschnitt von 3,1 absolviert hat.

Die hilfsweise und bedingte Bestimmung der Eltern, Unterhalt in natura zu leisten, ist schon deshalb unbeachtlich, weil der Unterhaltsschuldner seine Unterhaltspflicht generell bestreitet.

Bei einer Verpflichtung zur wiederkehrenden Leistung ist zur Wahrung der Vollziehungsfrist auf den Eintritt der Fälligkeit der einzelnen Einzelleistungen abzustellen.

KG Berlin Beschluß v. 29.1.85 – 15 UF 6729/84 (149 F 13409/84 AG Charlottenburg)

Aus dem Sachverhalt:

Die am 14. April 1963 geborene Verfügungsklägerin ist das eheliche Kind des Verfügungsbeklagten und seiner Ehefrau und nimmt ihn auf Unterhalt in Anspruch.

Die Verfügungsklägerin besuchte bis zum Sommer 1979 die Gesamtschule und erlangte dort den Realschulabschluß mit der Durchschnittsnote 1,9. Gegen ihren Wunsch, diese Schule auch bis zum Abitur weiterzubesuchen und anschließend zu studieren, mußte sie auf Verlangen ihres Vaters von der Schule abgehen und anschließend sich einer Ausbildung zur Justizangestellten (Laufbahn des mittleren Justizdienstes) unterziehen. Diese Ausbildung, während der sie in eine eigene Wohnung umzog, schloß sie im Sommer 1981 mit der Note befriedigend ab. Vom Sommer 1981 an besuchte sie wieder die Gesamtschule und bestand im Dezember 1983 das Abitur mit dem Notendurchschnitt 3,1. Sie studiert seit dem Sommersemester 1984 gegen den Willen ihrer Eltern Rechtswissenschaften an der Freien Universität Berlin.

Auf den auf monatlich 800,- DM für die Monate Dezember 1984 bis Mai 1985 gerichteten Antrag der Verfügungsklägerin hat das Amtsgericht Charlottenburg (Famliengericht) nach mündlicher Verhandlung mit dem am 12. Dezember 1984 verkündeten Urteil im Wege der einstweiligen Verfügung den Verfügungsbeklagten verpflichtet, an sie als Unterhaltsrückstand für Dezember 1984 209,- DM sowie ab Januar 1985 bis einschließlich Mai 1985 am Anfang eines jeden Kalendermonats 618,- DM zu zahlen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Verfügungsbeklagten, der die Abänderung des Urteils und die volle Abweisung des Verfügungsantrages erstrebt. Die Verfügungsklägerin tritt dem Rechtsmittel entgegen.

Der Verfügungsbeklagte hat im Hinblick darauf, daß die Verfügungsklägerin bisher die Zwangsvollstreckung aus dem angefochtenen Urteil nicht eingeleitet hat, vorsorglich die Aufhebung der einstweiligen Verfügung wegen Verstreichens der Vollziehungsfrist beantragt.

Aus den Gründen:

Die statthafte Berufung hat nur zum Teil Erfolg.

Soweit es um den Unterhalt für Dezember 1984 geht, ist die einstweilige Verfügung ohne weiteres auf den vorsorglich gestellten Antrag des Verfügungsbeklagten gemäß den §§ 927, 936 ZPO aufzuheben,

denn insoweit haben sich die Umstände insofern wesentlich geändert, als die Vollziehung der einstweiligen Verfügung gemäß § 929 Abs. 2 in Verbindung mit § 936 ZPO unstatthaft geworden ist, weil die Verfügungsklägerin unstreitig nicht innerhalb eines Monats seit der Verkündung des angefochtenen Urteils (12. Dezember 1984) mit der die Vollziehung darstellenden Zwangsvollstreckung begonnen hat.

Die Aufhebung der einstweiligen Verfügung ist nicht auch auf die für die Monate Januar bis Mai 1985 geschuldeten Unterhaltsbeträge zu beziehen, weil diese erst zum Beginn des jeweiligen Monats fällig geworden sind (Januar 1985) bzw. fällig werden (Februar bis Mai 1985), vgl. § 1612 Abs. 3 Satz 1 BGB. Zwar wird weitverbreitet auch die Auffassung vertreten, daß im Falle einer Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen und der Versäumung der Vollziehungsfrist hinsichtlich der ersten Teilleistung – wie hier – die Vollziehung insgesamt, also auch hinsichtlich der später fällig werdenden Einzelleistungen, ausgeschlossen ist (zuletzt vgl. OLG Celle FamRZ 1984, 1248 f.). Der erkennende Senat schließt sich indessen der anderen, u. a. vom OLG Hamm – 3. und 6. Familiensenat – (FamRZ 1980, 1044, 1045 f., und 1983, 1256) und OLG Schleswig (FamRZ 1981, 456 f.) vertretenen und überzeugend begründeten Meinung an, wonach bei wiederkehrenden Leistungen auch auf den Eintritt der Fälligkeit der einzelnen Einzelleistungen abzustellen ist und es zur Wahrung der Vollziehungsfrist hinsichtlich der jeweiligen Einzelleistungen ausreicht, wenn die Leistungsverfügung innerhalb der Monatsfrist, gerechnet von dem Zeitpunkt der jeweiligen Fälligkeit der konkreten Einzelleistung an, vollzogen oder mit der Vollziehung begonnen wird. Auf die a. a. O. gegebenen näheren Begründungen kann verwiesen werden. Infolgedessen ist die für den Januarunterhalt 1985 mit dessen Fälligkeit am 1. Januar 1985 in Lauf gesetzte einmonatige Vollziehungsfrist bis zur Verkündung dieses Urteils am 29. Januar 1985 noch nicht verstrichen, und die durch das angefochtene Urteil erlassene einstweilige Verfügung ist nur hinsichtlich des Unterhalts für Dezember 1984 gemäß den §§ 927, 936 ZPO aufzuheben.

Der Unterhaltsanspruch (Verfügungsanspruch) der Verfügungsklägerin für die Monate Januar bis Mai 1985 ist aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Urteils, denen der erkennende Senat folgt (§ 543 Abs. 1 ZPO), dem Grunde nach zu bejahen. Daran vermag auch der Berufungsvortrag nichts zu ändern. Kurz gefaßt (vgl. BGH FamRZ 1980, 1115) schulden die Eltern nach § 1610 Abs. 2 BGB ihren Kindern im Rahmen ihrer – hier unstreitig gegebenen – wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit „eine optimale begabungsbezogene Berufsausbildung“.

Bei einem Realschulabschluß der Verfügungsklägerin mit einem Notendurchschnitt von 1,9 sind ihre Begabung und Fähigkeiten durch die bisherige Ausbildung nicht ausgeschöpft. Allerdings schulden

die Eltern grundsätzlich keine Zweitausbildung, selbst wenn sie zur Finanzierung der Erstausbildung nicht beigetragen haben sollten. Jedoch hat die Verfügungsklägerin durch eidesstattliche Erklärung glaubhaft gemacht, daß sie schon im Sommer 1979 über den Realabschluß hinaus die Schule habe weiterbesuchen, das Abitur ablegen und dann studieren wollen, daß der Verfügungsbeklagte sie aber gezwungen habe, statt dessen die Ausbildung zur Justizangestellten zu absolvieren. Wie daraus zu schließen ist, daß die Verfügungsklägerin anschließend sogleich die Oberstufe der Gesamtschule *ohne jeden Zeitverlust* durchlaufen und das Abitur *trotz der zweijährigen Schulunterbrechung* noch mit der Durchschnittsnote 3,1 abgelegt hat – eine bemerkenswerte, ja außerordentliche Leistung –, entsprachen der erzwungene Schulabgang bereits mit dem Realschulabschluß und die zunächst erhaltene Ausbildung nicht nur nicht ihrer Begabung und ihren Fähigkeiten, sondern auch nicht ihrem Leistungswillen.

Infolgedessen ergibt sich, weil der Verfügungsbeklagte seine Tochter in einen diese nicht befriedigenden und ihrer Begabung nicht hinreichend Rechnung tragenden Beruf gedrängt hatte, die Verpflichtung der Eltern zur weiteren Ausbildungsfinanzierung daraus, daß sie (die Verpflichtung zur weiteren Ausbildungsfinanzierung) bis dahin noch nicht in rechter Weise erfüllt worden war (so ausdrücklich BGH NJW 1977, 1774, 1775 rechte Spalte). Nach der Erlangung der Hochschulreife auf *diesem* beschwerlichen Wege mit *diesem* Leistungswillen kann nicht behauptet werden, das von der Verfügungsklägerin gewählte Studium der Rechtswissenschaft sei keine angemessene Berufsausbildung, zumal da die Eltern zur Finanzierung wirtschaftlich auch in der Lage sind. Unerheblich ist dabei, ob die Berufsaussichten für Volljuristen schlecht sind, weil dies ein Risiko ist, das allein von der Verfügungsklägerin zu tragen ist.

Zu Unrecht beanstandet der Verfügungsbeklagte, daß das Amtsgericht die hilfswise und bedingte Bestimmung durch die Eltern (§ 1612 Abs. 2 BGB), den Unterhalt – wenn sie schon entgegen ihrer Ansicht weiterhin unterhaltsverpflichtet seien – in ihrem Haushalt in natura leisten zu wollen, nicht beachtet habe. Das Bestimmungsrecht nach § 1612 BGB setzt nämlich voraus, daß der Unterhaltsschuldner seine Verpflichtung zur Gewährung von Unterhalt grundsätzlich bejaht und nur die Art und Weise der Unterhaltsgewährung einseitig regelt (OLG Hamm FamRZ 1984, 503, 505; Palandt-Diederichsen, BGB, 44. Aufl., § 1612 Anm. 2 d).

In den Grundzügen der Unterhaltsberechnung folgt der erkennende Senat ebenfalls im wesentlichen dem Amtsgericht. Allerdings darf dem Unterhaltsberechtigten im Wege der einstweiligen Verfügung gemäß § 940 ZPO, die ja zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig sein muß, nur zum Not-

unterhalt und nicht auch zum angemessenen Unterhalt verholfen werden, also statt zu etwa 800,- DM monatlich nur zu etwa 700,- DM monatlich. Außerdem ist die Verfügungsklägerin nach § 1602 Abs. 1 BGB unterhaltsberechtigt nur, wenn sie außerstande ist, sich selbst zu unterhalten. Das bedeutet, daß sie alle zumutbaren Möglichkeiten zur Deckung ihres Unterhaltsbedarfs ausschöpfen muß. Zwar braucht sie nicht neben ihrem Studium noch einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, doch muß sie von ihrer Freundin, die sie in ihre Wohnung aufgenommen hat, den Gegenwert dieser Wohnungsgewährung und weiterer Leistungen erstattet verlangen, also alle zumutbaren Einkommensmöglichkeiten auch realisieren.

Den Verfügungsgrund, nämlich die Notwendigkeit der Sicherstellung wenigstens des Notunterhalts der Verfügungsklägerin zur Abwendung wesentlicher Nachteile für sie (vgl. auch § 940 ZPO), hat das Amtsgericht bereits zutreffend dargelegt; der Senat folgt auch insoweit den Gründen des angefochtenen Urteils (§ 543 Abs. 1 ZPO).

Mitgeteilt von RAin Alexandra Goy, Berlin

Beschluß

Verlassen der Kinder kein Scheidungsgrund

Es ist kein Scheidungsgrund nach § 1565 Abs. 2 BGB, wenn die Ehefrau die Kinder beim Ehemann zurückläßt.

Beschluß des FamG Westerstede v. 25.3.85, –11 F 48/85–

Das Amtsgericht hat den Antrag des Antragstellers, ihm für die beabsichtigte, auf § 1565 II BGB gestützte Scheidungsklage Prozeßkostenhilfe zu bewilligen, zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Scheidungsklage hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg (§ 114 ZPO). Nach dem eigenen Vorbringen des Antragstellers ist Trennungsdatum der Parteien der 7.12.1984. Zu diesem Zeitpunkt hat die Antragsgegnerin den Antragsteller verlassen. Das Trennungsjahr ist mithin noch nicht abgelaufen. Der Scheidungsantrag des Ehemannes könnte mithin nur dann Erfolg haben, wenn das Festhalten an der Ehe für ihn eine unzumutbare Härte wäre (§ 1565 Abs. 2 BGB). Dafür hat der Antragsteller nichts Ausreichendes vorgetragen.

Nach einer am 21.3.1975 eingegangenen Ehe widerspricht es hier der Lebenserfahrung, daß der Auszug der Antragsgegnerin aus der Wohnung den Antragsteller völlig überrascht hat. Die Antragsgegnerin hat bei ihrem Auszug zwar die drei Kinder zurückgelassen, ihr kann daraus unter den von ihr dargelegten Umständen aber kein Vorwurf gemacht werden. Es ist auch üblich, daß der Mann bei einer Trennung die Kinder zurückläßt. Die Antragsgegnerin hält zwar nach ihrem eigenen Vorbringen die Ehe für völlig gescheitert, sie zieht daraus jedoch nicht den Schluß, selbst Scheidungsantrag zu stellen oder der Scheidung zuzustimmen. Sie widerspricht dem Scheidungsantrag nur nicht.

Urteil**FamG Hamburg-Altona, § 1587c Ziff. 1 BGB
Ausschluß des Versorgungsausgleichs**

Nachteile, die nicht rollenbedingt, sondern auf ein Unterlassen des Mannes zurückzuführen sind, können nicht zu Lasten der Frau ausgeglichen werden.

Urteil des FamG Hamburg-Altona vom 20.6.1984,
– 351 F 110/83 –

Zum Sachverhalt:

Die Antragstellerin arbeitete während der Ehezeit als Sprechstundenhilfe und erwarb Rentenansparungen bei der BfA. Der Antragsgegner arbeitete gelegentlich als freier Mitarbeiter, ohne sich um seine Altersvorsorge zu kümmern.

Aus den Gründen:

Ein Versorgungsausgleich findet im vorliegenden Fall nicht statt, weil seine Durchführung grob unbillig wäre (§ 1587 c Ziff. 1 BGB). Denn der Antragsgegner hat trotz entsprechender Beschäftigung keine Vorsorge für eine Altersversorgung oder Vorsorge gegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit getroffen. Es würde bei dieser Fallkonstellation der Grundidee des Versorgungsausgleichs widersprechen, diesen durchzuführen. Denn der Grundgedanke ist der, daß die mit der jeweiligen Rolle der Ehegatten in der Ehe einhergehenden Versorgungsnach- und vorteile zum Ausgleich gebracht werden sollen. Da die Nachteile in der Versorgung des Antragsgegners aber gerade nicht rollenbedingt sind, sondern auf ein Unterlassen zurückzuführen sind, können sie auch nicht zu Lasten der Ehefrau ausgeglichen werden.

Mitgeteilt von RAin Claudia Walz, Hamburg ;

Beschluß

OLG Karlsruhe, §§ 114, 269 ZPO

**PKH bei Antragsrücknahme vor Rechts-
hängigkeit**

Bei Versöhnung vor Rechtshängigkeit eines nach dem Sachvortrag aussichtsreichen Scheidungsantrags ist Prozeßkostenhilfe für die Zeit ab Antragstellung bis zum Zeitpunkt der Versöhnung zu gewähren.

OLG Karlsruhe, Beschluß vom 6.3.1985 – 2 WF 26/85 –

Aus den Gründen:

Die Antragstellerin hat beim Familiengericht einen Scheidungsantrag anhängig gemacht und gleichzeitig einen Antrag gestellt, ihr Prozeßkostenhilfe zu gewähren. Noch vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags und bevor sich der Antragsgegner nach § 118 ZPO geäußert hat, hat die Antragstellerin den Scheidungsantrag zurückgenommen, weil die Parteien sich ausgesöhnt hatten.

Das Familiengericht verweigerte Prozeßkostenhilfe mit der Begründung, nach erfolgter Aussöhnung der Eheleute habe der Scheidungsantrag keine Aussicht auf Erfolg. Für das Prozeßkostenhilfverfahren selbst könne Prozeßkostenhilfe nicht bewilligt wer-

den. In ihrer Beschwerde macht sich die Antragstellerin im wesentlichen die Gründe der in FamRZ 84, 916 ff. veröffentlichten Entscheidung des OLG Köln zu eigen (in der dem Antragsteller Prozeßkostenhilfe für die im Prozeßkostenhilfverfahren entstandenen Kosten bewilligt wurden, Anm. d. Red.).

Der hier zu entscheidende Fall unterscheidet sich von dem der Entscheidung des OLG Köln zugrunde liegenden Sachverhalt dadurch, daß die Klägerin hier keinen von der Gewährung von Prozeßkostenhilfe abhängigen Scheidungsantrag, sondern einen unbedingten Scheidungsantrag anhängig gemacht hat. Das Gericht war hier also nicht gehalten, prozeßfördernde Maßnahmen zunächst zu unterlassen. Es lag hier deshalb auch eine Antragsrücknahme vor, die jedoch mangels noch nicht eingetretener Rechtshängigkeit nicht die Folgen des § 269 ZPO hatte.

Die Antragstellerin will deshalb in dem hier zu entscheidenden Falle auch keine Prozeßkostenhilfe für das Prozeßkostenhilfverfahren, sondern für das Scheidungsverfahren, das hier allerdings nur bis in das Stadium der Anhängigkeit gelangt ist. Die Frage, ob für ein allein anhängiges Prozeßkostenhilfverfahren Prozeßkostenhilfe gewährt werden kann, ist hier deshalb nicht zu beantworten. Es liegt hier so, daß ein nach dem Sachvortrag aussichtsreich erscheinender Scheidungsantrag (die Voraussetzungen des § 1565 Abs. 2 BGB sind schlüssig dargetan worden) durch die danach erfolgte Aussöhnung und die damit verbundene Antragsrücknahme gegenstandslos geworden ist.

Diese später eingetretene Änderung der Verhältnisse hindert nicht, für das bis zur Antragsrücknahme aussichtsreiche Verfahren Prozeßkostenhilfe zu bewilligen. Dem steht auch die Rechtsprechung des BGH (BGH FamRZ 82, 85, 367) nicht entgegen. Der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt (FamRZ 84, 306) ist nicht zu folgen.

Es geht hier allein um die Frage, ob Prozeßkostenhilfe ab Antragstellung bis zum Zeitpunkt der Versöhnung zu gewähren ist. Es darf dabei nicht darauf abgestellt werden, ob die Weiterführung des Verfahrens, für die Prozeßkostenhilfe wegen der Rücknahme gar nicht in Betracht kommt, Aussicht auf Erfolg hat. Es kommt allein darauf an, ob der Scheidungsantrag bis zum Eintritt des zu erledigenden Ereignisses Aussicht auf Erfolg hatte.

Würde man anders entscheiden, würde das die Partei veranlassen, aus prozessualen Gründen das zu erledigende Ereignis so lange nicht mitzuteilen, bis zunächst über den Prozeßkostenhilfeantrag positiv entschieden worden ist (vgl. die Anm. von Bosch zur Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt – FamRZ 84, 306).

Mitgeteilt v. RAin Barbara Haidinger-Halberstadt, Karlsruhe

Anmerkung der Redaktion:

Das OLG Hamm erließ mit Datum vom 31.1.1985 unter dem Az. –3 WF 566/84– einen inhaltsgleichen Beschluß.

Malin Bode

Kongreß Frauen gegen Gentechnik und Reproduktionstechnik vom 19.4.—21.4.1985 in Bonn

Der im letzten Heft angekündigte Kongreß Frauen gegen Gentechnik und Reproduktionstechnik in Bonn sprach weit über 1000 Teilnehmerinnen an, die auch zahlreich aus dem Ausland erschienen waren.

Leihmütter – künstliche Befruchtung – Befruchtung außerhalb des weiblichen Körpers – Retortenbabies sind die in der Öffentlichkeit bekannten Schlagworte zu diesem Thema.

In den Referaten und Arbeitsgruppen konnte weitgehend Einigkeit zu dem Ziel der Reproduktionstechnologien (auf diesen Bereich will ich mich hier beschränken) gefunden werden:

1. Kontrolle über die menschliche Reproduktionsfähigkeit der Frauen.
2. Heranzüchtung von Menschen mit erwünschtem Genmaterial (die Menschen sollen weiß sein, umweltresistent und aus den sozial akzeptierten Schichten stammen).
3. Eröffnung der Möglichkeit, Teile der restlichen Menschheit auszumerzen (Behinderte, farbige, vorzugsweise Frauen ...).

Nähere Informationen und Stellungnahmen hierzu befinden sich in der Veröffentlichung „Retortenmütter“* und in Heft 14 der Beiträge für feministische Theorie und Praxis, „Frauen zwischen Auslese und Ausmerze“*.

In der Diskussion tauchten auf dem Kongreß gerade auch speziell für Juristinnen Fragen auf, deren Durchdringung und Beantwortung wir nicht länger hinauszögern sollten.

Rechtsgeschichtlich hat sich von der Hexenverfolgung bis zum heutigen Tage eine Entwicklung vollzogen, die eine zunehmende Kontrolle über die menschliche Reproduktionsfähigkeit von Frauen zum Gegenstand hatte.

I

Hierzu gehört die Verdrängung von Frauen aus der Geburtshilfe und Heilkunde, Verfolgung der Hebammen und nach und nach Entfremdung der Frauen von ihrem Körper und auch ihrer Reproduktionspotenz.

II

Einen weiteren Beitrag zur Kontrolle über die Reproduktionsfähigkeit hat die Erfindung der *Rechtspersönlichkeit des Fötus* als ein von der Mutter getrenntes Rechtssubjekt geleistet.

In der Weiterentwicklung dieser Vorstellung ist auch gerade das befruchtete Ei der Frau außerhalb ihres Körpers auf dem besten Wege dazu, zu einer Rechtspersönlichkeit „heranzureifen“.

* siehe die Literaturhinweise auf S. 72

Der Fötus, das Ei, die Eierstöcke, die Gebärmutter oder auch andere Teile des (weiblichen) Körpers werden – auch in der Frauenbewegung – als Privateigentum angesehen. Es sei an die Parole der § 218-Bewegung „Mein Bauch gehört mir“ erinnert.¹ Diese gedankliche Trennung von Kopf und Körper (es fragt sich in wessen Eigentum der Kopf oder das Gehirn steht??) stellt die Voraussetzung dar, um im Fötus eine eigene Rechtspersönlichkeit sehen zu können, da eine solche eine gewisse bestimmbare Materie als Trägerin haben muß.

Diese Kategorisierung unseres Körpers als unser Eigentum bietet dann auch die Möglichkeit über das uns gehörende Privateigentum – unsere Körperteile wie Gebärmutter, Eier usw.² – zu verfügen. Die Gebärmutter (und die ja nicht alleine) kann zum Austragen von Kindern vermietet werden; Eier aus den Eierstöcken als wertvolles(?) Genmaterial verkauft werden.

Die Qualifizierung unserer Körperteile als Privateigentum bietet jedoch vor allem die Grundlage der *Enteignung!!*

Lange vollzogen hat sich dieser Prozeß für uns spürbar schon dort, wo auf diesem gedanklichen Wege Frauen die Verfügungsmacht über ihren Körper mit dem Verbot der Abtreibung genommen worden ist. Diese Entwicklung wird sich in der Zukunft in Zwangssterilisationen, Zwangisleihmütterschaften u. ä. fortsetzen.

Durch die technisch möglich gewordene Realisierung der gedanklich vorweggenommenen Trennung von befruchtetem Ei und Schwangeren wird die angestrebte Menschwerdung in Form der Warenproduktion möglich werden.

III.

Zu dieser Entwicklung, dem Fötus eine Rechtspersönlichkeit zuzuschreiben korrespondiert historisch auch – etwas versetzt – die Qualitätskontrolle und Verfügungsmacht über Kinder, bekannter unter dem Stichwort *Kindeswohl*.

Im Namen des Kindeswohls wurden in der Vergangenheit staatliche Kontrollmechanismen über die Kindererziehung (sprich Fürsorge etc.) eingeführt und wird im Rahmen der Möglichkeiten der modernen Reproduktionstechnologie schon jetzt über die Verantwortlichkeit der Mütter für ihre behinderten Kinder nachgedacht.

- 1 mit dieser Frage befaßte sich in einem wesentlichen Punkt das von Maria Mies gehaltene Referat am Freitag Abend.
- 2 In diesem Zusammenhang ist auch an den Kauf von menschlichen Nieren und Augen aus der Dritten Welt auf dem halb schwarzen Markt zu erinnern.

In Zukunft wird unter dem Deckmantel des Kindeswohls jede Mutter moralisch und materiell zur Rechenschaft gezogen werden, die gesellschaftlich unerwünschte Kinder zur Welt bringt; seien sie im gesellschaftlich dann zu definierenden Sinne ‚behindert‘, von falschem Geschlecht oder Hautfarbe, oder von falschem Genmaterial. Denn schließlich wird es das Kindeswohl des Jahres 2000 erfordern, daß die soziale Mutter nicht nur das eigene Zimmer und den ordentlichen Lebenswandel parat hält, sondern auch in der Planung an das genetisch erwünschte Erbmaterial gedacht und die gesunde Leihmutter fürs Austragen ausgewählt hat.

Die Fremdanerkennung der Kinder hat in der Vergangenheit schon stattgefunden, sie wird sich im Bereich der befruchteten Eier nachvollziehen.

Aneignung bedeutet hier gerade auch, der Frau die Entscheidung z. B. über einen Schwangerschafts-

abbruch zu verbieten, da es ja um eine andere Rechtspersönlichkeit gehen soll, jedoch staatlich, gesellschaftlich den Abbruch zu erzwingen, wenn nach der Definition des Kindeswohls dies unter eugenischen Gesichtspunkten „erforderlich“ erscheint.

Auch die Manipulation an befruchteten Eiern und Embryos dient ja nur zum besten der späteren Kinder

Zu diesen Tendenzen ist unsere Diskussion und Stellungnahme erforderlich und wie auch der Kongreß gezeigt hat, gefragt.

Erst danach sollten wir uns die Fragen beantworten, mit denen der juristische Alltag aufwarten wird: etwa, wem „gehört“ das technisch produzierte Kind? Oder wer von den vielen Beteiligten an einer derartigen Menschenproduktion ist unterhaltspflichtig und wie sieht es mit dem Lohn der Mietmutter aus.

Prof. Dr. Dr. Walesca Tielsch

Justitia — Göttin der humanistischen Gerechtigkeit Buchbesprechung

Kissel, Otto Ludwig: Die Justitia. Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst.

Beck Verlag, München 1984

Nichts ist anregender als ein Symbol, zu dem man die Definition erst sucht. Nichts ist aufregender als ein braves Buch, das beides liefert, aber nur im Gewand historischer und juristischer Biederkeit.

Kissel, so scheint es, hat ein sehr ehrenwertes Hobby. Er sammelt Darstellungen der Iustitia aus dem abendländisch-christlichen Kulturkreis. Über ihn hinaus berücksichtigt er, statt der immens wichtigen, typisch orientalischen Herrschergerechtigkeit allerdings nur noch die ägyptische Maat-Göttin und einige jüdische Allegorieprobleme. Die heute stark ausgebauten Rechtsethnologie der Primitivkulturen fehlt völlig. Dies historisch-kulturelle Ungleichgewicht bleibt selbstverständlich auch nicht ohne Folgen für die Deutung.

Lassen wir diese Desiderate aber zunächst beiseite, ebenso wie das Selbsteingeständnis kunstgeschichtlicher Banalität und einer Subjektivität der Auslegung; nicht allerdings einige historische Fehler des für Deutschlands Juristenausbildung typischen Römischrechtlers. Wir sehen also erstmalig zu, was die fleißige Sammlung, ob willkürlich oder unwillkürlich, trotzdem an Positivem zu bieten hat.

Selbst die von Kissel allein betrachtete abendländische Symbolik der Gerechtigkeit schwankt in

der Geschichte hin und her. Wie er nicht deutlich genug herausstellt, vor allem zwischen den herrschenden politischen oder religiös-ideologischen Systemen, in denen diese Tugend eingebettet wird. Jedoch bleibt wenigstens ihre Hauptrepräsentantin seit der Antike merkwürdig konstant. Als Verkörperung der Justitia erscheint nämlich stets eine Frau. Sie ist zugleich eher schon säkularisierte Wertträgerin als noch Göttin. Zumindest in einer ihrer Hände hält sie fast immer eine Waage, als Zeichen einer Tätigkeit der Abwägung. Deren Produkt, die Gerechtigkeit, wird seit den Römern sehr oft mit „Aequitas“ bezeichnet. Nur irrt der Verfasser erheblich, wenn er diese „Billigkeits“-Definition, mit oder ohne die Waage-Symbolik, erst in der Spätantike ansiedelt. „Aequitas“ stellt dort nur die kulturelle Übersetzung der griechischen „Epieikeia“ oder des „prepon“ dar. Das Prinzip und die Methode, durch Güterabwägung zu einem Billigkeitsurteil zu kommen, ist also schon Ergebnis der ersten, ebenso tiefen wie reichen sophistischen Auseinandersetzung über die Natur der Gerechtigkeit, die alle denkbaren Theorien formuliert.

Natürlich bleiben, wie Kissel weiter zeigt, Frau und Waage auch im frühen Abendland nicht ganz ohne Konkurrenz. Der weiblichen Gestalt macht vor allem der männliche Herrscher selbst oder ein Gott den Platz streitig. Von Kissel unbeachtet, ist es bereits Marduk, der den Herrscher Hammurapi um 1800 v. Chr. beauftragt, durch seinen berühmten Codex „Recht und Gerechtigkeit im Lande zu stiften“.

Ebenso versteht sich auch der – sonst bildlose – jüdische Gott der Gerechtigkeit, oder jedenfalls sein Gesetzgeber Moses – noch oder schon – als Mann. In fast aller „orientalischen Despotie“ (seit ca. 3000 v. Chr.) wird die Gerechtigkeit also maskulin. Davon zeugt oft auch noch das ägyptische oder chinesische Symbol der Sonne, das Justitia in der Hand hält oder auf dem sie sitzt. – In Japan ist allerdings auch diese Sonne ursprünglich weiblich. – In den späteren großen Imperien sind es jedoch „sie“ und ein Sohn des Himmels, die über Gerechte und Ungerechte scheinen. Ob sie das mehr natürlich-willkürlich oder bereits kulturell-abwägend tun, bleibt die andere Frage.

Die Annahme einer herrscherlichen Herkunft des Rechts beeinflußt eben auch seine Auffassung und objektive Art. Der orientalische Potentat oder Gott sieht es als sein bloßes Willens- oder gar Willkürprodukt an. Gegen ihn selbst bleibt es uneintragbar, d. h. höchstens petitionierbar. Auf seine Untertanen läßt er es nur von oben herabregnen. Noch Thomas Paine, Die Menschenrechte, 1792, oder unser Grundgesetz (Art. 3 (1) sehen daher das „staatliche“ Gesetz, voll mosaisch, als bloßen (Ersatz-)„König“ an, dem man angeblich ebenfalls blinden Gehorsam schuldet. Es wird also bis heute oft nicht als Produkt aller es mitbestimmend selbst schaffenden Bürger verstanden. Der eigentlich demokratische Gedanke der griechischen Sophisten und Atomisten vom Recht als Ergebnis der Selbsteinsicht und ihr entsprechender Kulturabkommen, zwischen Individuen oder Völkern, die für sein Entstehen und seinen Untergang persönlich und synallagmatisch, d. h. nicht nur in „Drittwirkung“, verantwortlich sind, geht verloren. Auch das christliche Abendland kehrt zum Symbol der distributiven Gerechtigkeit, der der „Obrigkeit, die Gewalt über uns hat“, zurück.

Allerdings wird, wie Kissel weiter zu berichten weiß – wenn auch kaum in seiner ganzen Tragweite erfaßt –, von Christus selbst, dessen Bild oder Jüngstes Gericht nach zeitgenössischen Anordnungen die Justitia ebenfalls ersetzen soll, sogar diese orientlich-herrscherliche oder göttliche Gerechtigkeit noch aus der Welt verdrängt bzw. allein an ihr Ende verlegt. In den neuen Hochreligionen zwischen 600 v. und 600 n. Chr. gewinnt die Verzweiflung über das zuviel an Leid und Unrecht auf Erden oft völlig die Oberhand. Profanes und irdisches Recht werden schließlich beide als sinnlos oder überflüssig betrachtet. Schon Thomas von Aquin wagt zwar die drei bloß noch esoterischen Tugenden von Glaube, Liebe und Hoffnung wieder durch die vier griechisch-demokratischen, Gerechtigkeit, Besonnenheit, Weisheit und Zivilcourage zu ergänzen. Auch damit ist die Justitia aber nur noch eine unter diesen sieben, nur noch demütigen christlichen Jungfrauen. Schon im alten Rom ist sie aber meist als sehr selbständige, ja einsame Frau dargestellt. Sie wird auch nicht bloßes Alibi-Ideal des Mannes. Seit der Renaissance der Antike entzieht sie sich, wie der willkürlichen Herrschersymbolik, daher auch wieder ihrer völligen Verdrängung durch die Kirche.

Gewiß, auch später drückt man der Gerechtigkeit wenigstens noch einiges solches hoheitliches oder Gnaden-Beiwerk in ihre nicht die Waage festhaltende, zweite Hand. Zunächst also die alten Symbole der Gewalt oder Unerbittlichkeit, d. h. die Rutenbündel (fasces), den zu zerbrechenden Stab oder das Schwert. „Große“ Herrscher, wie sich groß vorkommende Juristen, von Cäsar bis zu Hitler und vom platonischen Kallikles bis zu Hart oder Luhmann, lassen sich ja sogar bis heute dazu verführen, Recht mit Gewalt zu identifizieren. Sie verstehen es also „fasc(h)istisch“. Justitia, vergib ihnen. Diese Definitionen „logiker“ wissen weder was sie sagen, noch was sie tun. Schon historisch bemerkt Kissel mit Recht, daß im republikanischen Rom die „Fasces“ der Exekutive vor dem Volk, als plebisitärem Gesetzgeber, gerade gesenkt wurden. In jeder Demokratie aber gilt ohnedies, systematisch, daß Gewalt, auch als Staatsgewalt, die Ausnahme und streng nur im Dienst der zu resozialisierenden Selbsteinsicht bleibt.

Immer wieder gibt man Dir, Justitia, jedoch auch das „herr“-liche Füllhorn in die Hand. Vielleicht zwar gießt es Gerechtigkeit besonders reichlich aus; aber eben erneut nur von oben, auf unmündige Bürger. Deine Rechte weiß zugleich nicht, was die Linke tut: muß sie nicht erst abwägen, ob das Gießkannenprinzip überhaupt angemessen ist? – Sogar das Gesetzbuch auf Deinem Schoß ist deshalb nicht unverdächtig. Es bewahrt zwar das Recht, wenn es Recht ist. Als schriftliches, positives Recht nimmt es ihm jedoch seine gedankliche Lebendigkeit und die Chance der sich stets kontrollierenden Durchforschung, historischen Wandlung und Fortbildung. – Auch die Engelsflügel, die die Religion Dir andichtet, mögen zwar zusätzlich Übersicht oder Spannkraft, Liebe zum Frieden oder Geduld versprechen. Nimm sie jedoch auch nicht zum Zeichen, daß die christliche Duldung jedes Unrechts um des lieben Friedens willen Deine absolute Maxime ist. – Ob man Dir also den herrischen Löwen unterschiebt oder die sanfte Taube auf die Schulter setzt, das sind nur „Allotria“, wenn nicht Schlimmeres. Meist verschwinden sie daher auch bald wieder. Übrig bleibt eine Frau und eine Waage. – Warum?

Kissel selbst kann und will diese Grundfrage der Symbolik nicht lösen. Die Fülle der Attribute, deren Herkunft und tiefere Bedeutung er meist nicht genau kennt und einzuordnen weiß, verstellt ihm den Blick auf die Hauptsache. Die Widersprüchlichkeit der Gerechtigkeitsdefinition seit Jahrtausenden mahnt ihn außerdem – mit Recht – zur Vorsicht. Mit ihr bringt er sich aber auch in eine gefährliche Nähe zur Theorie der angeblichen Relativität allen Rechts – wo es doch nur relational, d. h. vielbezüglich-pluralistisch sein muß. Oder sie verleitet ihn zum endgültigen Verzicht des „ignorabimus“. Blicke es dabei, so läge jedoch auch Justitia, wie Kissel in mancher kritischen Symbolik sehr schön mitaufzeigt, gänzlich am Boden,

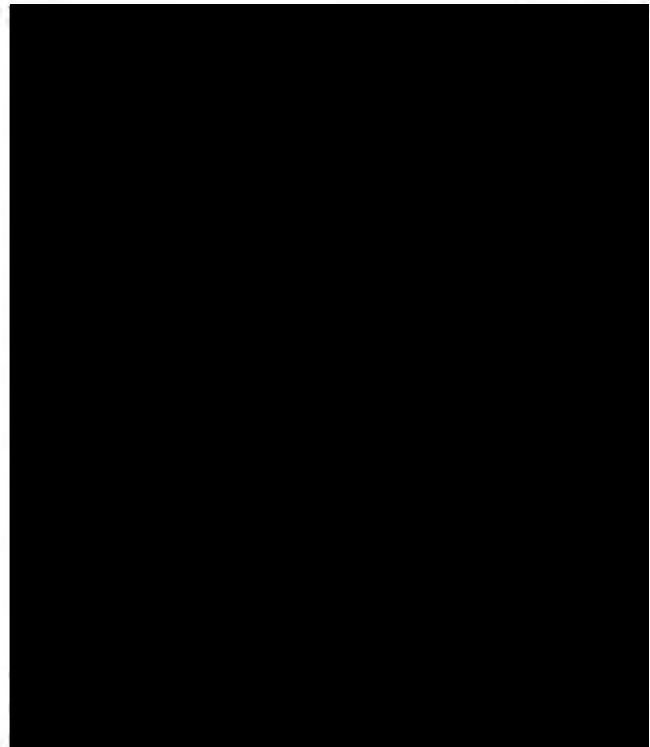
d. h. nicht nur im historischen Moment ihrer Überwältigung durch das Un-Recht. Ihre Waage hinge notwendig schief oder wäre unwiederbringlich zerschmettert. Ja, sie selbst herzte das Gold der Bestechung an ihrem Busen oder trüge nur ihre Ideologie profaner oder religiöser Art im Herzen, statt sie zu ihren Füßen zu zerstreuen. Es gäbe und hätte nie Gerechtigkeit auf Erden gegeben. Frau und Waage wären unreal und undeutbar. Im Höchsthfall verkörperten sie ein fernes, nebelhaftes platonisches Ideal, dem keine Wirklichkeit entspricht. – Aber da steht sie doch auch immer, unsere Justitia, in ihrer Symbolik ebenso beständig wie im gerechten Richterspruch aller Zeiten.

Sie widersteht aller Skepsis sogar gerade als Frau, die, wenn man ihrer profan- oder religiös-patriarchalischen Charakterisierung folgt, angeblich nur schwach, unlogisch und geduldig oder, bestenfalls, listig und gefühlvoll ist sowie, seit der Renaissance-*Porzia* in Italien, auch nicht mehr den Richter- oder Rechtsprofessorenlehrstuhl bekleidet. Fragen wir also zuerst, warum gerade sie als Göttin der Gerechtigkeit durchhält.

Allein das grammatische Geschlecht einiger Tugenden – auch der Friede oder der Glaube sind bei uns männlich –, wie Kissel meint, kann der Grund dafür nicht sein. Solche Sprachartikel wechseln. Zumindest gehen sie auf meist ausschlaggebendere dahinterstehende Kulturströmungen zurück. Hat also gerade die Frau in ihnen schon lange die Gerechtigkeit symbolisiert?

Aus der bisherigen, stark männlich beeinflussten ethnologischen Rechtsforschung können wir bisher noch wenig darüber entnehmen. Fest steht allerdings, daß in den meisten polytheistischen Religionen der Frühvölker Frauen schon nicht nur ihre geschlechtsspezifischen, sondern auch die allgemeinen höchsten geistigen und sozialen Tugenden repräsentieren, und das nicht nur als Projektionen der männlichen Hoffnung auf sie. Ihr Gott, als Iuppiter, hält sich selbst gerne ohnedies nur an Blitz und Donner, also Macht und Gewalt, ohne Einsicht. Noch im bewußteren Götterolymp in Griechenland und Rom sind es daher echte weise Frauen, wie *Dike* oder *Themis*, die die geborenen Vertreterinnen der *Justitia* bleiben und auch das Abendland nicht wieder aus der Hand geben. Die ganze Tradition ist wahrscheinlich aber viel älter.

War es vielleicht sogar die Frau, die als erste Kriegssklavin wurde und als letzte Hausklavin bleibt, die als Kompensation des ihr angetanen menschenrechtlichen Unrechts wenigstens eine Göttin der Gerechtigkeit, wie auch die ägyptische „*Maat*“, für sich erfand? Nur Unterdrückte haben doch stets diese Figur vor Augen gehabt! – Wie andere geistige Erfindungen wird auch diese erste Wertproduktion natürlich im Dunkel der Geschichte verborgen bleiben. Gleichwohl kann man über eine solche frühkulturelle Verkörperung der *Justitia* in Frauengestalten heute



schon mehr aussagen, als Kissel meint. Er denkt höchstens noch an die Jagdszenenmalerei und ihren seltenen, undefinierbaren Menschen – der für ihn natürlich Mann ist. Dabei hätte dies Gewerbe auch damals schon einer *Diana* mit Spaß gemacht! –

Außerdem, was wichtiger ist, ob in männlicher oder weiblicher Symbolik, auch Recht und Gerechtigkeit gibt es schon im ältesten Steinzeitstamm. Bereits in ihrer ersten gründlich-wissenschaftlichen Untersuchung im Griechenland des 5. Jhs. v. Chr. werden daher auch ihre wesentlichsten Formen und Arten verglichen und für allgemeine Formeln und Definitionen ausgewertet – wenn, wie heute, auch nicht voll durchgesetzt. Man erreicht also schon in der frühen Rechtsgeschichte die Herausarbeitung bestimmter grundlegender Verfahrensprinzipien, Definitionen und positiver Grundsätze der *Justitia*. Sie sind noch heute nicht überholt, lediglich weiter ausgebaut.

Da ist die Methode der Gerechtigkeitsfindung durch Güterabwägung, die in der Definition der „*Aequitas*“, als angemessen-billiger Berücksichtigung aller Werte, kulminiert. Da ist weiter die unverwüsthche „goldene Regel“, daß Gerechtigkeit den Nutzen aller an allem, in einer Gegenseitigkeit des Sich-Vertragens und des freiwilligen Ausgleichs, im wohlverstandenen Eigeninteresse, anzielt. Da ist aber auch schon der feste, aus der Natur der Menschen und ihrer notwendigen Kultivierung induzierte „Katalog“ der Grund- oder Menschenrechte selbst, als materiales System, d. h. die (pluralistische) Essenz allen Rechts. Nur ist sie bei Thukydides (II 37 ff) noch als zusammenhängende und verinnerlichte Sozialethik des Individuums (idealtypisch) geschildert. Die Neuzeit dagegen überfährt den Bürger wieder mit einem angeblich durch den Staat allein zu garantierenden ungeordneten und seelenlosen Katalog. Gerade unsere humanistische Wertordnung ist also noch nicht wie-

der angemessen durchgearbeitet und auf alle Wertüberschneidungsmöglichkeiten durchgeprüft. Ein allen ihren Prinzipien computergenau gerechtwerdendes, „billiges“ Urteil ist also schwierig geworden, aber gleichfalls nicht unmöglich.

Darum: auch Justitia behauptet seit je ihren Platz in der Welt. Schon ihre Waage zeigt, wie man ein „billiges“ Recht gewinnt. Ob Mann oder Frau, diese oder jene Klasse sich seiner angenommen hat, auch an materialer Gerechtigkeit bestand nie absoluter Mangel. Es gab immer noch jemanden, der genug Rechtlichkeit produzierte, um das Unrecht wenigstens anzuklagen. Wie sähe selbst die Bundesrepublik

aus, wenn nicht 90 % ihrer Bürger ohne Polizisten hinter sich – oder ihn nur als Gewissenserinnerung – zumindest Rechtswahrer, nicht Rechtsbrecher wären!

Selbst im Symbol ist Justitia daher nie eine ganz ätherische und nachgiebige oder eine völlig herrscherliche und gewalttätige Gestalt geblieben. Sie steht selbstbewußt auf eigenen Füßen; ohne großes Pathos, aber auch ohne sich auf einen anderen, höheren Rechtsgeber, einen Gott oder die Natur allein, stützen zu müssen. Sie braucht sich ihr Recht weder zu borgen noch schenken zu lassen. Sie weiß, daß sie es selbst finden kann – und muß! Das gilt auch für ihr eigenes Recht als Frau.

Margarete Fabricius-Brand Der aktuelle Stand des Mutterschutzes anhand einer Buchbesprechung

Heilmann, Joachim: Kommentar zum Mutterschutzgesetz (MuSchG), Ein Kommentar für Studium und Praxis, 1. A.

Baden-Baden 84, Arbeits- und Sozialrecht Bd. 15

I

„Es wird einer Gesellschaft zur Ehre gereichen, wenn sie es der Mutter ermöglicht, sich ohne Behinderung ihrer freien Entscheidung, ohne psychologische oder praktische Diskriminierung und ohne Benachteiligung gegenüber ihren Kolleginnen der Pflege und Erziehung ihrer Kinder je nach den verschiedenen Bedürfnissen ihres Alters zu widmen.“ (Papst Johannes Paul II, Enzyklika Laborem exercens, 1981)

Diese Aussage, die Heilmann seinem Kommentar zum MuSchG vorangestellt hat, würde ich noch mehr begrüßen, hätte sie Pöpstin Johanna Paulina II gemacht; was die Geschlechtszugehörigkeit des Kommentators angeht, trübt sie seinen Blick an einigen Stellen (s. u.) aber nicht generell, was bei den meisten Juristen gerade umgekehrt ist.

Der Kommentar, für Studium und Praxis gedacht, ist übersichtlich in drei Teile gegliedert: Teil A dient der Einleitung und politischen Standortbestimmung des – fortschrittlichen – Verfassers, Teil B umfaßt die Kommentierung der einzelnen Vorschriften und Teil C drückt einen Querschnitt der sonstigen Vorschriften ab, leider eine Notwendigkeit, da diese Materie seit Beginn verstreut geregelt ist.

II

Teil A enthält einen Abriß der historischen Entwicklung des MuSchG'es und geht auf die internationalen und verfassungsrechtlichen Grundlagen ein (Art. 6 IV, 3, 20 I; 28 I GG), die Auslegungs- und Anwendungsregeln und -hilfen für das geltende MuSchG geben (S. 11 ff.) Sein Überblick zum Stand der Mutterschutzgesetzgebung in anderen Industrie-

staaten (S. 17 ff.) zeigt, daß die gleichen Probleme im Interesse der Betroffenen besser geregelt werden können.

Im Abschnitt „Grundprinzipien und Reformen des heutigen Frauen- und Mutterschutzes“ (S. 22 ff.) kritisiert Heilmann, daß kein Gesetzgeber – seit 1878 – mit seinen Reformen wirklich neutrale mutterschützende Interessen verfolgte. Die Verbesserungen durch die Nazis (1942) sollten den Frauen helfen, ihre größte Leistung für die Volksgemeinschaft, die Geburt gesunder Kinder, besser erbringen zu können. Die Reformen 1952, 1968 und 1979 sprechen nicht diese Sprache, verfolgen aber dennoch – unter dem Deckmantel Mutterhilfe – bevölkerungs- und gesundheitspolitische Ziele (S. 24). Müttern und Kindern wird nichts geschenkt; so reagierte z. B. die Reform 1979 auf die gefährdete gesundheitliche Lage junger arbeitender Mütter.

Das geltende Recht sieht vor, daß die erwerbstätige Mutter – und nur diese – Anspruch auf einen Mutterschaftsurlaub hat, bis ihr Kind 6 Monate alt ist und der Arbeitsplatz bis zu 2 Monaten nach Ablauf des Urlaubs erhalten bleibt. Das Mutterschaftsgeld ist auf höchstens 510,00 DM monatlich begrenzt (S. 26), es handelt sich hierbei um eine Lohnersatzleistung, die zuvor von allen Bürgern in Form von Steuern und Sozialabgaben erwirtschaftet wurde. Ein Arbeitgeberzuschuß entfällt ganz (S. 33). Heilmann kritisiert, daß die finanzielle Absicherung der Mutter nicht gegeben sei (S. 35), nur Mütter, deren Familien nicht auf ihr Einkommen angewiesen sind, könnten den Mutterschaftsurlaub antreten. Teilzeitbeschäftigten wolle man das Ausscheiden aus dem Beruf schmackhaft machen, die Väter habe man zu Unrecht aus der Urlaubsregelung ausgeklammert und die Arbeitsbefreiung von 6 Monaten sei zu kurz.

III

Für mich als Rechtsanwältin, mit der Beratung einer Schwangeren und Durchsetzung ihrer Ansprüche beauftragt, ist die Kommentierung (Teil B) knapp, gründlich und übersichtlich und bietet Hilfen an, auslegungsbedürftige Vorschriften des MuSchG'es zugunsten der Frauen zu interpretieren.

Auch für Betriebs- und Personalrätinnen/te ist z. B. das Ineinandergreifen von § 2 – Gestaltung des Arbeitsplatzes, Still- und Ruheräume – und den entsprechenden Vorschriften des BetrVerfG bzw. BPersVertrG gut dargestellt (Rn 18 zu § 2). Dennoch ist an dieser Stelle eine männliche Teilerblindung festzustellen: wenn der Kampf um Stillzeiten und -räume nicht erfolgreich geführt wird, ist das nicht dem Kommentator sondern den männerdominierten Gewerkschaften und Betriebsräten anzulasten. Das Problem wird aber verharmlost, wenn Heilmann sagt, „Sind in Ausnahmefällen sehr lange oder häufige Stillzeiten erforderlich, kann es zu Interessenkonflikten mit dem Arbeitgeber... kommen.“ (Rn.13 zu § 7).

Wenn bei Streit über die zeitliche Lage der Stillpausen angeführt wird, man müsse die Umstände des Einzelfalles abwägen, aber: „Als Richtschnur dient die kinderärztliche Empfehlung, den Säugling alle 4 Stunden zu stillen.“ (Rn 19 zu § 7), dann finde ich das eine unkritische Übernahme des Diktats der Götter in Weiß, die es verstanden haben, die Frauen in ihrem eigenen Bereich zu reglementieren. Fachliteratur zugunsten der Stillenden sucht frau hier, wie auch an anderen Stellen, vergeblich.

In den Vorbemerkungen zu §§ 8a – d kritisiert Heilmann die Schlechterstellung der Mütter durch Art. 15 des 2. Haushaltsstrukturgesetzes (v. 22.12.1981), derzufolge Mütter eine Vorbeschäftigungszeit von 9-7 Monaten nachweisen müssen, um in den Genuß des Mutterschaftsurlaubes und -geldes zu kommen (Vor 40 zu § 8 a-d). Das Haushaltsbegleitgesetz (vom 22.12.1983) ein weiteres Weihnachtsgeschenk zwei Jahre später, senkte den monatlichen Höchstbetrag von anfänglich DM 750,- auf DM 510,- (Vor 45 zu § 8a,-d, Rn. 15 zu § 13). Nicht erwähnt werden die derzeitigen Pläne von Minister Geißler, statt dessen ein Erziehungsgeld einzuführen.

Probleme, die sich aus dem Beginn und Ende des Mutterschaftsurlaubes, der Versäumung der Ankündigungsfrist, sowie dem erneuten Antritt des Mutterschaftsurlaubes nach Unterbrechung ergeben können, sind klar abgehandelt, ebenso das – schwierige – Verhältnis Mutterschafts- zum Jahresurlaub und den gesetzlich zulässigen Kürzungen (Rn zu §§ 8a und 8d).

Unklar bleibt mir in der Kommentierung zu § 9, welche Ansprüche im einzelnen durchsetzbar sind, wenn ein Arbeitgeber eine Schwangere unzulässigerweise gekündigt hat und sich weigert, sie wieder einzustellen (Rn 92 zu § 9). Gerade unter dem Aspekt zeitlicher und fachspezifischer Begrenzung wünschte ich mir mehr Hilfen in arbeitsrechtlicher Sicht.

Hilfreich ist die Kommentierung zu § 13, einer unüblichen Regelung, die – grob – unterscheidet zwischen Leistungsansprüchen einer Frau, die gesetzlich oder anderweitig versichert ist. Anspruchsgegner ist entweder die Krankenkasse oder aber der Bund, der den Anspruch stillschweigend auf DM 400,- gekürzt hat (seit dem 1.1.1982). Heilmann kritisiert die Selbstentlassung des Staates aus seiner Verantwortung aus verfassungsrechtlicher Sicht (Rn. 12 zu § 13 – Verstoß gegen Art. 6 IV GG) und gibt weiterhin gute Rechtsweghinweise bei gerichtlichen Auseinandersetzungen (Rn. 134 zu § 13).

Der vom Arbeitgeber während der Schutzfristen (6 Wochen vor und 8 Wochen nach der Entbindung, §§ 3 und 8) und nur hier zu zahlende Zuschuß zum Mutterschaftsgeld, sichert den Nettolohnanspruch der Frau; daß dieser Anspruch bei einem Arbeitskampf – Streik und Aussperrung – nicht entfallen kann, wird von Heilmann gut begründet (Rn 14 ff. zu § 14).

Hinweisen möchte ich noch auf die Kommentierung zu § 21, in dessen Abs. 1 und 2 Ordnungswidrigkeiten und in Abs. 3 und 4 Straftatbestände normiert sind. Unkritisch schreibt Heilmann, daß das MuSchG „entsprechend modernen Bestrebungen zur Entkriminalisierung von Rechtsverstößen dahingehend um(gestaltet) wurde, daß der Regelfall einer Zuwiderhandlung des Arbeitgebers gegen mutterschutzrechtliche Pflichten als Ordnungswidrigkeit gewertet wird.“ (Rn 1 zu § 21).

Ladendiebe entkriminalisierte der Gesetzgeber keineswegs, obwohl es ein leichtes gewesen wäre, den Diebstahl geringwertiger Sachen in eine Ordnungswidrigkeit umzuwandeln. Aber hier geht es ja um einen Grundpfeiler unserer Gesellschaft! Ein Verstoß gegen Beschäftigungsverbote vor und nach der Entbindung, gegen die Stillzeitregelung etc. (vgl. § 21 I Ziffer 1 – 8) tangiert zwar mittelbar den Körper, aber eben nur den Körper einer Frau. Hier fehlen mir Einschätzungen und Mitteilungen über die Anwendungshäufigkeit und -wirksamkeit dieser Vorschriften, das gleiche gilt für die immerhin als Straftatbestand formulierte Gefährdung der Arbeitskraft und Gesundheit der Mütter, § 21 III und IV. Der Verweis auf andere Kommentatoren reicht hier nicht aus.

IV

Nach Inkrafttreten des Beschäftigungsförderungsgesetzes am 1.5.1985 werden sich sehr viele Probleme des Mutterschutzes neu stellen. Arbeitsverhältnisse können jetzt stets befristet werden, wenn der Arbeitgeber nur eine neue Person einstellt. Jährlich werden ca. 5 Mio. Arbeitsplätze frei und neu besetzt. Frauen sind an dieser Fluktuation überdurchschnittlich beteiligt (Prof. Heide Pfarr, FR v. 19.3.1985). Besetzt der Arbeitgeber Dauerarbeitsplätze mit Frauen im gebärfähigen Alter, so braucht er nur einen befristeten Vertrag abzuschließen, bei Schwangerschaft läuft er aus und der Mutterschutz ins Leere. Wird sie nicht schwanger, kann nach der Arbeitslosmeldung erneut ein befristeter Vertrag abgeschlossen werden.

„Jetzt ist im Gespräch, daß der Abschluß eines neuen, erneut befristeten Vertrages nur dann möglich sein soll, wenn zwischen den Arbeitsverträgen ein Zeitraum von mindestens 4 Monaten liegt. Frauen, deren Qualifikation für den AG verzichtbar ist – und dies trifft ja für die meisten Frauen zu – haben nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz kaum noch eine Chance auf einen Dauerarbeitsplatz. Möglicherweise entsteht eine neue Art des jobsharings: zwei Frauen teilen sich im viermonatigen Wechsel Arbeitsplatz und Erwerbslosigkeit.“ (Heide Pfarr a. a. O.) Setzt sich diese Arbeitsmarktstruktur durch, woran ich nicht mehr zweifle, wird der Kommentar mangels Relevanz des MuSchG'es keine 2. Auflage erleben, was ihm nicht zu wünschen ist.

Hinweise

Buchhinweise

- Augstein, Renate/Koch, Hans-Georg*: Was man über den Schwangerschaftsabbruch wissen sollte
Beck/dtv, München 1985
- Ariti, Rita u.a. (Hrsg.)*: Retortenmütter, Frauen in den Labors der Menschenzüchter
rororo aktuell Nr. 5538, Reinbeck 1985
- Mitterauer, Michael*: Ledige Mütter – Zur Geschichte unehelicher Geburt in Europa
Beck, München 1983
- Projektgruppe Frauenhaus an der Fachhochschule Frankfurt, FB Sozialarbeit*: Leitfaden für Frauen in Frauenhäusern
Limescorso 5, 6000 Frankfurt 50; Bezug gegen Zahlung von DM 5,- zzgl. DM 1,50 Porto auf Kto.Nr. 1618 76-604 Elisabeth Müller, Postgiroamt Frankfurt
- Stetson, Dorothy M.*: A Woman's Issue. The Politics of Family Law Reform in England
Greenwood Press, Westport, Conn./London, 1982
Buchbesprechung dazu von Dieter Henrich, in: FamRZ 85, 251 f
- Vogelheim, Elisabeth (Hrsg.)*: Frauen am Computer – Was die neuen Technologien den Frauen bringen, Eine Einführung
rororo frauen aktuell, Reinbeck 1984

Weber-Will, Susanne: Die rechtliche Stellung der Frau im Privatrecht des Preußischen Allgemeinen Landrechts von 1794
Europ. Hochschulschriften, Reihe 2, Rechtswissenschaft, Bd. 350, Vlg. Peter Lang, Ffm, Bern, NY, 1983

Aus anderen Zeitschriften

- Beschluß des BVerfG vom 17.10.1984*: (biologische versus soziale Elternschaft), NJW 85, 423
- Urteil des SozG Dortmund vom 30.11.1984*: (betreffend die Krankenkassenleistungen bei Schwangerschaftsabbrüchen), NJW 85, 702
- Schleicher, Hans*: Mutterschutz und Grundgesetz, BB 85, 340
- Schüren, Peter*: Neue rechtliche Rahmenbedingungen der Arbeitszeitflexibilisierung, RdA 85, 22
- Wank, Rolf*: Die Teilzeitbeschäftigung im Arbeitsrecht, RdA 85, 1
- Hydra Nachtexpress, Zeitung für Bar, Bordell und Bordstein*: Prostitution – Lust oder Last, HWG – ein Prostituiertenprojekt in Frankfurt, Der Hurenkongreß zu Amsterdam u.a.
Bestellungen an Hydra Nachtexpress, Kantstr. 54, 1 Berlin 12, Tel.: 030/ 313 5999, DM 3,50 zzgl. Porto
- Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis*, hrsg. vom Verlag des Vereins Sozialwissenschaftliche Forschung und Praxis für Frauen e.V., Köln: Heft 13: „Unser Staat?“, darin:
Verena Fiegel: Über den Zusammenhang von Staat – Militär – Prostitution, S. 79
Heft 14: „Frauen zwischen Auslese und Ausmerze“ (in Vorbereitung)
- Feministische Studien*: Belz Weinheim, Heft 2/84, „Krieg und Unfrieden“, darin:
Ingrid Schmidt-Harzbach: Eine Woche im April. Berlin 1945, Vergewaltigung als Massenschicksal, S. 51
Renate Duelli-Klein: Von der einen das Ei, von der anderen den Uterus, Frauenunterdrückung im Technopatriarchat, S. 140
- Zeitschrift für Rechtssoziologie*: Westdt. Vlg., Heft 2/84, „Frauen und Recht“, darin:
Doris Lucke: Die Frauenforschung und ihre juristischen Abnehmer – zur rechtspraktischen Irrelevanz einer advokatischen Wissenschaft, S. 203
Ute Gerhard: Warum Rechtsmeinungen und Unrechtserfahrungen von Frauen nicht zur Sprache kommen. Ein nicht nur methodisches Problem der Rechtstatsachenforschung, S. 220
Wolfgang Voegeli und Barbara Willenbacher: Die Ausgestaltung des Gleichberechtigungssatzes im Eherecht.
Christa Pelikan: Vom Sorgen und Versorgtwerden der Frauen und Mütter. Das eheliche Unterhaltsrecht in europäischen Kodifikationen des 19. u. 20. Jhds., S. 260
Marliese Doberthien: Frauenerwerbsarbeit gleich Frauendiskriminierung? Beschränkungen der Frauenerwerbsarbeit aus soziologischer, rechtlicher und sozialgeschichtlicher Sicht, unter besonderer Berücksichtigung des Mittelalters, S. 276
Gerlinda Smaus: Einstellung von Frauen zum Strafrecht: „Positives Rechtsbewußtsein?“, S. 296
Uta Krautkrämer-Wagner: ...daß das verfassungsrechtliche Gebot erfüllt werde. Die Rolle frauenpolitischer Einrichtungen als Rechtsdurchsetzungsinstanzen, S.312