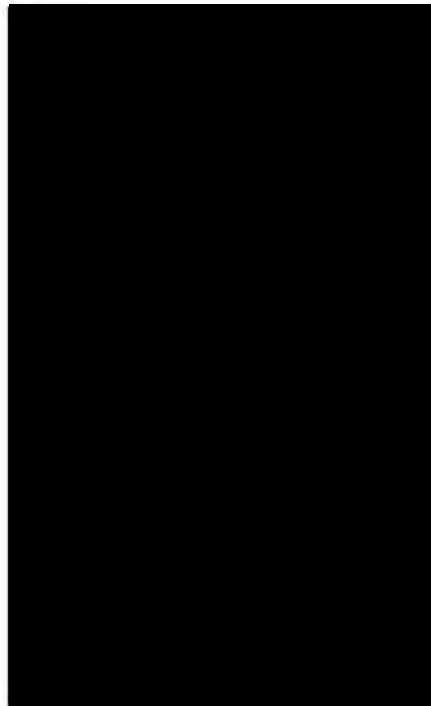


## Inhalt

<i>Tove Stang Dahl</i>	
Frauen zum Ausgangspunkt nehmen: Der Aufbau eines Frauenrechts	115
<i>Jutta Bahr-Jendges</i>	
Die Politik des Sorgerechts und der elterlichen Gewalt – Tagungsbericht	121
<i>2. Weltkongreß der Prostituierten</i>	
Prostitution und Feminismus	122
<i>Urteil des EuGH</i>	
Teilzeit bei Bilka	126
<i>Der Rat der Europäischen Gemeinschaften</i>	
Richtlinie vom 24.7.1986 - 86/378/EWG - betreffend die Gleichbehandlung bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit	128
<i>Urteil des BAG mit Anmerkung von Ninon Colneric</i>	
„Ausgleichende Gerechtigkeit“ im Tarifvertrag	129
<i>Urteil des BAG mit Anmerkung von Ninon Colneric</i>	
Ehefrauenzulage = Abschlag für Ehefrauen	132
<i>Urteil des ArbG Hamburg</i>	
Diskriminierung bei der Einstellung	135
<i>Urteil des BSG</i>	
Abtreibung auf Krankenschein	138
<i>Urteil des BSG</i>	
Untypischer Wegeunfall	139
<i>Urteil des SG Hamburg</i>	
Erziehungsgeld für Asylbewerberinnen	140
<i>Urteil des LG Darmstadt</i>	
Bereicherungsanspruch gegen Schwiegervater	142
<i>Urteil des Hans-OLG Bremen</i>	
Ausbildung auf Umwegen	142
<i>Beschluß des OLG Hamburg</i>	
Kostenlast bei Unterhaltstiteln	143
<i>Beschluß des AG Bremen</i>	
Zwangsgeld bei Umgangsrechtsverweigerung	144
<i>Urteil des LG Berlin</i>	
Schutz der Zeugin vor Sensationspresse	144
<i>Urteil des AG Tiergarten</i>	
Vergewaltigung ohne „Beischlaf“	146
<i>Urteil des AG Alsfeld</i>	
Entschuldigender Notstand	146
<i>Urteil des AG Essen</i>	
Demütigende Lüge straferschwerend	146
<i>Alexandra Goy</i>	
Über den Stand der deutschen Rechtskultur – Bericht über die Anhörung zur Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe	147
<i>Almuth Riedel</i>	
El Salvador: Sexistische Folter und Widerstand – politische Gefangene im Frauengefängnis	149



**STREIT – Feministische Rechtszeitschrift**

Herausgegeben vom Verein „Frauen streiten für ihr Recht e.V.“, Frankfurt  
 Der Verein ist gemeinnützig. Steuerabzugsfähige Spenden werden erbeten auf das  
 Konto Nr.: 638-37-600, Postgiroamt Frankfurt, BLZ 500 100 60

**Redaktionsadressen:**

Hamburg/Schleswig Holstein: Sabine Scholz, Schanzenstr. 79, 2000 Hamburg 6  
 Bremen/Niedersachsen: Jutta Bahr-Jendges, Osterdeich 13, 2800 Bremen 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  
 Saarland: Dagmar Oberlies, Schloßstr. 6, 6600 Saarbrücken 1  
 Schwaben: Anne-Rose Kocyba, Friedrichstr. 3, 7140 Ludwigsburg  
 Bayern: Jutta Bartling, Arcostr. 5, 8000 München 2 - v.i.S.d.P.  
 Berlin: Alexandra Goy, Kottbusser Damm 72, 1000 Berlin 61

**Mitarbeiter/innen dieses Heftes:**

RAin Jutta Bahr-Jendges, Bremen; RA Klaus Bertelsmann, Hamburg; Verena Blumer, wissenschaft. Mitarbeiterin an der  
 Universität Trier; RAin Malin Bode, Bochum; RAin Claudia Burgsmüller, Berlin; Dr. habil. Ninon Colneric, Richterin  
 am Arbeitsgericht Oldenburg; Prof. Dr. Tove Stang Dahl, Professorin für (Frauen-)Rechtswissenschaft an der Universität  
 Oslo; RAin Alexandra Goy, Berlin; RAin Monika Guder, Gießen; RA Hartmut Jacobi, Hamburg; RAin Almuth Riedel,  
 Bochum; RAin Barbara Schoen, Darmstadt; Claudia Walz, Richterin am Amtsgericht Hamburg

ISSN 0175-4467

©1986. Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck – auch auszugsweise – nur mit schriftlicher Genehmigung der Redaktion  
 und mit vollständigem Quellennachweis.

Herstellung: Sibylla Flügge, c/o Verlag Stroemfeld/Roter Stern, 6000 Frankfurt 1  
 Repro/Druck: Zypresse, 6000 Frankfurt 50

STREIT erscheint 4 mal jährlich.

Bezugsbedingungen: Einzelheft DM 12,- zzgl. DM 3,- Porto/Versandkostenanteil  
 Abonnement: DM 48,- jährlich  
 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

Tove Stang Dahl

## Frauen zum Ausgangspunkt nehmen: der Aufbau eines Frauenrechts\*

### Einleitung

Vor 12 Jahren beschloß die Osloer Universität, Frauenrecht als akademische Disziplin in das Ausbildungsprogramm der juristischen Fakultät aufzunehmen. Die ersten ordentlichen Studierenden belegten das Fach im Frühjahr 1975. Seither ist das Frauenrecht ein Wahlfach im 5. und letzten Jahr des Jurastudiums geworden. Außerdem beschloß die Fakultät später, daß reguläre Vorlesungen aus der Frauenperspektive in die Lehrpläne aller Pflichtfächer des 1. Jahres des Jurastudiums aufgenommen werden sollten und zwar zwei Vorlesungen pro Fach. Wir streben an, allmählich in allen Bereichen des Jurastudiums Unterricht aus der feministischen Perspektive erteilen zu können. Daneben arbeiten wir daran, ein neues Wahlfach einzuführen, das wir „Gleichheitsrecht“ nennen und das im dritten Studienjahr angeboten werden soll.

Als *Forschungsdiziplin* umfaßt das Frauenrecht jedoch mehr. Solange wir in einer Gesellschaft leben, in der Männer und Frauen verschiedene Lebenswege gehen und unterschiedliche Lebensbedingungen haben, mit unterschiedlichen Bedürfnissen und Möglichkeiten, werden sich die Vorschriften des Gesetzes notwendigerweise auf Männer und Frauen verschieden auswirken. Die geschlechtsneutrale Justizmaschinerie von heute trifft auf die geschlechtsspezifische Realität – oder anders ausgedrückt: die oftmals geschlechtsrelative Realität trifft auf das moderne einheitsgeschlechtliche Recht. Daraus ergibt sich das komplizierte Zusammenspiel von Recht und Leben, das Frauenrechts-Forscher/innen erfassen und verstehen wollen, mit dem bestimmten Ziel, zu *echter* Gleichheit, gleichem Wert und größerer Freiheit für Frauen beizutragen.

### Drei Erkenntnisquellen

Will man die Auswirkungen der Gesetze auf die Realität der Frauen verstehen, so genügt es nicht, allein vom Gesetz als Ausgangsbasis auszugehen. Bei einem geschlechtsneutralen Rechtssystem und einer Justizmaschinerie, die sich am Leben und an den Bedürfnissen der Männer orientiert, kann man leicht in die Irre gehen, wenn man den Buchstaben der Rechtsdogmatik allein zur Grundlage nimmt. In der Frauenrechtswissenschaft besteht daher die Notwendigkeit – so wie es in der Tat generell für die Rechtswissenschaft wünschenswert wäre –, sich für die Beschreibung und das Verständnis der Regelungen systematisch empirisches, politisches und ethisches Material nutzbar zu machen.

Das heißt, daß drei methodisch verschiedene Elemente oder Quellen der Erkenntnis integriert werden müssen: Rechtsdogmatik, empirische Daten und politisch moralische Werte. Sie alle sind notwendige Elemente jeder kritischen Rechtstheorie, wozu Frauenrecht sicherlich zu zählen ist.

Wie verwenden wir nun diese verschiedenen Materialien und Methoden in der Frauenforschung? Die Prioritäten haben sich mit der Zeit geändert. Am Anfang war die junge Disziplin der Politik und ihren Schwankungen weitaus mehr verbunden als es heute der Fall ist. In den frühen 70er Jahren definierte die feministische Politik diese Probleme bis zu einem gewissen Grad und gab das Programm vor. Später reiften die verschiedenen Zweige der Frauenforschung nach und nach aus mit ihrem systematischen Empirizismus. Vor allem waren es die Soziologie, die politischen Wissenschaften, Psychologie, Geschichte und Wirtschaftswissenschaften, die dem Frauenrecht die Daten geliefert haben.

Schließlich sind wir auch selbst rausgegangen und haben empirische Daten gesammelt, indem wir Interviews machten und Rechtshilfe anboten. Auf diese Weise war es uns möglich, Frauen als Ausgangspunkt zu nehmen, durch Anwendung einer Perspektive des Rechts „von unten“. Indem wir nach der Realität der Frauen und ihren offenkundigen rechtlichen Bedürfnissen fragen, untersuchen wir, wie sich das Gesetz zu diesen Informationen verhält. So erhalten wir einen Einblick „von unten“ in das komplizierte Zusammenspiel von Gesetz und Leben in Bezug auf Frauen.

Um diese Ergebnisse in rechtlich brauchbare Fachrichtungen zu untergliedern, wird neben Gesetz und Leben noch eine dritte Erkenntnisquelle benötigt, nämlich die grundlegenden dauerhaften Werte, die aus den moralischen und politischen Interpretationen der Stellung der Frau in der Gesellschaft hervorgehen.

Zwei solcher Werte, die mir bei der Herausbildung des Frauenrechts besonders wichtig erscheinen, möchte ich hier erwähnen: Gerechtigkeit und Freiheit. Daraus können wir vielleicht eine Definition von Frauenrecht ableiten, die auf der Zielsetzung unseres neuen Fachgebietes basiert: *Dieses Ziel besteht darin, die rechtliche Stellung der Frau zu beschreiben, zu erklären und zu verstehen, vor allem zu dem Zweck, die Stellung der Frau im Recht und in der Gesellschaft zu verbessern.* Die Intention des Begriffs „Frauenrecht“ ist vielschichtig. Es ist eine Frauen- bzw. feministische Perspektive, die das ganze durchzieht, sowohl methodisch als auch thematisch: Es ist die Stellung der Frau im Recht, die unter die

\* Referat, gehalten bei der „European Conference of Critical Legal Studies“ zum Thema „Feminist Perspectives on Law“, die vom 3.-5. April 1986 in London stattfand. Die Verfasserin stellte ihre Thesen auch bei der internationalen Arbeitstagung zum Thema „politics of custody and parental power“ zur Diskussion, die vom 8.-11. Oktober in Amsterdam stattfand und über die Jutta Bahr-Jendges im Anschluß an diesen Artikel berichtet.

Lupe genommen wird, und es ist die Stellung der Frau, die wir verbessern wollen, im Recht und in der Gesellschaft.

Das mag einfach klingen, aber dem ist nicht so. Erst nach zehn Jahren der Lehre und der Forschung ist es uns gelungen, ein richtiges Lehrbuch für die Studenten in Norwegen herauszubringen. Immerhin hat es zwei Bände.<sup>1</sup>

Ich habe nun die Gründe für das Frauenrecht angegeben sowie das Ziel und die Definition dieser neuen Fachrichtung und deren dreifache methodische Vorgehensweise. Es werden nun einige thematische Anmerkungen folgen.

### Rechtliche Schnittstellen

Die meisten Themen im Frauenrecht stehen im Bereich der Überschneidungen und Konflikte von Privatrecht und öffentlichem Recht. Einerseits gehörte das Leben der Frauen historisch zur Privatsphäre. Das spiegelt sich im Recht wider im Mangel eines Regelungsinteresses – sei es eines Interesses oder eines feindlichen Interesses – bezogen auf das Lebensfeld der Frauen, besonders hinsichtlich Sexualität, Geburt, Mißbrauch von Frauen und die Versorgung der Kinder, Kranken, Alten, des Haushalts und der Nachbarschaft. Andererseits wurden die Frauen in den letzten Jahren in einem Maße in den öffentlichen Bereich einbezogen, wie noch nie zuvor in der Geschichte. Als Bürgerinnen, Leistungsempfängerinnen und Angestellte traten Frauen in eine immer engere Beziehung zum Staat: Als *Bürgerinnen* durch ihre wachsende Teilnahme und Repräsentation in der Politik und den Verbänden; als *Leistungsempfängerinnen* durch die ständig steigende Inanspruchnahme von Sozialversicherungsleistungen und anderen Arten der Unterstützung, aber auch indem Frauen der Kontrolle durch die Sozialämter ausgesetzt werden; als *Angestellte* durch ihre Beschäftigung in der Verwaltung und im Erziehungswesen, vor allem aber im Gesundheits- und Sozialbereich.

Diese soziale Evolution geht so weit, daß heute schon davon gesprochen wird, die Familie werde öffentlich – und „öffentlich“ heißt in diesem Zusammenhang in Skandinavien „verstaatlicht“. Man kann sagen, daß Frauen hinsichtlich ihres Status und ihrer Abhängigkeit einen ungeheuren Umschwung von der Privatsphäre zur Öffentlichkeit erleben.<sup>2</sup>

Die Lebensumstände der Frauen erfordern daher die Überschneidung von Regelungen verschiedener Rechtsgebiete. Frauenrecht ist interdisziplinär, nicht nur im methodischen Sinne, insofern es Rechts-

dogmatik, Sozialwissenschaften und politische Philosophie integriert, sondern sogar thematisch: das Gebiet ist auch *juristisch* interdisziplinär.

Für die Unterrichtung von Frauenrecht gibt es mindestens zwei unterschiedliche Herangehensweisen. Man kann die feministische Perspektive auf die verschiedenen traditionellen Rechtsgebiete anwenden. Das tun wir in Oslo, wenn wir die lehrplanmäßigen Vorlesungen aus der Frauenperspektive über die Fächer des ersten Jahres abhalten – Familienrecht, Sozialversicherungs- und Sozialleistungsrecht, Deliktsrecht, Verfassungsrecht usw.. Aber früher oder später – und das ist wichtig – muß man seinen eigenen systematischen Aufbau erarbeiten, um das Recht zutreffender für Frauen zu gestalten und zugleich Frauenrecht als eigene Fachrichtung auszugestalten. Das kann geschehen, indem die allgemeinen Prinzipien von Gerechtigkeit und Freiheit unmittelbar auf das Leben der Frauen angewendet werden, wodurch die wichtigsten Bereiche ihrer rechtlichen Anliegen aufgezeigt werden.

Gerechtigkeit und Freiheit gelten natürlich als die grundlegenden Prinzipien der Rechtsordnung auch unabhängig vom Geschlecht. Abstrakt gesprochen, dürfte Einigkeit darüber bestehen, daß der Berücksichtigung dieser Prinzipien in jedem Zusammenhang Gewicht beizumessen ist. Uneinigkeit entsteht bei der Frage, was dies speziell in Bezug auf Frauen beinhaltet, d.h.: wenn wir Freiheit und Gerechtigkeit als Ausgangspunkte nehmen und sie uns als Zielvorstellungen für unvollendete Aktionen und Reformen dienen lassen.

### Gerechtigkeit: Verteilung von Geld, Zeit und Arbeit

Als Ausgangspunkt, um den Weg zu den langfristigen Zielvorstellungen zu verkürzen, sei der Versuch unternommen, zu definieren, was *ungerecht* ist. Aber was ungerecht ist, hängt davon ab, wessen Perspektive und Wahrnehmung auf dem Spiel steht. Das Konzept der Gerechtigkeit „von unten“ unterscheidet sich von einer Anwendung axiomatischer Prinzipien, wie sie oftmals, z.B. im Naturrecht, Verwendung finden, genau dadurch, daß sie jemandem zugeschrieben wird. Beim Aufbau von Frauenrecht in Norwegen haben wir hauptsächlich von den Erfahrungen aus dem Rechtshilfeprojekt von und für Frauen profitiert, das 1974 von der Fakultät initiiert worden war, daneben von der Arbeit der Notrufgruppen, von den Erfahrungen in der Frauenpolitik und von den Entdeckungen der Frauenforschung.

Unsere Übersicht zeigt, daß es im Wesentlichen drei Bereiche gibt, in denen Frauen heutzutage Ungerechtigkeiten erleben, das sind die ungleiche Verteilung von Geld, Zeit und Arbeit. Der ungleiche Teil, der Frauen an den Werten Geld, Zeit und Arbeit zuteil wird, bildet die Basis für eine Systematisierung des Frauenrechts in drei Bereiche: *das Recht des Geldes, Hausfrauenrecht* und *das Recht der bezahlten Arbeit*.<sup>3</sup> Lassen Sie mich kurz diese drei Bereiche des juristischen Studiums skizzieren.

1 Dahl, T. S. (Hrsg.): *Kvinnerett (Frauenrecht) I-II*, Oslo (Universitetsforlaget) 1985. Eine einbändige Ausgabe in englischer Sprache ist in Vorbereitung und wird vom gleichen Verlag in Zusammenarbeit mit der Oxford University Press unter dem Titel „women's law“ publiziert werden.

2 Heines, M. H.: *Women and the Welfare State. The Transition from Private to Public Dependence*, in: Holter, H. (Hrsg.): *Patriarchy in a Welfare Society*, Oslo (Universitetsforlaget) 1984

Ein unabhängiges eigenes Einkommen ist in vieler Hinsicht eine Vorbedingung für die Teilnahme und die Freude am Leben, privat ebenso wie öffentlich. Fehlendes Geld hat andererseits zur Folge, daß die Person wenig Bewegungsfreiheit hat und ein Gefühl von Ohnmacht entwickelt. Folglich sollte in einer Geldwirtschaft ein Mindestanforderung sozialer Maßnahmen darin bestehen, daß ein Erwachsener Zugang zu seinem oder ihrem eigenen Geld hat. Viele Frauen haben dieses minimale soziale Recht nicht und die, die es haben, sind immernoch eher arm, verglichen mit den Männern ihrer Umgebung. Dies ist der Hauptgrund dafür, ein *Recht des Geldes* als einen wesentlichen Bereich des Frauenrechts aufzubauen. Das Konzept für ein solches Recht des Geldes entsteht demnach aus der Argumentation für Minimalrechte und aus politischen Überlegungen und Forderungen.

Der nächste Schritt besteht dann darin, die wichtigsten legalen Geldquellen ausfindig zu machen, was uns dazu brachte, ein Modell auszuarbeiten, wonach Frauen in einem dreiteiligen System finanzieller Unterstützung leben, bestehend aus dem Ehevertrag, dem Arbeitsvertrag und den Vorschriften der sozialen Sicherheit. Das Recht des Geldes muß daher Vorschriften verschiedener juristischer Fachrichtungen aufnehmen und integrieren – hauptsächlich aus dem Familienrecht, dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherung; aber auch andere Bereiche wie Steuerrecht, Sozialhilferecht und sogar Vorschriften über Prostitution u.s.w..

Wenn wir das interdisziplinäre Zusammenspiel von Vorschriften über Frauen und Geld untersuchen, stoßen wir bald auf ein Phänomen, das für Frauenrecht von größter Bedeutung ist, es ist dies das *zweigleisige Regelungssystem*, das sich ergibt, wenn geschlechtsneutrale Gesetze auf Frauen angewendet werden.<sup>4</sup> Im Allgemeinen sind es Erfahrungen, Meinungen und Interessen von Männern, die zu allen Zeiten in Gesetze gegossen wurden. Das bedeutet nicht, daß Frauen ausgeschlossen wären, sondern, daß das Gesetz auf zweierlei Arten erdacht wird – entsprechend einem männlichen und einem weiblichen Modell, wobei das letztere auf der Vorstellung der Männer davon beruht, wie Frauen sind oder sein sollten.

Diese Zweigleisigkeit ist zum Beispiel beim Recht der sozialen Sicherheit deutlich sichtbar. Das männliche Modell, das den Bestimmungen zugrunde liegt, beruht auf bezahlter Arbeit. Je mehr bezahlte Arbeit man bekommt und je besser diese bezahlt wird, desto höher und besser sind die Sozialleistungen, die man beanspruchen kann. Dieses männliche Modell passt immer dann, wenn die Lohnzahlung aus diesem oder jenem Grund unterbrochen wird oder endet – wegen Arbeitslosigkeit, Alter, Krankheit u.s.w.. Das weibliche Modell beruht auf der Frau als einer privat unterhaltenen Person, deren Inanspruchnahme von Sozialleistungen aus dem Mangel oder der Abwesenheit eines männlichen Ernährers folgen. Frauen werden wahrgenommen als Mütter/Hausfrauen mit Anspruch auf staatliche Unterstützung wann immer Leistungen von einem Ehemann/Vater nicht erreichbar sind, so im Falle von Witwen, unverheirateten und geschiedenen Frauen. Entsprechend dem weiblichen Modell folgen die Bedingungen für den Erhalt von Leistungen ebenso wie die Höhe der Unterstützung einer Würde-skala, die den Wert der überlebenden Frau und des zu versorgenden Kindes nach einer Reihe moralischer Kriterien festlegt, wie Dauer und Art des Zusammenlebens, wer der Vater des Kindes ist, Ursache des Todes des Ehemannes, Grund der Abwesenheit oder des Verschwinden des Mannes u.s.w., statt auf den *Bedarf* nach Unterstützung abzustellen.

Viele Probleme entstehen aus dem zweigleisigen Regelungssystem, das unterstellt, eine Frau tendiere dazu, Vollzeit-Hausfrau zu sein, was sie aber nicht mehr ist, weil Frauen während ihres ganzen Lebens gleichzeitig und in verschiedenen Kombinationen sowohl Hausarbeit leisten als auch dem Arbeitsmarkt zur Verfügung stehen. Ihre legalen Rechte werden manchmal furchtbar zwischen den beiden Geschlechtermodellen hin und her gezerrt, da sie weder gänzlich Arbeitnehmer noch Vollzeit-Hausfrauen sind, was das zweigleisige System voraussetzt. Eine Frau, die wegen häuslicher Pflichten Teilzeitarbeit leistet, kann leicht nach beiden Modellen ihre Rechte verlieren, da sie weder ganz Hausfrau noch Vollzeit-Arbeitnehmerin ist.

Sogar die Regelungen der Haftpflichtversicherung sind manchmal zweigleisig. Betrachten wir zum Beispiel die Vorschriften über die Bemessung des Schadensersatzes beim Tod einer Hausfrau im Vergleich zu denen beim Tod des verdienenden Ehemannes. Während die Arbeit der Hausfrau niedrig eingestuft wird, solange sie lebt, kann sie bei ihrem Tode wertvoll werden, denn dann tritt der Bedarf des Ehemannes zutage und der Ausgleich wird eher großzügig bemessen. Die gegenteilige Situation kann entstehen, wenn er stirbt und sie Anspruchsberechtigt wird. Während er lebte, wurde seine Arbeit entsprechend seiner Leistung eingestuft. Bei seinem Tode muß der Betrag ausgeglichen werden, den die Hausfrau als Verlust erleidet, und der wird eher niedrig veranschlagt.

3 Dahl, T. S.: „Women's Right to Money“, *International Journal of the Sociology of Law*, 1984, 12, 137-152; und in Holter, H. (Hrsg.), a.a.O.; Dahl, T.S.: *Towards a Houswives' Law: The case of National Insurance Provision for Handicapped Children in Norway*, *International Journal of the Sociology of Law* 1982, 10, 169-186. Siehe auch die von Halvorsen, M. erstellte annotierte Bibliografie der ersten 20 Bände in der Reihe „Studies in Women's Law 1975-1985“, in: *Working Papers in Women's Law*, University of Oslo, Subdepartment of Women's Law, no. 3, 1985

4 Sverdrup, T.: *Det to-sporede lovsystemet – belyst med eksempler fra skatteretten* (Das zweigleisige Rechtssystem – Beispiele aus dem Steuerrecht), in: Dahl, T.S. (Hrsg.), a.a.O.

Diese Erkenntnisse bringen uns zum *Hausfrauenrecht*. Die meisten Frauen sind Hausfrauen, entweder ganztags, halbtags oder in Form von Überstunden und zwar im Verlauf ihres Lebens in unterschiedlichen Zusammensetzungen. Das Ausmaß der Versorgung von Haus und Familie und die Abhängigkeit, die daraus entsteht, daß alle beteiligten Parteien davon abhängig sind, führt dazu, daß Frauen generell weniger *Freizeit* haben als Männer. Arbeit außerhalb des Hauses kann ebenfalls zu einer Zeitverknappung führen aber diese Arbeitsstunden haben ihre Grenzen und unterliegen eingehenden Regelungen. Aber wenn die Pflege von Kindern, Alten oder Kranken erforderlich ist, unterliegen die Arbeitsstunden der Pflegeperson keinerlei Regelungen. Pflegepersonen dürfen einfach nicht ausfallen, wenn die Pflicht ruft. Es gibt kaum irgendwelche Absprachen, um die Pflegeperson zu entlasten und es gibt keine in Geld ausgedrückte Bewertung und keine Anrechnung auf die Rente. Eine gerechtere Verteilung der Zeit in der Familie und auf dem Arbeitsmarkt ist, unter anderem, eines der Anliegen von Gerechtigkeit, die der juristischen Fachrichtung Hausfrauenrecht zugrunde liegt.

Was also sollte geteilt werden – die Arbeit oder ihre Entlohnung? In der moralischen Atmosphäre,

die die Forderung nach Gleichberechtigung in der heutigen Gesellschaft umgibt, mag vieles darauf hindeuten, daß Frauen die vollständige Teilung aller Pflichten innerhalb der Ehe wollen. Aber die Frauen, die wir im Rahmen unseres Frauenrechts-Projekts interviewt haben, beschäftigten sich nicht so sehr mit der vollständigen Teilung als vielmehr mit dem Wunsch, größere Gerechtigkeit bei der Bewertung ihrer Arbeit als Pflegepersonen im Haushalt zu erhalten. Sie wollten eine klare Aussage über ihre eigenen Rechte, sowohl was das Einkommen als auch was die Rentenansprüche betrifft. Diese Punkte sind daher Gegenstand sowohl des Hausfrauenrechts als auch des Rechts des Geldes.

Aber auch bei der Verteilung der bezahlten Arbeit in der Gesellschaft erheben sich Fragen nach der Gerechtigkeit. Wie wir wissen gibt es sichtlich Unterschiede zwischen den Möglichkeiten von Frauen und Männern im Berufsleben, d.h. bei der Chance eine Arbeit zu finden und zu behalten ebenso wie bei der Festsetzung der Löhne. Frauen kommen, ohne daß es dafür eine moralische Rechtfertigung gäbe, bei allen Arten der Verteilung von Arbeit und der Ausschüttung von Erträgen zu kurz.

Das *Recht der bezahlten Arbeit* systematisiert die rechtliche Bedeutung dieser Diskriminierung auf dem Arbeitsmarkt, die weitgehend eine Nebenfolge der wechselhaften Hausfrauenpflichten darstellt, die von den verschiedenen Lebenszyklen und den Chancen auf dem Arbeitsmarkt abhängig sind. Der Begriff *Recht der bezahlten Arbeit* zeigt überdies an, daß die Vorstellung von Arbeit im Frauenrecht mehr umfasst als die bezahlte Arbeit und daß unseres Erachtens Gerechtigkeitsüberlegungen eine grundlegende gesellschaftliche Neubewertung der Versorgung

auf dem Arbeitsmarkt abhängig sind. Der Begriff *Recht der bezahlten Arbeit* zeigt überdies an, daß die Vorstellung von Arbeit im Frauenrecht mehr umfasst als die bezahlte Arbeit und daß unseres Erachtens Gerechtigkeitsüberlegungen eine grundlegende gesellschaftliche Neubewertung der Versorgung von Haus und Familie erforderlich machen.

Der größte Teil der bezahlten Arbeit, die heute von Frauen geleistet wird, wird zu ungelegenen Zeiten erbracht. Der Übergang zur Doppelverdienerfamilie zwingt Frauen, Arbeit anzunehmen, die die normale Arbeitszeit von Männern ergänzt – Schichtarbeit, Nachtarbeit, Arbeitsumstände bei denen die Arbeitsschutzbestimmungen selten Anwendung finden und normale Arbeitstage selten vorkommen. Alles in allem haben die neuen Arbeits- und Familiengewohnheiten dazu geführt, daß Frauen in Skandinavien heute vergleichsweise mehr und unter vergleichsweise härteren Bedingungen arbeiten als früher.

Die drei juristischen Fachrichtungen – *Recht des Geldes*, *Hausfrauenrecht* und *Recht der bezahlten Arbeit* – führen jeweils ihr eigenes Dasein. Die individuellen Meinungen und Hypothesen folgen

dem Prinzip, eine ausgeglichene Verteilung von Geld, Zeit und Arbeit zu fordern und dies zu einer einheitlichen Perspektive zu verbinden. Erlaubt man den Gerechtigkeitserwägungen als systematisches Kriterium zu dienen, dann errichtet das Recht des Geldes Regeln für den Zugang von Frauen zum Geld, während das Hausfrauenrecht sich mit den Vorschriften über die Versorgung des Hauses und der Familie befasst, was sowohl Teilzeit- als auch Vollzeit- als auch Überstunden-Hausfrauen betrifft, und das Recht der bezahlten Arbeit untersucht die Rechtsposition von Frauen auf dem Arbeitsmarkt.

#### Freiheit: Würde, Integrität und Selbstverwirklichung

Eine gerechtere Verteilung von Geld Zeit und Arbeit wäre bereits an sich wünschenswert. Sie würde aber auch im Hinblick auf den anderen Grundwert des Frauenrechts weiterhelfen, den Wert der Freiheit.

Wie Gerechtigkeit ist Freiheit ein generelles Anliegen aller Jurist/inn/en. Es gibt jedoch einen speziell Frauen betreffenden Aspekt der Freiheit, der sich geringfügig von dem anderer Bürger unterscheidet, und das ist die Freiheit der Selbstbestimmung und der Selbstverwirklichung als Gegensatz zu Zwang und Abhängigkeit. Das Freiheitskonzept, das dem Frauenrecht zugrundeliegt, richtet folglich unsere Aufmerksamkeit auf die Durchsetzung von *Würde*, *Integrität* und *Selbstverwirklichung* als den Grundbedürfnissen von Frauen in der heutigen Zeit.

*Würde* als Attribut wird oft in der Frauenforschung behandelt, zuallererst und vor allem als ein Charakteristikum der mehr oder weniger versteckten Frauenkultur, die ausdrücklich die Würde und den Stolz von Frauen bei den Aufgaben des Lebens betont, indem behauptet wird: „Frauen sind okay, weibliche Erfahrungen sind wichtig – und sie sind unsere.“ Durch die Geschichte hindurch beinhaltete die Selbsteinschätzung der Frauen, die als wesentliche Lebensgrundlage anzusehen ist, sie seien die *natürlichen* Versorgerinnen: Frauen haben deshalb ihre Mutterschaft zelebriert, die Sorge für die Kinder und die Hausarbeit und sie haben die Familienbande in Ehren gehalten, die sowohl sie selbst als auch ihre Arbeit absicherten. Mit anderen Worten, Frauen haben eine traditionelle „moralische Ökonomie“ entwickelt, die, obwohl sie in Abhängigkeit zur patriarchalen Geldökonomie entwickelt worden ist, in sich selbst Stolz und Würde über die eigenen Arbeitsleistungen trug.<sup>5</sup>

Diese Würde wurde in einzelnen Geschichtsperioden durch eine herablassende Wahrnehmung der privaten Versorgungsleistungen und der Hausfrauen herausgefordert und gebrochen. Die moderne Politik der Gleichheit, mit ihrer starken Betonung der bezahlten Arbeit und dem Leben der Männer und ihrem Lebensstil als Norm, war in vieler Hin-

sicht sowohl anstößig als auch schwierig für Frauen, sowohl auf der individuellen als auch auf der politischen Ebene. Meines Erachtens sollte Frauenrecht versuchen, diejenigen Vorschriften zusammenzutragen, auszuwerten und zu entwickeln, die heutzutage die Geburts- und Versorgungsarbeit regeln und die durch die Fortentwicklung des rechtlichen Schutzes die Werte unterstützen könnten, die durch diese Arbeit repräsentiert werden.

Der Begriff der *Integrität* steht in engem Zusammenhang mit dem Begriff der Würde, aber er ist auch besonders verknüpft mit dem Recht, sowohl körperlich als auch psychisch *in Frieden gelassen zu werden*.

Schutz gegen gewaltsame Verletzungen der Integrität stand im Mittelpunkt feministischer Politik der letzten Jahre und die Frauenforschung hat ihren Teil dazu beigetragen, indem sie die Natur und das Ausmaß solcher Gewalttaten wie Frauenmißhandlung, Vergewaltigung, Inzest, Pornografie und Prostitution aufdeckte.

Die Rolle, die Frauenrecht in Norwegen in diesen Fällen spielte, bestand darin, die relevanten Prinzipien der Kriminologie und des Strafrechts in die Diskussionen und Reformen einzubringen und vor allem vor dem weitverbreiteten Glauben zu warnen, daß Strafverschärfungen in Bereichen wie diesen zu einer Verhaltensänderung führen könnten – und die Änderung des Verhaltens muß trotz allem das vorrangige Ziel sein.

Es würde zu weit führen, jeden dieser Punkte aus dem Bereich des Strafrechts und der Viktimisierung zu skizzieren, zumal sie aus anderen Ländern recht gut bekannt sind. Statt dessen will ich meine Bemerkungen mit einigen Betrachtungen zum Thema Selbstverwirklichung schließen – offensichtlich ein Aspekt menschlicher Freiheit, der eine besondere Bedeutung für Frauen hat.

5 Piven, Francis Fox, *Women and the State: Ideology, Power and the Welfare State*, in: Rossi, A. (Hrsg.), *Gender and Life*, New York (Aldine) 1985

*Selbstverwirklichung* kann definiert werden als „volle und freie Entfaltung der Stärken und Fähigkeiten des Individuums“.<sup>6</sup> Vollständige Selbstverwirklichung ist jedoch eine Utopie. Die Bedürfnisse und Wünsche anderer setzen der Selbstverwirklichung des Individuums ökonomische und moralische Grenzen. Aber die anderen schaffen auch eine Basis für eben diese Verwirklichung, Selbstverwirklichung findet in einem gewissen Sinne immer „mit“ und „für“ andere statt.

Pflicht der Gesellschaft ist es von daher, die Organisation der möglichst gleichmäßigen und gerechten Verteilung der vom Individuum und der Gruppe vorgegebenen Ziele zu übernehmen. Es ist die Selbstbestimmung – die „Freiheit zu wählen“ – die maximiert werden muß.

Der Lebensweg und die Lebensgestaltung der Frauen ist oft geprägt von der Verantwortung für andere. Die Verantwortung kann selbstgewählt sein – und ist es auch oft – aber sie ist auch in einem hohen Maße aufgezwungen und wird von den Frauen ebenso erwartet, wie sie umgekehrt unzureichend gewertet wird. Gleichzeitig wird von den Frauen verlangt, daß sie sich mehr oder weniger gleichwertig wie Männer an bezahlter Arbeit und an der Politik beteiligen. Strukturell gesehen, führt dieser Zusammenstoß widersprüchlicher Erwartungen, für den Frauen verletzlich sind – die Erwartungen an die Hausfrau gekoppelt mit der Erwartung bezahlte Arbeit zu leisten und mit der Erwartung von Gleichberechtigung – in der Realität zu unerfüllbaren Forderungen. Frauen können niemals „gleichwertig wie Männer“ an bezahlter Arbeit und an den öffentlichen Angelegenheiten teilhaben und sie werden niemals die gleichen tatsächlichen Möglichkeiten haben wie Männer, weil wir notwendigerweise – und glücklicherweise – einen Teil unserer Energie für die Geburtsarbeit verwenden müssen (Schwangerschaft, Entbindung, Stillen und die erste Versorgung des Neugeborenen).

Die periodischen Unterbrechungen und die geringere Teilnahme der Frauen an den Angelegenheiten des Marktes und der Öffentlichkeit werden gegen uns verwendet, indem wir arbeitsrechtlich weniger geschützt sind, auf die schlecht bezahlten Stellen abgedrängt werden, sozial wenig gesichert sind, wenig Kündigungsschutz genießen und zudem für den Mangel an politischer Aktivität kritisiert werden. Stattdessen sollten diese Folgen der Reproduktion als notwendiger und wertvoller Teil des gesellschaftlichen Lebens anerkannt werden und zwar so, daß die Individuen – Männer eingeschlossen – realistischere und natürlichere Lebenspläne entwerfen können als heute.

Die Entwicklung eines *Reproduktionsrechts* (birth law) im Bereich des Frauenrechts ist eine Ant-

wort auf einige der Herausforderungen der Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung. Selbstbestimmte Lebenspläne setzen heutzutage voraus, daß die Frauen die Möglichkeit haben, Schwangerschaften und Geburten zu verhüten. Mehr noch, die Freude am Sex – soweit sie selbstbestimmt ist – schafft ebenfalls einen Bedarf an zugänglichen Verhütungsmitteln und der Möglichkeit legal abzutreiben.

Gegenstand des Reproduktionsrechts ist gleichwohl nicht in erster Linie die Lebensverhütung und Lebensbeendigung zwecks Maximierung selbstbestimmter weiblicher Sexualität. Reproduktionsrecht hat auch das Ziel, Leben zu schaffen, zu schützen und zu entwickeln. Wie weit das Recht, Leben zu schaffen gehen sollte, ist meines Erachtens eine der schwierigsten moralischen Fragen, die jetzt auf der politischen Tagesordnung der Frauen stehen. Die technologischen Möglichkeiten, die heute sowohl in Bezug auf die Manipulation der Mutterschaft wie auch der Vaterschaft bestehen, stellen eine gewaltige ethische Herausforderung dar.

Wie weit sollte das Recht darin gehen, der Gesellschaft Hilfestellung bei der Menschenproduktion zu erlauben? Wenn es zu weit geht, wird das Pendel des Wertes der Geburt in die Richtung umschlagen, daß Kinderlosigkeit als individuelle Krankheit betrachtet wird. Schon heute passiert es, daß die Geburt eines Kindes als Krankheit angesehen wird, und das ist bedauerlich. Die Vorschriften über die Versicherungsleistungen bei Entbindungen folgten im nationalen Versicherungsrecht lange Zeit den Regeln über Zuwendungen im Krankheitsfall. Die Hebammenausbildung wird in weiten Teilen durch die Ausbildung der Krankenschwestern vorgegeben, lokale Entbindungsheime werden geschlossen u.s.w.. Aber es ist ein großer Schritt, von der Verknüpfung positiver Gesundheitsvorstellungen mit Kindergeburt dahin zu kommen, Kinderlosigkeit als Krankheit zu betrachten. Wir stehen grade auf der Kippe, vorwärts geschoben vom medizinwissenschaftlichen Interesse, in den Vorgang der Schöpfung einzudringen und ihn zu beherrschen.

Aber inwieweit kann dieses wissenschaftliche Interesse mit allgemeinmenschlichen Werten und den Bedürfnissen der Frauen übereinstimmen? Wird die In-Vitro-Fertilisation oder die pränatale Diagnose im großen und ganzen die menschlichen Lebensbedingungen verbessern? Was wir im Interesse der Wissenschaft erlauben, ist die eine Frage, aber wie weit wir im Lichte dieser wissenschaftlichen Entwicklung dabei gehen, den Individuen das Recht zu verschaffen, die Chance Mutter oder Vater zu werden zu erhöhen oder die psychischen und physischen Möglichkeiten des Kindes zu verbessern, ist eine vollkommen andere Frage. Wie diese Rechte in jedem Fall gerecht verteilt werden, stellt uns vor neue Probleme ganz spezieller moralischer Natur, deren Diskussion sich noch in einem Anfangsstadium befindet.

6 Elster, J.: Self-realization in Work and Politics, Arbeitspapier für die Konferenz über „Marxism and Democracy“, Universität Chicago, März 1985





### Schlußfolgerungen

Beim Aufbau des Frauenrechts besteht sicherlich die Möglichkeit, zwischen verschiedenen Herangehensweisen zu wählen. Augenscheinlich kann man, auf die verschiedenen traditionellen juristischen Fächer – Familienrecht, Recht der sozialen Sicherung, Verfassungsrecht etc. – die feministische Perspektive anwenden. In diesem Sinne muß Frauenrecht ein Querschnitt durch Vorschriften unterschiedlicher Rechtsgebiete sein, vor allem über die bereits überholten Grenzen von Privatrecht und öffentlichem Recht hinweg. Dennoch wird dies kaum genügen, eine neue juristische Fachrichtung aufzubauen, die dazu in der Lage ist, eigene Hypothesen zu erzeugen und neue Theorien zu entwickeln. Traditionelles Recht gründet sich auf die Erfahrungen und Bedürfnisse von Männern. Die Entwicklung eines Frauenrechts muß im Gegensatz dazu Frauen als ihren Ausgangspunkt wählen.

Dem Studium der dogmatischen Regeln muß man das Studium der rechtlichen Bedürfnisse und Wünsche von Frauen hinzufügen, dabei sollte man sich z.B. durch Interviews und Rechtshilfeprojekte leiten lassen. Daneben werden Einsichten in das Leben und die Lebensbedingungen von Frauen durch die allgemeine Frauenforschung bereitgestellt.

Die Werte, die für das Studium des Frauenrechts besondere Relevanz haben, sind das ziemlich allgemeine Streben nach *Gerechtigkeit* und *Freiheit*. Wenn man das rechtliche und empirische Material auf diese Werte durchsieht, präsentieren sich mindestens vier rechtlich relevante Bereiche: die ungerechte Verteilung von Geld, Zeit und Arbeit in unserer Gesellschaft und die Beschränkungen weiblicher Selbstbestimmung und Selbstverwirklichung.

Daraus ergibt sich die theoretische und empirische Grundlage für die vier Fächer *Recht des Geldes*, *Haufrauenrecht*, *Recht der bezahlten Arbeit* und *Reproduktionsrecht*, mit denen ich mich in diesem Aufsatz befaßt habe. Es könnte mehr sein. Aber schließlich sind wir erst seit zwölf Jahren auf dieser Spur.

*Jutta Bahr-Jendges*

### Die Politik des Sorgerechts und der elterlichen Gewalt – Tagungsbericht

Vom 8. bis 11. Oktober fand in der Universität Amsterdam eine kleine internationale Arbeitstagung statt mit dem Thema „politics of custody and parental power“ (über die politische und rechtliche Entwicklung von elterlicher Sorge und elterlicher Macht). 15 Frauen – überwiegend Juristinnen und einige Soziologinnen und Politologinnen – aus Westeuropa (den Niederlanden, Belgien, Frankreich, Großbritannien, Irland, Dänemark, Norwegen und der BRD) waren zusammengekommen, die derzeitige Situation und Entwicklung in ihren Staaten in (14) Arbeitspapieren vorzustellen und zu diskutieren. Themen waren: elterliche Macht und Sorge, elterliche Rollen und Recht, Rechte für Väter und den Staat, Interessen und Gerechtigkeit, die Vaterrechtsbewegung in Westeuropa, die Rolle des Europäischen Rechts und der europäischen Rechtsangleichung über die Menschenrechtskonvention.

Die verschiedenen Darstellungen aus den verschiedenen Ländern zeigten uns, in welcher jeweils verschiedener Weise das Rechtskonstrukt „Kindeswohl“ nach den jeweiligen historischen, kulturellen, politischen und religiösen Werten und Standards der Gesellschaften und Staaten verwandt und vernutzt wird, wie die irische Wissenschaftlerin Delma Mc. Devitt dies an Fallbeispielen farbig verdeutlichte. Noch einmal mehr wurde uns Teilnehmerinnen die Ideologieträchtigkeit dieses Begriffes bewußt, den unsere Rechtsprechung und Rechtsliteratur so angeblich wertneutral verwendet.

Durch den Vergleich der Rechte wie der Entwicklungen in den verschiedenen Ländern wurde deutlich, daß hinter der vordergründigen Diskussion um Gleichberechtigung und Gleichbehandlung der Geschlechter tatsächlich derzeit eine Rechtsentwicklung steht, die ausschließlich Rechtsbeziehungen von Kindern und Vätern klärt. Das führten ins-

besondere die englischen Teilnehmerinnen darauf zurück, daß Mutterschaft (*maternity*) nie einen Rechtsstatus (*legal status*) gehabt habe, – so wenig, wie dies überhaupt je Status gewesen sei, auch nicht kultureller Natur – während Vaterschaft (*paternity*) immer ein Rechtskonstrukt gewesen sei.

Einig waren sich auch die Berichte aus allen Ländern dementsprechend, daß überall jeweils innerhalb einer erstarkenden Vaterrechtsbewegung und unter dem Schutz formaler Gleichberechtigungsargumentation in männlichem Sinne die gemeinschaftliche elterliche Sorge auch im Falle der Trennung und Scheidung zunehmend mehr judiziert oder/und legalisiert ist/wird. Einhellig zweifelten alle Teilnehmerinnen – bis auf die Teilnehmerinnen aus Frankreich – daran, daß es angesichts der europäischen Rechts- und Kulturgeschichte für Frauen und deren Rechte förderlich sei, einem Institut gemeinschaftlicher Sorge unterworfen zu werden, in dem tatsächlich nur der Rechtsstatus der Männer weiter gefestigt wird. Insbesondere die Niederländerinnen (Nora Holtrust, Anick Verbraken und Selma Sevenhuijsen) zogen in ihrem Referat die Parallele von der Einheit väterlicher und staatlicher Macht und Kontrolle.\*

Die Britinnen berichteten dementsprechend von den Anstrengungen nicht nur von feministischen Juristinnen und Sozialwissenschaftlerinnen sondern auch anderen kritischen Stimmen im Justiz- und Sozialbereich, den Rechtsstatus nicht mehr abzuspalten vom tatsächlichen (Sorge-)Status und demgemäß zum Prinzip des Sorgerechts für *einen* Elternteil, nämlich den „primarytaker“ zurückzukehren, der dann eben Mutter oder Vater sein könne. Ein vorübergehend geschlechtsneutrales rechtliches System – auch wenn dies sich nur in dem Regelfall gemeinschaftlicher elterlicher Sorge manifestiere – treffe auf eine geschlechtsspezifische divergente Wirklichkeit und werde derzeit Frauen und Frauenrechte eher schwächen als stärken.

In diesen Zusammenhang stellte die norwegische Wissenschaftlerin Tove Stang Dahl ihren (vorstehend abgedruckten) öffentlichen rechtspolitischen Vortrag „from women's rights to women's law“ (von Frauenrechten zum Frauenrecht).

## 2. Weltkongreß der Prostituierten Prostitution und Feminismus

Das „International Committee for Prostitutes' Rights“ (Int. Komitee für die Rechte der Prostituierten - ICPR) stellt fest, daß die Frauenbewegungen in den meisten Ländern Prostituierte bisher nicht oder nur am Rande als Sprecherinnen und Theoretikerinnen aufgenommen haben. In der Vergangenheit haben sich die Frauenbewegungen (wie auch die sozialistischen und kommunistischen Bewegungen) stets gegen Prostitution gewandt, gleichzeitig aber vorge-

geben, daß sie die weiblichen Prostituierten unterstützen. Die Prostituierten lehnen jedoch eine Unterstützung ab, die von ihnen verlangt, die Prostitution aufzugeben; sie wollen nicht als Symbole für Unterdrückung behandelt werden und verlangen die Anerkennung als Arbeiterinnen.

Tove Stang Dahl hat inzwischen einige Erfahrung: Die Universität Oslo beschloß schon vor 12 Jahren eine neue akademische Disziplin innerhalb der juristischen Fakultät zu etablieren, nämlich „Frauenrecht“ (*women's law*), in der seit 1975 gelehrt und geforscht wird. Aus der Erkenntnis, daß legale Strukturen Männer und Frauen verschieden berühren, stellt Tove Stang Dahl als Inhalte der neuen Frauenrechtsstudien die Inhalte weiblichen Lebens vor: Geld, Zeit und Arbeit (*money, time and work*) mit der Entsprechung im Recht des Geldes, des Hauslebens und des Erwerbslebens (*moneylaw, housewifelow and payed-labor-law*). Die eingeforderten neuen Grundbegriffe für Frauen sind ethischer und moralischer Natur, nämlich Gerechtigkeit (*justice*) und Freiheit (*freedom*), unterteilt in Würde, Integrität und Selbstverwirklichung.

In Amsterdam entspann sich dabei die Diskussion, ob nicht auf dem Hintergrund des westeuropäischen patriarchalen Rechts- und Kultursystems Begriffe aus der Aufklärung und dem Naturrecht dazu (ver-)führen müssen, die alten Inhalte der patriarchalen Rationalität ständig wiederkauen zu müssen. In der Diskussion war uns wichtig, zu erinnern, daß die Ideale von Freiheit als Selbstbestimmung und Autonomie aus der europäischen Aufklärung und insbesondere dem deutschen Idealismus stammen, die ausschließlich den Mann als Subjekt bestimmen und ins Zentrum des Denkens wie Handelns gestellt haben. Es blieb zweifelhaft, ob überhaupt Platz in diesen Begriffen ist für die Frau als freies Subjekt.

Dennoch spricht auch sicher einiges dafür, innerhalb der bestehenden kulturgeschichtlichen und Denkmöglichkeiten alte Begriffe neu auszufüllen, um womöglich grade in der Einsicht in unsere Geschichtlichkeit den Raum für neue Entwürfe zu öffnen. Wie die französische Philosophin Luce Irigaray die Machtstruktur des abendländischen Denkens kritisch reflektiert vor dem Hintergrund einer von ihr benannten Ethik der sexuellen Differenz (*l'ethique de la difference sexuelle*), könnten die Thesen aus Norwegen hier einen neuen weiblichen juristischen Diskurs einleiten.

Da die Feministinnen Prostitution nur zögernd oder überhaupt nicht als rechtmäßige Arbeit und Prostituierte nicht als Arbeiterinnen anerkennen,

identifiziert sich die Mehrheit der Prostituierten nicht mit den Feministinnen, wobei sich andererseits jedoch viele Prostituierte mit feministischen Werten wie Unabhängigkeit, finanzielle Selbständigkeit, sexuelle Selbstbestimmung, persönliche Stärke und weibliche Solidarität identifizieren.

In den letzten zehn Jahren haben einige Feministinnen damit begonnen, die traditionelle Haltung ihrer Bewegung gegen die Prostitution im Hinblick auf aktuelle Erfahrungen, Meinungen und Bedürfnisse weiblicher Prostituierte umzuwerten. Das ICPR kann insofern als feministisches Organ bezeichnet werden, als es sich darum bemüht, allen Frauen, auch den kleinsten Minderheiten und den am stärksten isolierten, erniedrigten, bzw. idealisierten Frauen Stimme und Respekt zu verschaffen. Die Ausarbeitung von Untersuchungen und Strategien zur Prostitution innerhalb der Frauenbewegung, in denen die Stellung der Prostituierten mit der Stellung der Frauen im allgemeinen in Verbindung gebracht wird, ist für das Komitee ein wichtiges Ziel.

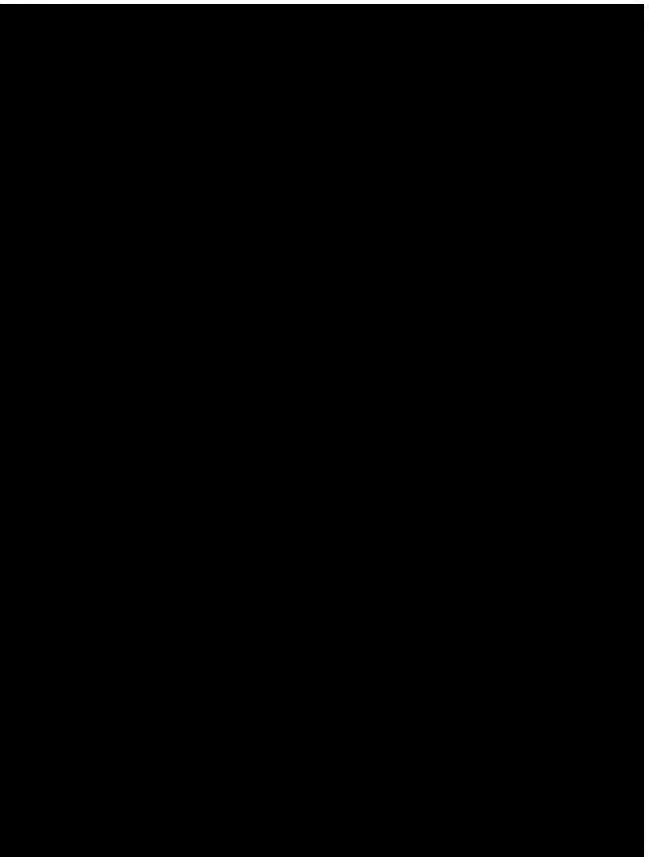
### 1. Finanzielle Autonomie

Die finanzielle Autonomie ist die Grundlage für den Lebensunterhalt, die Selbstbestimmung und die persönliche Entwicklung der Frauen. Anders als Männer werden Frauen oft verachtet bzw. bemitleidet, weil sie wichtige Entscheidungen des Lebens hauptsächlich unter dem Gesichtspunkt des Geldverdienens treffen. Zur echten finanziellen Unabhängigkeit gehören die Möglichkeit, Geld zu verdienen (oder eine Stellung, in der man über Geld verfügen kann) und die Freiheit, dieses entsprechend seinen Bedürfnissen oder Wünschen ausgeben zu können.

Frauen haben diese Möglichkeiten, selbst wenn sie sich auf Kompromisse und Kampf einlassen, nur selten. Abhängig von sozialer Klasse, Kultur, Rasse, Bildung und weiteren Unterschieden und Ungleichheiten ist die finanzielle Abhängigkeit und Hoffnungslosigkeit der Zustand, in dem sich die meisten Frauen befinden.

Die Absicht von Frauen, Kompromisse einzugehen und für etwas zu kämpfen, wurde schon immer eher als Reflektion ihrer Unmoral oder ihres Unglücks angesehen, denn als Reflektion von Verantwortung, Intelligenz und Mut. Die finanzielle Aktivität der Prostituierten wird stigmatisiert bzw. kriminalisiert und den Frauen allgemein als Warnung vor einer solchen sexuell eindeutigen Vorgehensweise zur Erlangung der finanziellen Unabhängigkeit vorgehalten. „Sexuell attraktiv zu sein“ oder „einen reichen Mann zu angeln“ sind jedoch seit jeher Überlebensstrategien der Frauen, wobei diese zwar das Auskommen, nur selten aber auch die finanzielle Unabhängigkeit gewährleisten können. Alle Frauen, auch die Prostituierten, haben in jeder Gesellschaft den Anspruch auf die gleichen gewerblichen Rechte wie jeder andere Bürger auch.

*Das ICPR betont das Recht der Frauen auf finanzielle Aktivität und finanziellen Gewinn, wozu auch das Recht auf Verkauf sexueller Dienstleistungen*



*gen und sexueller Illusionen (z.B. in den erotischen Medien) zählt, sowie das Recht darauf, ihre Verdienste entsprechend ihren eigenen Bedürfnissen und Prioritäten sparen und ausgeben zu können.*

### 2. Berufswahl

Es gibt genaue Unterlagen über den Mangel an Ausbildungs- und Arbeitsplätzen für Frauen, der auf der ganzen Welt herrscht. Für Frauen (insbesondere für farbige Frauen oder Frauen aus der Arbeiterklasse) und auch für Männer, die durch die Klassen- und Rassenvorurteile diskriminiert werden, ist die Berufswahl oft nur eine Wahl zwischen mehreren untergeordneten Stellen. Haben Frauen erst einmal eine Arbeitsstelle, so werden sie dort oft abgestempelt und sexuell belästigt. Desweiteren werden sie gewöhnlich nach ihrem Geschlecht und nicht nach ihrem tatsächlichen Wert bezahlt. Der Zugang von Frauen zu Berufen, die traditionsgemäß Männern sowie eine angemessene Bezahlung und Anerkennung für Frauen in Berufen, die traditionsgemäß Frauen vorbehalten sind, sind notwendige Voraussetzungen für eine echte Berufswahl. Zu diesen Voraussetzungen gehört auch die Abschaffung der Arbeitsteilung nach Geschlecht.

Die Prostitution ist traditionsgemäß ein weiblicher Beruf. Einige Prostituierte äußern Zufriedenheit mit ihrer Arbeit, andere Ablehnung. Einige entscheiden sich bewußt für die Prostitution, weil es die beste Alternative war, die ihnen blieb, andere wiederum wurden von Männern gewaltsam oder durch Täuschung zur Prostitution gebracht. Viele Prostituierte verachten Bedingungen und soziales Stigma, die mit ihrer Tätigkeit verbunden sind, nicht aber die Tätigkeit selbst.

*Das ICPR betont das Recht der Frauen auf das gesamte Angebot an Ausbildungs- und Arbeitsmöglichkeiten und auf angemessene Anerkennung und Bezahlung in jedem Beruf, auch in der Prostitution.*

### 3. Solidarität unter Frauen

Frauen wurden auf der Grundlage ihrer Tätigkeit im Geschäft mit dem Sex, bzw. ihrer sexuellen Identität, stets in soziale Kategorien eingeordnet. In der Sex-Industrie sind die Prostituierten die am stärksten durch rechtliche und soziale Kontrollen unterdrückten Personen. Porno-Darstellerinnen, Striptease Tänzerinnen, Massagedamen und Prostituierte, die in Umschreibung ihrer Tätigkeit Begleiterinnen oder Stellvertreterinnen genannt werden, wollen nicht mit der Bezeichnung Prostitution und mit der Prostitution selbst in Verbindung gebracht werden, um ihren eigenen Status zu heben.

Auch unter Prostituierten, die sich selbst als solche bezeichnen, herrscht eine Hierarchie, an deren unterem Ende die Straßenprostituierten und an deren oberem Ende die Call-girls stehen. Die Versuche, sich selbst von der eindeutigen Anbietung sexueller Dienste zu distanzieren, verstärken die Vorurteile gegenüber der Prostitution und das sexuelle Schamgefühl unter den Frauen.

Außerhalb des Sexgewerbes werden die Frauen ebenfalls nach Status, Vergangenheit, Identität und Erscheinung eingeordnet. Frauen, die keine Prostituierten sind, sehen sich oft gezwungen, sexuelle Dienste in Form von Sex, Lächeln, Kleidung oder Gefühlen zu erbringen; diese Dienste werden selten durch Bezahlung vergolten und können dem Status der Frau sogar schaden. Im allgemeinen wird den Frauen ein Hure-Madonna-Schema aufgezwungen, in dem Frauen, die eine positive Einstellung zur Sexualität haben, als Huren und Frauen, die sexuell passiv sind, als Madonnen gelten.

*Das ICPR ruft zur Solidarität aller Frauen innerhalb des Sexgewerbes auf und betont insbesondere die Würde von Straßenprostituierten und Frauen, die durch ihre Hautfarbe, Klasse ethische Herkunft, durch früheren Mißbrauch, durch ihren Familien- oder Elternschaftsstand, sexuelle Vorlieben, Behinderung oder Dickleibigkeit abgestempelt werden.*

*Das ICPR bekräftigt seine Solidarität mit Prostituierten, die homosexuelle Männer, Travestiten oder Transsexuelle sind.*

### 4. Sexuelle Selbstbestimmung

Zu dem Recht auf sexuelle Selbstbestimmung gehört das Recht auf Bestimmung der eigenen Sexualität, d.h. die Wahl des (der) Partner(s), des Verhaltens sowie der Folgen (z.B. Schwangerschaft, Lustgewinn oder finanzieller Gewinn). Zur sexuellen Selbstbestimmung zählt das Recht auf Verweigerung und Herbeiführung von Sex sowie das Recht auf Geburtenkontrolle (auch Abtreibung), das Recht auf Sex unter Frauen, das Recht auf Sex über Rassen- und Klassenschranken hinweg, das Recht auf sado-masochistischen Sex und das Recht auf Sex gegen

Bezahlung. Diese Handlungen, die zur sexuellen Selbstbestimmung beitragen können, sind durch Gesetz und gesellschaftliche Normen stets stigmatisiert und bestraft worden.

Zwangsläufig hat niemand das Recht, sexuelle Begehren, die eine andere Partei mit einschließen, auszuführen, es sei denn, diese andere Partei ist unter der Voraussetzung der völligen Willensfreiheit einverstanden. Es ist die Aufgabe der Feministinnen, die Selbstbestimmung durch Erweiterung des sexuellen Bewußtseins und Mutes der Frauen, sowie durch die Forderung nach Sicherheit und Entscheidungsmöglichkeiten zu fördern.

*Das ICPR betont das Recht aller Frauen auf Bestimmung ihres eigenen sexuellen Verhaltens, wozu auch der gewerbliche Gelderwerb zählt, ohne daß sie deshalb stigmatisiert oder bestraft werden.*

### 5. Gesunde Entwicklung von Kindern

Kinder sind in Bezug auf Überleben, Liebe, Entwicklung von den Erwachsenen abhängig. Kinder zu bezahlter Arbeit oder zu Sex mit Erwachsenen zu zwingen, sei es mit Hilfe von Freundlichkeit oder mit Gewalt, stellt eine Verletzung des Rechtes der Kinder auf eine gesunde Entwicklung dar.

Oft entlaufen Kinder, die zu Hause mißbraucht werden, finden aber außer der Prostitution keine Möglichkeit zum Geldverdienen, wodurch die Verletzung der Unversehrtheit der Kinder fortgesetzt wird. Untersuchungen haben ergeben, daß verhältnismäßig mehr Prostituierte das Opfer von Kindesmißbrauch waren, als dies bei Nicht-Prostituierten der Fall ist. Desweiteren zeigen sie, daß 50 % der Prostituierten nicht mißbraucht wurden, während es bei Nicht-Prostituierten 75 % sind.

Kindesmißbrauch im privaten oder öffentlichen Bereich stellt eine ernsthafte Verletzung der Menschenrechte dar, sie bedeutet jedoch nicht, daß die Opfer unfähig sind, weiterzuleben und sich davon zu erholen, wenn sie besondere Unterstützung und Förderung für ihre Entwicklung erhalten. Ein Opfer eines Mißbrauchs darf weder als Kind noch als Erwachsener stigmatisiert werden.

*Das ICPR betont das Recht von Kindern auf Unterkunft, Bildung, ärztliche, psychologische und juristische Hilfe, Sicherheit und sexuelle Selbstbestimmung. Staatliche Beihilfen zur Gewährleistung der obengenannten Rechte sollten in jedem Land selbstverständlich sein.*

### 6. Unversehrtheit aller Frauen

Die Gewalt gegen Frauen und Mädchen war eines der Hauptanliegen der Feministinnen in den letzten 10 Jahren. Interesse, Untersuchungen und Aktivitäten haben sich dabei insbesondere auf die Kernthemen Vergewaltigung, sexuelle Belästigung an der Arbeitsstelle, Mißhandlung und Verweigerung der Mutterschaftsrechte konzentriert. Prostituierte werden oft von der Polizei, von ihren Kunden, von ihren Managern oder von fremden Personen, denen sie als Prostituierte bekannt sind, vergewaltigt oder sexuell

belästigt. Wie auch für Frauen, die keine Prostituierte sind, ist die Vergewaltigung für Prostituierte eine aufgezwungene sexuelle Handlung. Die Tatsache, daß Prostituierte für sexuelle Geschäfte verfügbar sind, bedeutet nicht, daß sie auch für sexuelle Belästigungen oder Vergewaltigungen verfügbar sind.

*Das ICPR fordert, daß Prostituierte das gleiche Recht auf Schutz vor Vergewaltigung sowie nach einer Vergewaltigung das gleiche Recht auf juristischen Beistand und Unterstützung durch die Gesellschaft erhalten, wie dies für jede Frau und jeden Mann der Fall sein sollte.*

Die Mißhandlung Prostituirter reflektiert, genau wie die Mißhandlung von Nicht-Prostituierten, die Unterordnung der Frau unter den Mann in den persönlichen Beziehungen. Gesetze gegen diese Art der Gewaltausübung werden oft willkürlich und benachteiligend gehandhabt.

Freunde und Ehemänner von Prostituierten sowie alle Personen, die angeblich von den Einnahmen aus der Prostitution profitieren, (z.B. Familie und Mitbewohner) werden in einigen Ländern unter der Anklage der „Zuhälterei“ oft mit einer Geld- oder Gefängnisstrafe belegt, auch wenn sie nicht tötlich geworden sind. Freunde und Ehemänner von Nicht-Prostituierten werden dagegen selten für Mißhandlungen bestraft, selbst wenn die Frau ausdrücklich Strafanzeige gegen sie erstattet.

*Das ICPR betont das Recht aller Frauen auf Partnerschaftswahl und auf rechtlichen Beistand gegen Gewalt in jedem privaten oder beruflichen Bereich.*

In vielen Ländern wird Frauen, die offiziell als Prostituierte oder als im Sexgewerbe Tätige bekannt sind, ebenso wie lesbischen Frauen, die Vormundschaft für ihre Kinder aberkannt. Die Annahme, daß Prostituierte oder lesbische Frauen weniger verantwortungsbewußt, liebevoll oder würdig sind als andere Frauen, bedeutet eine Verweigerung der Menschenrechte und der menschlichen Würde. Die Gesetze und gesellschaftlichen Haltungen, die sexuell stigmatisierte Frauen bestrafen, bestrafen auch deren Kinder, indem sie diese stigmatisieren und von ihren Müttern fortnehmen.

*Das ICPR betrachtet die Verweigerung des Rechts auf Vormundschaft für Prostituierte und lesbische Frauen als eine Verletzung der sozialen und psychologischen Integrität der Frauen.*

#### 7. Pornografie: „Schrifttum von Dirnen“

Sexuell eindeutiges Material oder Pornografie bezieht sich im griechischen ursprünglich direkt auf Schrifttum von „Dirnen“ (Prostituierten). Heute ist der Bereich der Pornografie von einer von Männern dominierten Produktionsindustrie übernommen worden, in der weibliche Modelle und Schauspielerinnen selten den Inhalt der Erzeugnisse bestimmen. Darüber hinaus werden Frauen, die im Pornografiegewerbe arbeiten genau wie Prostituierte als Huren abge-

stempelt, der rechtliche Beistand nach einem Mißbrauch wird ihnen verweigert, und oft wird ihnen auch die Schuld für ihren Mißbrauch zugeschoben. Ferner wird ihnen eine angemessene Beteiligung an den Produkten, an denen sie mitwirken, verweigert.

*Das ICPR fordert das Recht für Frauen, die im Sexgewerbe arbeiten (aber nicht für die Manager) auf Bestimmung des Inhalts sowie des Herstellungs- und Verteilungsverfahrens der Pornoindustrie.*

Dazu bedarf es der Solidarität unter den Frauen, die im Sexgewerbe arbeiten, der Solidarität unter den Frauen innerhalb und außerhalb der Sexindustrie sowie einer gewissen Aufklärung von Frauen, die an der Herstellung sexuell eindeutiger Artikel beteiligt sind. Zur Unterstützung einer solchen feministischen Selbstbestimmungsbewegung fordert das ICPR Kampagnen zur Aufklärung, um die Bedürfnisse eines Marktes, der Kinder und den Mißbrauch von Frauen erotisiert, zu verändern.

#### 8. Auswanderung von Frauen wegen Prostitution („Frauenhandel“)

Der „Frauen- und Kinderhandel“ ist sowohl bei den Feministinnen als auch bei Nicht-Feministinnen ein Thema von internationaler Bedeutung und bezeichnet üblicherweise den Transport von Frauen und Kindern von einem Land in ein anderes zum Zwecke der Prostitution unter Anwendung von Gewalt oder Täuschung. Das ICPR wendet sich in jedem Fall eindeutig gegen die Kinderprostitution. Im Falle der Erwachsenenprostitution muß anerkannt werden, daß die Tätigkeit der Prostitution sowohl innerhalb staatlicher Grenzen als auch darüber hinaus das Ergebnis einer individuellen Entscheidung sein kann, zu der eine erwachsene Frau das Recht hat. Die Anwendung von Gewalt oder Täuschung ist

aber auf jeden Fall Verbrechen, das bestraft werden müßte, gleich ob sie im Zusammenhang mit Prostitution steht oder nicht.

Frauen, die sich für die Auswanderung entschieden haben, sollten nicht bestraft oder als Opfer eines Mißbrauchs angesehen werden. Vielmehr sollten sie die gleichen Rechte wie andere Einwanderer haben. Für viele Frauen ist die Auswanderung wegen Prostitution eine Flucht aus einer wirtschaftlich und sozial unmöglichen Situation in ihrem Land in die Hoffnung auf eine bessere soziale Situation in einem anderen. Die Tatsache, daß viele Frauen sich in einer ähnlich schlimmen Lage wiederfinden, zeigt, daß es für Frauen, insbesondere für Frauen aus der dritten Welt, in allen Ländern zu wenig Möglichkeiten gibt, finanzielle Unabhängigkeit und eine zufriedenstellende Arbeit zu finden. Durch die zunehmende Ausbreitung der Industrie, auch der Prostitution, auf internationaler Ebene, müssen die Rechte und die besonderen Bedürfnisse weiblicher ausländischer Arbeiter in allen Ländern besonders berücksichtigt werden.

*Das ICPR wendet sich gegen eine Politik, die Frauen den Status von Kindern verleiht und die davon ausgeht, daß Frauen im Zusammenhang mit Prostitution nur unter Androhung von Gewalt oder durch Täuschung auswandern. Weiblichen Auswanderern, auch denjenigen, die als Prostituierte tätig sind, stehen sowohl die Rechte als auch die Sicherheit von Arbeitern zu. Frauen, die unter Anwendung von Gewalt oder durch Täuschung ihr Heimatland verlassen haben, sollte die Möglichkeit gegeben werden, sich zwischen Flüchtlingsstatus und Rückkehr in ihr Heimatland entscheiden zu dürfen.*

### 9. Eine Bewegung für die Rechte der Frauen

Es ist von grundlegender Wichtigkeit, daß die Feministinnen in ihrem Kampf für die Rechte aller Frauen eintreten. Prostituierte (insbesondere, wenn sie durch Rassen- und Klassentrennung noch zusätzlich unterdrückt werden,) sind wohl die am meisten erniedrigten und verletzten Frauen, weshalb ihre Rechte und Meinungen in die Programme der Feministinnen aufgenommen werden müssen.

*Das ICPR fordert bereits bestehende feministische Gruppen dringend dazu auf, Prostituierten führende Stellungen anzubieten und in ihren Untersuchungen und Strategien die Problematik der Prostitution mitzubedenken.*

#### Anmerkung der Redaktion:

*Vorstehende Thesen waren für den 2. Weltkongreß der Prostituierten, der am 2.10.1986 in Brüssel stattfand, für die Aussprache in der Sitzung über „Prostitution und Feminismus“ vorbereitet worden und von den Teilnehmerinnen einstimmig befürwortet worden.*

## Urteil

### EuGH, Art. 119 EWG-Vertrag Teilzeit bei Bilka

1.

*Ein Kaufhausunternehmen, das Teilzeitbeschäftigte von der betrieblichen Altersversorgung ausschließt, verletzt Art. 119 EWG-Vertrag, wenn diese Maßnahme wesentlich mehr Frauen als Männer trifft, es sei denn, das Unternehmen legt dar, daß diese Maßnahme auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung zu tun haben.*

2.

*Ein Kaufhausunternehmen kann nach Art. 119 EWG-Vertrag die Anwendung einer Lohnpolitik, durch die Teilzeitbeschäftigte unabhängig von ihrem Geschlecht von der betrieblichen Altersversorgung ausgeschlossen werden, damit rechtfertigen, daß es möglichst wenige Teilzeitkräfte beschäftigen will, sofern feststeht, daß die zu diesem Zweck gewählten Mittel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind.*

3.

*Der Arbeitgeber ist nach Art. 119 EWG-Vertrag nicht verpflichtet, die für seine Beschäftigten vorgesehene Versorgungsordnung so auszugestalten, daß die für Arbeitnehmer mit familiären Verpflichtungen bestehenden besonderen Schwierigkeiten, die Voraussetzungen für die Gewährung einer Betriebsrente zu erfüllen, berücksichtigt werden.*

*(Amtlicher Leitsatz)*

Urteil des EuGH vom 13.5.1986 - 170/84 -

Aus den Gründen:

Das Bundesarbeitsgericht hat mit Beschluß vom 5.6.84 gemäß Art. 177 EWG-Vertrag drei Fragen nach der Auslegung des Art. 119 EWG-Vertrag zur Vorabentscheidung vorgelegt.\* Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen der Bilka-Kaufhaus GmbH (Beklagte) und ihrer früheren Angestellten (Klägerin) über deren Anwartschaft auf Gewährung einer Altersrente im Rahmen der von der Beklagten zugunsten ihrer Beschäftigten vorgesehenen betrieblichen Altersversorgung.

Die Beklagte, die zu einem Kaufhauskonzern der BRD mit mehreren Tausend Beschäftigten gehört, gewährt ihren Mitarbeitern seit Jahren Leistungen der betrieblichen Altersversorgung. Die dieser Versorgung zugrundeliegenden, mehrfach abgeänderten Versorgungsordnungen gelten als Teil der Arbeitsverträge zwischen der Beklagten und ihren Beschäftigten. Nach der Fassung vom 26.10.73 haben Teilzeitbeschäftigte nur dann Anspruch auf ein betriebliches Altersruhegeld, wenn sie während einer Betriebszugehörigkeit von 20 Jahren mindestens 15 Jahre als Vollzeitbeschäftigte tätig waren.

Die Klägerin war bei der Beklagten von 1961 bis 1976 als Verkäuferin beschäftigt. Nachdem sie zunächst als Vollzeitbeschäftigte tätig gewesen war, arbeitete sie vom 1.10.72 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Teilzeitbeschäftigte. Da sie nicht die Mindestzeit von 15 Jahren als Vollzeitbeschäftigte zurückgelegt hatte, lehnte es die Beklagte ab, ihr eine Anwartschaft auf betriebliches Altersruhegeld zuzuerkennen.

\* siehe Presseinformation des BAG in STREIT 3/84, S. 89

Die Klägerin machte u.a. geltend, die für die Gewährung eines betrieblichen Altersruhegeldes vorgeschriebene Mindestdauer der Vollzeitbeschäftigung benachteilige die Arbeitnehmerinnen, da sie sich häufiger als ihre männlichen Kollegen genötigt sähen, einer Teilzeitbeschäftigung nachzugehen, um für ihre Familie und Kinder zu sorgen.

Die Beklagte trug dagegen vor, ihr könne kein Verstoß gegen den Grundsatz des gleichen Entgelts vorgeworfen werden, weil wirtschaftlich vernünftige Gründe dafür sprächen, Teilzeitbeschäftigte von der betrieblichen Altersversorgung auszuschließen. Der Einsatz von Vollzeitbeschäftigten sei mit geringeren Personalnebenkosten verbunden und während der gesamten Ladenöffnungszeiten möglich. Sie beruft sich auf Statistiken des Konzerns, zu dem sie gehört, und trägt vor, 81,3 % aller bis 1980 gewährten Betriebsrenten entfielen auf Frauen, während deren Anteil an der Belegschaft nur 72 % betrage. Daraus ergebe sich, daß die streitige Regelung keine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts enthalte.

Die Regierung des Vereinigten Königreichs führt einleitend aus, die Voraussetzungen, von deren Erfüllung der Arbeitgeber die Zulassung seiner Beschäftigten zu einer betrieblichen Altersversorgung abhängig mache, fielen nicht unter Art. 119 EWG-Vertrag. Sie leitet dies aus dem Urteil des Gerichtshofes vom 15. Juni 1978 in der Rechtssache 149/77 (Defrenne, Slg. 1978, 1365) her. In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, daß die betriebliche Altersversorgung, um die es im Ausgangsverfahren geht, ihren Ursprung in einer Vereinbarung zwischen der Beklagten und dem ihre Beschäftigten vertretenden Betriebsrat findet. Daraus ergibt sich, daß es sich bei der betrieblichen Altersversorgung, um die es im Ausgangsverfahren geht, nicht um ein unmittelbar durch Gesetz geregeltes und deshalb nicht unter Art. 119 fallendes Sozialversicherungssystem handelt. Die den Beschäftigten aufgrund des streitigen Systems gewährten Leistungen stellen vielmehr eine Vergütung dar, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer gemäß Art. 119 Abs. 2 aufgrund des Dienstverhältnisses zahlt. Der vom vorlegenden Gericht bezeichnete Fall fällt somit unter Art. 119.

#### Zur ersten Frage

Mit seiner ersten Frage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Personalpolitik eines Kaufhausunternehmens, durch die Teilzeitbeschäftigte von den betrieblichen Versorgungsleistungen ausgeschlossen werden, eine durch Art. 119 verbotene Diskriminierung darstellt, wenn dieser Ausschluß eine wesentlich größere Anzahl Frauen als Männer betrifft.

Zwar sieht die Beklagte keinen unterschiedlichen Stundenlohn für Teilzeitbeschäftigte und Vollzeitbeschäftigte vor, gewährt jedoch nur den zur zweiten Kategorie gehörenden Arbeitnehmern eine Betriebsrente. Da eine solche Rente unter den Begriff der Vergütung im Sinne des Art. 119 Abs. 2 fällt, ist die gesamte Vergütung, die die Beklagte Vollzeitbeschäftigten zahlt, bei gleicher Anzahl der Arbeitsstunden höher als die, die sie den Teilzeitbeschäftigten zahlt.

Falls sich herausstellen sollte, daß ein erheblich geringerer Prozentsatz Frauen als Männer vollzeitbeschäftigt ist, steht der Ausschluß der Teilzeitbeschäftigten

von der betrieblichen Altersversorgung folglich dann im Widerspruch zu Art. 119 EWG-Vertrag, wenn – unter Berücksichtigung der für weibliche Arbeitnehmer bestehenden Schwierigkeiten, als Vollzeitbeschäftigte zu arbeiten – diese Maßnahme nicht durch Umstände zu erklären ist, die eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ausschließen. Ist das Unternehmen jedoch in der Lage darzulegen, daß seine Lohnpolitik auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung zu tun haben, so liegt keine Verletzung des Art. 119 vor.

#### Zur Frage 2 a

Mit seiner zweiten Frage möchte das vorlegende Gericht im wesentlichen wissen, ob die Gründe, die die Beklagte für ihre Lohnpolitik geltend macht, als „objektiv gerechtfertigte wirtschaftliche Gründe“ im Sinne des Urteils vom 31.3.81\* angesehen werden können, obwohl Gründe betrieblicher Zweckmäßigkeit eine solche Politik in der Kaufhausbranche nicht gebieten.

Es ist Sache des vorlegenden Gerichts – das allein für die Beurteilung des Sachverhalts zuständig ist – festzustellen, ob und inwieweit die Gründe, die ein Arbeitgeber zur Rechtfertigung einer Lohnpolitik anführt, die zwar unabhängig vom Geschlecht der Arbeitnehmer angewandt wird, im Ergebnis die Frauen jedoch stärker trifft als die Männer, als objektiv gerechtfertigte wirtschaftliche Gründe angesehen werden können. Stellt das vorlegende Gericht fest, daß die von der Beklagten gewährten Mittel einem wirklichen Bedürfnis des Unternehmens dienen und für die Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind, so reicht der Umstand, daß diese Maßnahmen eine wesentlich größere Anzahl von weiblichen als von männlichen Arbeitnehmern treffen, für die Feststellung, daß sie eine Verletzung des Art. 119 darstellen, nicht aus.

#### Zur Frage 2 b

Schließlich ersucht das vorlegende Gericht mit seiner Frage 2 b) um Auskunft darüber, ob der Arbeitgeber bei der Ausgestaltung der Versorgungsordnung für seine Beschäftigten nach Art. 119 EWG-Vertrag den Umstand berücksichtigen muß, daß weibliche Arbeitnehmer durch die ihnen obliegenden familiären Verpflichtungen daran gehindert werden, die Voraussetzungen für die Gewährung einer Betriebsrente zu erfüllen.

Die Klägerin spricht sich in ihren Erklärungen für die Bejahung dieser Frage aus und trägt vor, die Nachteile, die die Frauen aufgrund des Ausschlusses der Teilzeitbeschäftigten von der betrieblichen Altersversorgung erlitten, müßten wenigstens dadurch gemindert werden, daß der Arbeitgeber verpflichtet werde, die Zeiten, in denen die weiblichen Arbeit-

\* Urteil des EuGH v. 31.3.81 in der Rechtssache -96/80- (Jenkins, Slg. 1981, 911) = AP Nr. 2 zu Art. 119 EWG-Vertrag = NJW 1981, 2639

nehmer familiären Verpflichtungen hätten nachkommen müssen, wie Zeiten der Vollbeschäftigung zu behandeln.

Nach Ansicht der Kommission enthält der in Art. 119 enthaltene Grundsatz dagegen keine Verpflichtung für die Arbeitgeber, bei der Aufstellung einer betrieblichen Versorgungsordnung für ihre Beschäftigten deren familiären Verpflichtungen Rechnung zu tragen. Ein derartiges Ziel müsse durch nach Art. 117 zu erlassende Maßnahmen verfolgt werden. Die Kommission verweist insoweit auf den noch nicht angenommenen Vorschlag vom 4.1.1982 für eine Richtlinie des Rates zur Regelung der freiwilligen Teilzeitarbeit (ABl. C 62, S. 7) in der Fassung vom 5.1.1983 (ABl. C. 18, S. 5).

Es ist daran zu erinnern, daß sich der Anwendungsbereich des Art. 119 nach dem angeführten Urteil vom 15.6.1978 auf das Problem der Lohndiskriminierung von männlichen und weiblichen Arbeitnehmern beschränkt. Dagegen werden die Probleme, die mit den anderen Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen zusammenhängen, allgemein in anderen Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere in den Art. 117 und 118 EWG-Vertrag, unter dem Blickwinkel einer Abstimmung der Sozialordnung der Mitgliedstaaten und einer Angleichung ihrer einschlägigen Rechtsvorschriften behandelt.

Die Aufstellung einer Verpflichtung der vom vorliegenden Gericht in seiner Frage bezeichneten Art geht über den Anwendungsbereich des Art. 119 hinaus und findet beim gegenwärtigen Stand des Gemeinschaftsrechts auch keine andere Stütze im Gemeinschaftsrecht.

*Der Rat der Europäischen Gemeinschaften*  
**Richtlinie vom 24.7.1986 – 86/378/EWG –**  
**zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleich-**  
**behandlung von Männern und Frauen bei den betrieb-**  
**lichen Systemen der sozialen Sicherheit**  
*(veröffentlicht im Amtsblatt der EG Nr. L 225/42 v. 12.8.86)*

**Artikel 1**

Ziel dieser Richtlinie ist die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichberechtigung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, nachstehend „Grundsatz der Gleichbehandlung“ genannt.

(...)

**Artikel 3**

Diese Richtlinie findet Anwendung auf die Erwerbsbevölkerung einschließlich der Selbständigen, der Arbeitnehmer, deren Erwerbstätigkeit durch Krankheit, Mutterschaft, Unfall oder unverschuldete Arbeitslosigkeit unterbrochen ist, und der Arbeitssuchenden – sowie auf die sich im Ruhestand befindlichen oder arbeitsunfähigen Arbeitnehmer.

**Artikel 4**

Diese Richtlinie findet Anwendung

- a) auf betriebliche Systeme, die Schutz gegen folgende Risiken bieten: Krankheit; Invalidität; Alter, einschließlich vorzeitiger Versetzung in den Ruhestand; Arbeitsunfall oder Berufskrankheit; Arbeitslosigkeit;
- b) auf betriebliche Systeme, die sonstige Sozialleistungen in Form von Geld- oder Sachleistungen vorsehen, insbesondere Leistungen an Hinterbliebene und Familienleistungen, wenn diese Leistungen an Arbeitnehmer gezahlt werden und infolgedessen als vom Arbeitgeber aufgrund des Beschäftigungsverhältnisses an den Arbeitnehmer gezahlte Vergütung gelten.

**Artikel 5**

(1) Unter den in den folgenden Bestimmungen festgelegten Bedingungen beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung den Fortfall jeglicher unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, insbesondere unter Bezugnahme auf den Ehe- oder Familienstand, und zwar im besonderen betreffend

- den Anwendungsbereich der Systeme und die Bedingungen für den Zugang zu den Systemen;
- die Beitragspflicht und die Berechnung der Beiträge;
- die Berechnung der Leistungen, einschließlich der Zuschläge für den Ehegatten und für unterhaltsberechtigten Personen, sowie die Bedingungen betreffend die Geltungsdauer und die Aufrechterhaltung des Leistungsanspruchs.

(2) Der Grundsatz der Gleichbehandlung steht den Bestimmungen zum Schutz der Frau wegen Mutterschaft nicht entgegen.

**Artikel 6**

(1) Dem Grundsatz der Gleichbehandlung entgegenstehende Bestimmungen sind solche, die sich – insbesondere unter Bezugnahme auf Ehe- und Familienstand – unmittelbar oder mittelbar auf das Geschlecht stützen und folgendes bewirken:

(...)

- f) Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen für den Eintritt in den Ruhestand;
- g) Unterbrechung der Aufrechterhaltung oder des Erwerbs von Ansprüchen während eines gesetzlich oder tarifvertraglich festgelegten Mutterschaftsurlaubs oder Urlaubs aus familiären Gründen, der vom Arbeitgeber bezahlt wird;
- h) Festlegung unterschiedlicher Leistungsniveaus, es sei denn, daß dies notwendig ist, um versicherungstechnischen Berechnungsfaktoren Rechnung zu tragen, die im Falle von Leistungen, die als beitragsbezogen definiert werden, je nach Geschlecht unterschiedlich sind;
- i) Festlegung unterschiedlicher Höhen für die Beiträge der Arbeitnehmer;

(...)

**Artikel 7**

Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen, um sicherzustellen, daß



- a) dem Grundsatz der Gleichbehandlung entgegenstehende Bestimmungen in gesetzlich vorgeschriebenen Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder allen sonstigen Vereinbarungen über betriebliche Systeme nichtig sind, für nichtig erklärt oder geändert werden können.

(...)

#### Artikel 8

(1) Die Mitgliedstaaten treffen die notwendigen Maßnahmen (...) spätestens bis zum 1.1.1993 (...).

(2) Diese Richtlinie steht dem nicht entgegen, daß sich die Rechte und Pflichten, die sich aus einer vor dem Zeitpunkt der Änderung eines betrieblichen Systems liegenden Zeit der Mitgliedschaft in dem betreffenden System ergeben, weiterhin nach den Bestimmungen des Systems richten, die während dieses Versicherungszeitraums galten.

#### Artikel 9

Die Mitgliedstaaten können die obligatorische Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung aufschieben

- a) für die Festsetzung des Rentenalters (...)  
 b) für Hinterbliebenenrenten (...)  
 c) für die Anwendung des Artikels 6 Abs. 1 Buchstabe i) Satz 1 (...)

#### Anmerkung der Redaktion:

Die vorstehende Richtlinie erging als Ausführungsbestimmung zur Richtlinie 79/7/EWG v. 19.12.78 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit, die ihrerseits die Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zur Beschäftigung, beim beruflichen Aufstieg sowie bei den Arbeitsbedingungen konkretisierte.

#### Urteil mit Anmerkung

BAG, Art. 3 GG, § 1248 RVO

„Ausgleichende Gerechtigkeit“ im Tarifvertrag

1. Die rechtliche Differenzierung zwischen Männern und Frauen für den Zeitpunkt des möglichen Bezuges von Altersruhegeld in § 1248 RVO verstößt nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG.

§ 1248 RVO verstößt auch nicht gegen Art. 119 des EWG-Vertrages.

2. Da die Tarifnorm auf der verfassungskonformen Vorschrift des § 1248 RVO aufbaut, verstößt auch § 3 Abschn. II Abs. 2 BMTV-SüßwInd, wonach zusätzliche arbeitsfreie Tage vom Zeitpunkt der möglichen Inanspruchnahme des vorgezogenen Altersruhegeldes an nicht mehr zu gewähren sind, nicht gegen Art. 3 GG.

Urteil des BAG vom 6.2.1985, - 4 AZR 275/83 -

Aus den Gründen:

Das Klagebegehren bezieht sich auf die Feststellung der Verpflichtung der Beklagten, an die Klägerin die Abgeltung für 18 vergütungspflichtige freie Tage zu zahlen.

Aufgrund der vom LAG festgestellten beiderseitigen Tarifbindung galt für das inzwischen beendete Arbeitsverhältnis der Parteien der vorliegend in der Fassung vom 23.5.1979 anzuwendende Bundesmanteltarifvertrag für die Arbeitnehmer der Süßwarenindustrie der Bundesrepublik Deutschland und Berlin-West (BMTV-SüßwInd). In diesem Tarifvertrag wird in § 3 Abschnitt II im einzelnen bestimmt:

*Arbeitnehmer, die das 60. Lebensjahr vollendet haben und eine ununterbrochene 12-jährige Betriebszugehörigkeit aufweisen, haben Anspruch auf eine zusätzliche Freistellung von 18 Arbeitstagen für jedes volle Beschäftigungsjahr nach Vollendung des 60. Lebensjahres. (...)*

*2. Der Anspruchszeitraum endet mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses, spätestens jedoch mit dem frühestmöglichen Zeitpunkt, ab dem vorgezogenes Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung beansprucht werden kann.*

Der Senat teilt die vom LAG vertretene Rechtsauffassung, daß entgegen der Meinung der Klägerin diese Tarifnorm nicht gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 GG verstößt. Dabei verkennt der Senat keineswegs, daß die Tarifnorm praktisch in sehr vielen Fällen weiblichen Arbeitnehmern den tariflichen Anspruch auf zusätzliche Arbeitsfreistellung bei Entgeltfortzahlung entzieht, die in der Branche der Beklagten die Mehrzahl der Arbeitnehmer ausmachen. Rechtlich entscheidend ist jedoch, daß die Tarifvertragsparteien ihrerseits von der gesetzlichen Regelung des § 1248 RVO ausgehen, die unterschiedliche Voraussetzungen für den Bezug des vorgezogenen Altersruhegeldes für Männer und Frauen festlegt.

Mit dem LAG hält der Senat die Differenzierung zwischen Männern und Frauen in § 1248 RVO für mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG vereinbar. Dabei folgt er der entsprechenden Rechtsprechung des sachnäheren BSG (vgl. dessen Urteile BSGE 53, 107, 108 = SozR 2200 § 1248 Nr. 34 sowie vom 9. September 1982 - 11 Ra 72/81 -, SozR 2200 § 1248 Nr. 37), das sich in diesem Zusammenhang mit der gleichlautenden Vorschrift des § 25 AVG zu befassen hatte. Mit Recht bezieht sich das BSG zunächst einmal darauf, daß das BVerfG in einem – wenn auch lange zurückliegenden – Urteil (BVerfGE 17,1, 9 ff.) bereits entschieden hat, daß gegen eine unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen bezüglich des Zeitpunktes für den Bezug des Altersruhegeldes keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden. Außerdem weist das BSG mit Recht auf die Motive hin, die den Gesetzgeber zur Neufassung des § 25 AVG veranlaßt haben. Danach ist der Gesetzgeber bei der unterschiedlichen Regelung für Männer und Frauen bezüglich des Bezuges des vorgezogenen Altersruhegeldes davon ausgegangen, daß in der Regel die versicherte Frau „einen Doppelberuf als Arbeitnehmer und Hausfrau“ erfüllt, der eine frühzeitige Abnutzung der Kräfte und damit frühere Berufsunfähigkeit hervorruft (BT-Drucks. II/3080, S. 10). Weiter weist das BSG richtig darauf hin, daß sich die Voraussetzungen für diese Motivation des Gesetzgebers trotz der zwischenzeitlichen Veränderung der Stellung der Frauen in Familie und Gesellschaft

bis jetzt nicht geändert haben. Auch die Änderungen insbesondere des Familienrechts haben daran nach der Auffassung des erkennenden Senats nichts geändert. Damit erweist sich auch die entsprechende Differenzierung zwischen Männern und Frauen in der gleichlautenden Vorschrift des § 1248 RVO im Hinblick auf Art. 3 GG als verfassungskonform.

Erweist sich aber § 1248 RVO im Hinblick auf den Gleichheitssatz des Art. 3 GG als verfassungskonform, ist das gleichermaßen auch für die tarifliche Regelung in § 3 Abschnitt II Abs. 2 BMTV-SüßwInd zu bejahen. Sowohl aus dem Tarifwortlaut als auch aus den zu den Vorakten gelangten übereinstimmenden Stellungnahmen der beiden Tarifvertragsparteien geht nämlich eindeutig hervor, daß die tarifliche Regelung auf der Grundlage des § 1248 RVO beruht und von den Tarifvertragsparteien bewußt darauf aufgebaut worden ist.

Im übrigen enthält auch, wie das LAG richtig hervorhebt, § 3 Abschnitt II Abs. 2 BMTV-SüßwInd überhaupt keine unterschiedliche Regelung für Männer und Frauen. Die Rechtsfolge, daß zahlreiche Frauen den Anspruch aus der Tarifnorm nicht erwerben können, hat ihren Grund vielmehr ausschließlich in der von den Tarifvertragsparteien in zulässiger Weise in Bezug genommenen gesetzlichen Regelung des § 1248 RVO. Enthält aber schon diese gesetzliche Vorschrift aus den ausgeführten Gründen eine grundsätzliche Besserstellung der im Arbeitsleben tätigen Frauen, waren die Tarifvertragsparteien nicht gehalten, diesem Rechtsvorteil für Frauen ihrerseits einen weiteren hinzuzufügen, etwa in der Weise, daß auch sie zum Bezug vorgezogenen Altersruhegeldes berechtigten Frauen den Anspruch auf bezahlte Arbeitsfreistellung voll oder modifiziert gewähren mußten.

Schließlich übersieht die Revision auch, daß die Tarifvertragsparteien die eingeklagte Arbeitsfreistellung bzw. das entsprechende Entgelt nur solchen Arbeitnehmern haben zuwenden wollen, die nach geltendem Sozialversicherungsrecht trotz ihres vorgerückten Alters weiterarbeiten müssen. Zu diesem Personenkreis gehört die Klägerin jedoch nicht, wobei es nicht darauf ankommt, aus welchen Gründen sie von der für sie bestehenden rechtlichen Möglichkeit, das vorgezogene Altersruhegeld in Anspruch zu nehmen, keinen Gebrauch gemacht hat.

Zutreffend führt das LAG weiter aus, daß weder § 1248 RVO noch § 3 Abschnitt II Abs. 2 BMTV SüßwInd gegen Art. 119 des EWG-Vertrages verstößt. Der Wortlaut und der Gesamtzusammenhang von Art. 119 EWGV machen, wie das LAG zutreffend erkannt hat, deutlich, daß sich diese Vorschrift ausschließlich mit dem rechtlichen Fragenkomplex der Lohngleichheit für Männer und Frauen befaßt. Vorliegend geht es angesichts der Bindung von § 3 Abschnitt II Abs. 2 BMTV-SüßwInd an § 1248 RVO jedoch in erster Linie weder um Fragen des Arbeits-

rechts noch um solche der Lohngleichheit von Mann und Frau, sondern um die spezifisch sozialversicherungsrechtliche Frage, wann und unter welchen rechtlichen Voraussetzungen das staatliche Recht der Bundesrepublik einem Arbeitnehmer den Bezug seiner Altersversorgung ermöglicht. Damit befaßt sich Art. 119 EWGV überhaupt nicht. Gegenteiliges kann auch nicht aus der von der Revision herangezogenen Entscheidung des EuGH vom 31.3.1981 - Rs 96/80 - (NJW 1981, 2639) hergeleitet werden, denn auch darin geht es ausschließlich darum, ob und inwieweit unterschiedlicher Stundenlohn für Vollzeit- und Teilzeitarbeitnehmer gegen Art. 119 des EWG-Vertrages verstößt. Unter diesen Umständen hält der Senat auch die von der Klägerin angeregte Aussetzung und Vorlage an den Gerichtshof für die Europäischen Gemeinschaften gemäß Art. 177 Abs. 3 EWGV nicht für geboten.

## Anmerkung

1.

So einfach ist das also: Weil in der Regel die versicherte Frau einen Doppelberuf als Arbeitnehmerin und Hausfrau erfüllt, der eine frühzeitige Abnutzung der Kräfte und damit frühere Berufsunfähigkeit hervorruft, ist die rechtliche Differenzierung zwischen Männern und Frauen in § 1248 RVO mit Art. 3 GG vereinbar. Und weil § 3 Abschnitt II Abs. 2 BMTV-SüßwInd auf § 1248 aufbaut, ist es mit Art. 3 GG vereinbar, in sehr vielen Fällen weiblichen Arbeitnehmern, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, den tariflichen Anspruch auf zusätzliche Arbeitsfreistellung bei Entgeltfortzahlung zu entziehen. Die frühzeitige Abnutzung der Kräfte infolge der Doppelbelastung muß so indirekt als Begründung für den Ausschluß von einem Recht herhalten, das der Abnutzung der Kräfte gerade entgegenwirken soll. Die im Haushalt geschonten Männer werden auch im Betrieb durch zusätzliche Freistellung geschont. Bei Frauen ist es umgekehrt. Sie können ja in Rente gehen – sofern die nach Trümmerarbeit, „Familienpause“, Frauenarbeitslosigkeit aufgelaufenen Versicherungsjahre bei Berücksichtigung der während der Versicherungszeiten erworbenen „Zuverdienerlöhne“, dazu ausreichen, einen Rentenanspruch zu begründen, von dem die Versicherte leben könnte – aber das ist, nicht das Problem der Tarifvertragsparteien...

2.

Schon die erste Prämisse dieses Urteils, nämlich die Annahme, daß § 1248 RVO mit Art. 3 GG vereinbar ist, hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand: Das Bundesverfassungsgericht hat zu keinem Zeitpunkt mit bindender Wirkung entschieden, daß gegen eine unterschiedliche Behandlung von Männern und Frauen bezüglich des Zeitpunktes für den Bezug des Altersruhegeldes keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestünden. Es findet sich lediglich im ersten Witwenrentenurteil

beiläufig die Äußerung: „Auch die der Frau eröffnete Möglichkeit, Altersruhegeld schon mit 60 statt mit 65 Jahren zu beziehen, ist aus Gründen des sozialen Ausgleichs zu verstehen.“ (BVerfGE 17,1, 9f.)

Allerdings sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG durch Art. 3 II GG Regelungen nicht ausgeschlossen, die im Hinblick auf objektive biologische oder funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede nach der Natur des jeweiligen Lebensverhältnisses zwischen Männern und Frauen differenzieren (siehe z.B. BVerfG, Beschl. v. 16.6.81 -1 BvL 129/78 NJW 1981, 2177 m. w. Nachw.).

Diese Formel bedarf jedoch dringend der Revision, denn zum einen läßt sich der Verfassung nicht entnehmen, daß die Reichweite des Art. 3 II GG derart begrenzt ist, und zum anderen muß dem UNO-Übereinkommen vom 18.12.1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (auszugsweise abgedruckt in STREIT 3/85, 111) durch völkerrechtskonforme Auslegung auch des Verfassungsrechts Rechnung getragen werden. Die Bundesrepublik ist aufgrund dieses Übereinkommens verpflichtet, alle geeigneten Maßnahmen zu treffen, um zur Beseitigung aller auf der Vorstellung von der Unterlegenheit oder Überlegenheit des einen oder anderen Geschlechts oder der stereotypen Rollenverteilung von Mann und Frau beruhenden Praktiken zu gelangen. Daraus folgt u.a., daß die traditionelle Arbeitsteilung zwischen Mann und Frau nicht zum Anlaß für eine das Rollenklischee verfestigende rechtliche Ungleichbehandlung genommen werden darf.

Grenzen der in Art. 3 II, III GG enthaltenen Gewährleistungen können sich nur aus der Verfassung selbst ergeben. Art. 3 II, III GG verbietet Ungleichbehandlungen wegen des Unterschieds zwischen Personen weiblichen Geschlechts deshalb nur dann nicht, wenn die Ungleichbehandlung notwendige Bedingung für die Effektivität einer anderen Verfassungsnorm, z.B. eines anderen Grundrechts, ist. Kollidiert Art. 3 II, III GG in dieser Weise mit anderen Verfassungsbestimmungen, ist nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz zu verfahren, d.h., es ist so vorzugehen, daß jede der beiden kollidierenden Vorschriften zu optimaler Wirksamkeit gelangt.

Eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zeitpunktes für den Bezug des vorgezogenen Altersruhegeldes wäre demnach nur dann nicht durch Art. 3 II, III GG verboten, wenn sie notwendig wäre, um eine andere Verfassungsnorm zu effektivieren. Davon kann nicht die Rede sein. Selbst wenn die Kräfte älterer Frauen durch die Doppelbelastung typischerweise stärker verbraucht sein sollten als die der älteren Männer, ist eine nach dem Geschlecht differenzierende Regelung weder im Hinblick auf Art. 2 II 1 GG noch im Hinblick auf das Sozialstaatsgebot erforderlich. Die Bezugsvoraussetzungen des vorgezogenen Altersruhegeldes können geschlechtsneutral ausgestaltet werden, ohne daß ein Konflikt mit anderen Verfassungsnormen entsteht. § 1248 RVO ist deshalb mit Art. 3 II, III GG unvereinbar.

3.

Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung von der Verfassungsmäßigkeit des § 1248 RVO aus, folgt daraus mitnichten, daß auch die auf dieser Vorschrift aufbauende Tarifnorm verfassungsgemäß ist.

Das Argument des BAG beruht auf der nicht explizit formulierten Prämisse, daß alle Vorschriften, die ihrerseits auf einer verfassungskonformen, nach Geschlechtern differenzierenden Vorschrift aufbauen, mit Art. 3 GG vereinbar sind. Wäre dies richtig, müßte auch einem Tarifvertrag, der den Anspruch auf Weihnachtsgeld mit dem frühest möglichen Zeitpunkt enden läßt, ab dem vorgezogenes Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung beansprucht werden kann, der verfassungsrechtliche Segen erteilt werden.

Das absurde Beispiel macht deutlich, wo das Begründungsdefizit liegt. Auch wenn an eine verfassungskonforme, nach Geschlechtern differenzierende Regelung angeknüpft wird, ist gesondert zu prüfen, ob die Differenzierung in der anknüpfenden Regelung vor Art. 3 GG Bestand hat.<sup>1</sup>

4.

In gemeinschaftsrechtlicher Hinsicht geht das BAG davon aus, daß Art. 119 EWG-Vertrag nicht einschlägig ist. Dem mag im Ergebnis zugestimmt werden. Die gemeinschaftsrechtlichen Überlegungen des BAG sind jedoch in einem entscheidenden Punkt unvollständig. Das Gericht hat allem Anschein nach schlicht übersehen, daß es eine EG-Richtlinie gibt, die speziell die außerhalb der Entgeltproblematik liegenden Bereiche von Diskriminierung erfasst: die Richtlinie des Rates vom 9.2.1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung, zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG – „Gleichbehandlungsrichtlinie“).

Art. 5 Abs. 1 dieser Richtlinie lautet:

Die Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen einschließlich der Entlassungsbedingungen beinhaltet, daß Männern und Frauen dieselben Bedingungen ohne Diskriminierung auf Grund des Geschlechts gewährt werden.

Gemäß Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie beinhaltet der Grundsatz der Gleichbehandlung auch, daß keine mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen darf, was z.B. von Bedeutung ist, wenn eine Regelung zwar geschlechtsneutral formuliert ist, aber

1 So auch Manfred Zuleeg (demnächst in AP). – Gemäß Art. 177 Abs. 2 EWGV sind Gerichte, deren Entscheidung in einem konkreten Verfahren noch mit anderen Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, zwar nicht vorlagepflichtig, aber vorlageberechtigt. Die Parteien können die Vorlage an den EuGH anregen. Ausführliche Hinweise zum europäischen Vorabentscheidungsverfahren für deutsche Richter/innen und Rechtsanwält/innen finden sich in: Beutler, Bengt/ Biber, Roland/ Pipkorn, Jörn/ Streil, Jochen: Die Europäische Gemeinschaft – Rechtsordnung und Politik, 2. Aufl., Baden-Baden 1982, S. 246 ff.

ein Geschlecht überproportional häufig nachteilig betrifft.

Bei der Beantwortung der Frage, ob Bestimmungen oder Maßnahmen, die an das für Männer und Frauen unterschiedliche Rentenalter anknüpfen, gegen diese Vorschriften verstoßen, ist folgendes zu beachten:

Die Richtlinie des Rates vom 19.12.1978 zur schrittweisen Verwirklichung des Grundgedankens der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im Bereich der sozialen Sicherheit (79/7/EWG) bestimmt in Art. 7, daß sie der Befugnis der Mitgliedstaaten nicht entgegensteht, die Festsetzung des Rentenalters für die Gewährung der Altersrente oder Ruhestandsrente und etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen von ihrem Anwendungsbereich auszuschließen. Diese Ausnahme ist jedoch – wie der EuGH kürzlich entschieden hat (Urteil vom 26.2.1986 - Rs. 152/84-) – wegen der grundlegenden Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung eng auszulegen. Sie gilt nur für die Festsetzung des Rentenalters, für die Gewährung der Altersrente oder der Ruhestandsrente und etwaige Auswirkungen daraus auf andere Leistungen der sozialen Sicherheit.

In der erwähnten Rechtssache hat der EuGH deshalb Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG dahin ausgelegt, daß eine allgemeine Entlassungspolitik, wonach eine Frau nur aus dem Grund entlassen wird, weil sie das vom Rentenalter für Männer verschiedene Alter erreicht oder überschritten hat, von dem an Frauen nach nationalem Recht Anspruch auf eine staatliche Rente haben, eine nach dieser Richtlinie verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts darstellt.

Nicht anders ist die Tarifnorm zu bewerten, die Gegenstand der BAG-Entscheidung war. Der Anspruch auf zusätzliche Freistellung fällt in den Bereich der Arbeitsbedingungen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 76/207/EWG. Es liegt eine nach dieser Richtlinie verbotene Diskriminierung aufgrund des Geschlechts vor, wenn Frauen nur deshalb von dieser Freistellung ausgenommen werden, weil sie die von den Voraussetzungen für Männer verschiedenen Voraussetzungen erfüllen, unter denen Frauen vorgezogenes Altersruhegeld beanspruchen können.

Dem Gebot der Gleichbehandlungsrichtlinie, Tarifnormen, die mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung unvereinbar sind, die Anerkennung zu versagen, hätte das BAG durch eine entsprechende Konkretisierung des Art. 3 GG Folge leisten müssen.

5.

Die Tarifvertragsparteien sind durch Art. 3 Abs. 2,3 GG gehalten, die Anspruchsvoraussetzungen für die zusätzliche Freistellung so auszugestalten, daß die unterschiedlichen Voraussetzungen, unter denen Männer und Frauen vorgezogenes Altersruhegeld beanspruchen können, keine Rolle spielen. Dies läuft nicht etwa auf eine Verpflichtung hinaus, dem in

§ 1248 enthaltenen Rechtsvorteil für Frauen einen weiteren hinzuzufügen. Der sozialrechtliche Rechtsvorteil darf nur nicht zum Anlaß genommen werden, Frauen, die ihn – aus welchen Gründen auch immer – nicht nutzen wollen, hinsichtlich der Arbeitsbedingungen gegenüber Männern zu benachteiligen.

Letztendlich geht es um das gleiche Recht der Frauen auf Arbeit. Frauen, die sich dafür entscheiden, dieses Recht und nicht das Recht auf vorgezogene Rente in Anspruch zu nehmen, dürfen für ihre Wahl nicht mit Rechtsnachteilen gegenüber Männern, die (zu Recht oder zu Unrecht) keine Wahl hatten, bestraft werden.

Ninon Colneric, Oldenburg

### Urteil mit Anmerkung

BAG, Art. 3 Abs. 3 GG

### Ehefrauenzulage = Abschlag für Ehefrauen

1. Die Gewährung einer Ehefrauenzulage ist wegen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2, 3 GG verfassungswidrig und als Tarifnorm nichtig.

2. Für die Zukunft können aus dieser nichtigen Bestimmung weder männliche noch weibliche Arbeitnehmer Rechte herleiten. Den Gerichten ist es verwehrt, diese nichtige Norm durch eine andere zu ersetzen, da dies ein unzulässiger Eingriff in die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG wäre.

3. Für die Vergangenheit ist dagegen die Lohngleichheit nur durch Gewährung einer Verheiratetenzulage auch an Arbeitnehmerinnen zu verwirklichen. Da insoweit praktisch nur eine Regelungsmöglichkeit besteht, kann die Tarifnorm für die Vergangenheit auch durch die Gerichte ergänzt werden.

Urteil des BAG vom 13.11.1985 - § AZR 234/84 -

Aus den Gründen:

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Vorschriften des Gehaltstarifvertrags für die Angestellten in der Berliner Metallindustrie (GTV) in der jeweils geltenden Fassung mit unmittelbarer und zwingender Wirkung Anwendung (§§ 3 I, 4 I 1 TVG). Danach sind für die Klageforderung folgende Bestimmungen des § 2 Teil II GTV heranzuziehen:

1. Als monatliche tarifliche Bezüge kommen in Betracht:
  - a) Gehalt gemäß Teil I,
  - b) Ehefrauenzulage in Höhe von 10 DM, die dem verheirateten Angestellten für seine Ehefrau zusteht,
  - c) Gruppenleiterzulage, ...

Aus dieser Vorschrift allein läßt sich ein Anspruch der weiblichen Arbeitnehmer auf Verheiratetenzulage nicht herleiten. Wenn die Zulage ausdrücklich als „Ehefrauenzulage“ bezeichnet und dem verheirateten Angestellten für seine „Ehefrau“ gewährt wird, sind damit nur die männlichen Arbeitnehmer angesprochen. Eine Ausdehnung des anspruchsberechtigten Personenkreises auf die weiblichen Arbeitnehmer bedeutete, daß diesen eine „Ehemännerzulage“ für ihre „Ehemänner“ zustände. Für einen solchen dem Tarifwortlaut widerstreitenden Willen der Tarifver-

tragsparteien enthält der Tarifvertrag nicht den geringsten Anhaltspunkt. § 2 Teil II Nr. 1 lit. b GTV, der damit eine Verheiratetenzulage ausschließlich für männliche Arbeitnehmer gewährt, ist wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 und 3 GG nichtig (§ 134 BGB). Auch die Tarifvertragsparteien sind nach ständiger Rechtsprechung des BAG an die Grundrechte gebunden (BAG, NZA 1985, 600).

Da § 2 Teil II Nr. 1 lit. b GTV nichtig ist, können für die Zukunft weder männliche noch weibliche Arbeitnehmer aus dieser Tarifnorm Rechte herleiten. Denn für den Anspruch auf eine Verheiratetenzulage sowohl der männlichen als auch der weiblichen Arbeitnehmer fehlt es an einer wirksamen tariflichen Anspruchsgrundlage. Den Gerichten ist es insoweit verwehrt, eine nichtige Tarifnorm durch eine andere Norm zu ersetzen oder – etwa durch die Gewährung einer Verheiratetenzulage an die Ehefrauen – zu ergänzen. Dies wäre keine verfassungskonforme Tarifauflegung, weil sie sich nicht an dem in der Tarifnorm zum Ausdruck gekommenen Willen der Tarifvertragsparteien orientierte, sondern ein unzulässiger Eingriff in die durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie.

Auch eine Umdeutung der nichtigen Norm über die Ehefrauenzulage in eine wirksame Norm über eine Verheiratetenzulage für männliche und weibliche Arbeitnehmer gem. § 140 BGB ist nicht möglich. Dies würde voraussetzen, daß die unwirksame Norm über die Ehefrauenzulage bereits eine Verheiratetenzulage auch für weibliche Arbeitnehmer enthielte. Gerade das trifft nicht zu.

Ebensowenig kann aus Art. 119 EWGV und den §§ 611 a, 612 Abs. 3 Nr. 1 BGB ein Anspruch der weiblichen verheirateten Arbeitnehmer auf künftige Zahlung einer Verheiratetenzulage hergeleitet werden. Da wegen der Nichtigkeit der Tarifnorm über die Ehefrauenzulage den männlichen Arbeitnehmern kein Anspruch auf die Ehefrauenzulage zusteht, stellt es keine Benachteiligung der weiblichen Arbeitnehmer wegen ihres Geschlechts dar, daß auch ihnen künftig kein Anspruch auf eine Verheiratetenzulage aus der nichtigen Tarifnorm erwächst.

Der EuGH hat zwar zu Art. 119 EWGV entschieden, bei einer Verletzung des Grundsatzes des gleichen Entgelts sei der Einwand zurückzuweisen, daß Art. 119 EWGV auf andere Weise als durch Anhebung der niedrigeren Löhne und Gehälter befolgt werden könne (EuGHE 1976, 455 = NJW 76, 2068). Damit ist aber ersichtlich nur der Fall angesprochen, daß eine bevorzugte Gruppe ein höheres Entgelt erhält und ein Mitgliedstaat diese Bevorzugung nicht durch eine Anhebung der niedrigeren Löhne und Gehälter für gleiche Arbeit, sondern mit Regelungen anderer Art ausgleichen will. Ein solcher Fall liegt nicht vor. Da den männlichen Arbeitnehmern wegen der Nichtigkeit der Tarifnorm keine Ehefrauenzulage zusteht, bedarf es auch keiner entsprechenden Zahlungen an die weiblichen Arbeitnehmer.

Für die Vergangenheit ab Beginn des Klagezeitraums steht hingegen den Klägern die Verheiratetenzulage nach § 2 Teil II Nr. 1 lit. b GTV i.V.m. Art. 3 Abs. 2 und 3 GG zu. Denn für den Klagezeitraum läßt sich die verfassungsrechtlich gebotene Lohngleichheit nur dadurch verwirklichen, daß auch den weiblichen Arbeitnehmern eine Verheiratetenzulage in Höhe der von der Beklagten den männlichen Arbeitnehmern gezahlten Ehefrauenzulage gewährt wird. Die Tarifvertragsparteien als von der Verfassung legitimer Normgeber sind nämlich in der gleichen Weise wie der staatliche Gesetzgeber von Verfassungen wegen – auch wenn dies nicht einklagbar ist – bei einem festgestellten Verfassungsverstoß ihrerseits verpflichtet, auch rückwirkend ab Beginn des Klagezeitraums einer eingeklagten Forderung eine verfassungsmäßige Regelung zu treffen, sofern und soweit nicht infolge der Nichtigkeit der Tarifnorm bereits ein verfassungsmäßiger Zustand besteht. Auch der EuGH billigt jedenfalls denjenigen Arbeitnehmern, die eine Klage auf Lohngleichheit nach Art. 119 EWGV erhoben haben, einen Lohnanspruch für zurückliegende Zeiten zu (vgl. EuGH 1976, 455 = NJW 76, 2068).

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist ihr Vertrauen auf die Wirksamkeit der Tarifnorm über die Ehefrauenzulage in der Vergangenheit nicht schutzwürdig. Die Beklagte mußte von Anfang an damit rechnen, daß die umstrittene Tarifnorm verfassungswidrig ist. Der Verfassungsverstoß ist nämlich evident. Selbst wenn man ihn nicht für evident halten wollte, lag es jedoch auf der Hand, daß von Anfang an erhebliche Zweifel an der Wirksamkeit einer sogenannten Ehefrauenzulage bestanden. Die Beklagte konnte also niemals auf die Wirksamkeit der Ehefrauenklausel – jedenfalls für den Klagezeitraum (1983) – vertrauen.

### Anmerkung:

1.

Wie hätte das BAG wohl entschieden, wenn die Tarifvertragsparteien ihren Willen, verheirateten männlichen Arbeitnehmern monatlich 10 DM mehr zukommen zu lassen als den übrigen Arbeitspersonen, folgendermaßen umgesetzt hätten:

1. *Als monatliche tarifliche Bezüge kommen in Betracht:*
  - a) *Gehalt gemäß Teil I,*
  - b) *Gruppenleiterzulage, ...*
2. *Das Gehalt mindert sich bei Personen, die nicht mit einer Frau verheiratet sind, um 10 DM.*

Die Diskriminierung hätte bei dieser Umsetzung die altbekannte Form einer Abschlagsklausel gehabt, und das BAG hätte wohl nicht gezögert, die Klausel 2 als nichtig anzusehen. Die Klausel 1 wäre erhalten geblieben, mit der Folge, daß die Klägerinnen auch für die Zukunft eine Erhöhung ihrer bisherigen Bezüge um 10 DM hätten beanspruchen können.

Das Problem: Jede Lohndifferenz kann sowohl in Form einer Abschlagsklausel als auch in Form einer Zuschlagsklausel ausgedrückt werden. Sollte es wirklich von Formulierungszufälligkeiten abhängen,

ob zur Verwirklichung der Gleichbehandlung von Mann und Frau die Bezüge der bisher benachteiligten Gruppe angehoben oder die der bisher bevorzugten Gruppe abgesenkt werden müssen?

Die Antwort ergibt sich aus der vom BAG selbst zitierten Defrenne II - Entscheidung des EuGH (Urt. vom 8.4.1976 - Rs. 43/75 - NJW 1976, 2068). Der EuGH führt in dieser Entscheidung aus, Art. 119 des EWG-Vertrages, der den Grundsatz der Lohngleichheit von Mann und Frau festschreibt, diene einem doppelten Zweck. Einerseits solle er Verzerrungen des innergemeinschaftlichen Wettbewerbs verhindern. Andererseits diene er den sozialen Zielen der Gemeinschaft, die sich nicht auf eine Wirtschaftsunion beschränke, sondern, wie die Präambel des Vertrages hervorhebe, zugleich durch gemeinsames Vorgehen den sozialen Fortschritt sichern und die ständige Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen der europäischen Völker anstreben soll. Diese Zweckbestimmung werde dadurch betont, daß Art. 119 EWGV in das der Sozialpolitik gewidmete Kapitel aufgenommen worden sei, dessen einleitende Bestimmung hinweise auf die „Notwendigkeit, ... auf eine Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen der Arbeitskräfte hinzuwirken und dadurch auf dem Wege des Fortschritts ihre Angleichung zu ermöglichen“. Bei der Auslegung des Art. 119 EWGV könne nichts aus den Langsamkeiten und Widerständen hergeleitet werden, die die tatsächliche Anwendung dieses wesentlichen Grundsatzes in einigen Mitgliedstaaten verzögert haben. Insbesondere erlaube es die Verknüpfung des Art. 119 EWGV mit der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen auf dem Wege des Fortschritts, den Einwand zurückzuweisen, daß dieser Artikel auf andere Weise als durch Anhebung der niedrigeren Löhne und Gehälter befolgt werden könne.

Es ist nicht nachvollziehbar, wie das BAG darauf kommt, mit diesen allgemein gehaltenen Ausführungen sei „ersichtlich nur der Fall angesprochen, daß eine bevorzugte Gruppe ein höheres Entgelt erhält und ein Mitgliedstaat diese Bevorzugung nicht durch Anhebung der niedrigeren Löhne und Gehälter für gleiche Arbeit, sondern mit Regeln anderer Art ausgleichen will“. Aus dem Kontext ergibt sich vielmehr, daß die Unzulässigkeit einer Beseitigung geschlechtsspezifischer Entgeltdiskriminierung durch Angleichung nach unten, also durch Absenkung der Bezüge der bisher bevorzugten Gruppe, gemeint war.

Das BAG hätte diese Auslegungsfrage nicht eigenmächtig entscheiden dürfen. Es war gemäß Art. 177 Abs. 3 EWGV verpflichtet, vorab die Ansicht des EuGH einzuholen.<sup>1</sup>

1 So jetzt auch BAG, Urteil v. 12.11.85 - 3 AZR 606/83 - BB 1986, 1854 f., 1855.

2 Siehe zum Folgenden auch Pfarr/Bertelsmann: Gleichbehandlungsgesetz. Zum Verbot der unmittelbaren und der mittelbaren Diskriminierung von Frauen im Erwerbsleben, Wiesbaden 1985, S. 104.

2.

Konstruktiv hätte durchaus eine Möglichkeit bestanden, die durch das EG-Recht gebotene Angleichung nach oben auch für die Zukunft zu realisieren. § 2 Teil II Nr. 1 lit. b GTV hätte für teilnichtig erklärt werden können. Streicht man die Bestandteile, die sich auf Ehefrauen beziehen, bleibt der Text „Zulage in Höhe von 10 DM, die dem verheirateten Angestellten zusteht“. Interpretiert man nun „verheirateter Angestellter“ entsprechend der herrschenden Praxis, Frauen über den Begriff des Mannes mitzudefinieren, als Männer und Frauen umfassenden Oberbegriff, haben auch verheiratete weibliche Angestellte einen Anspruch in Höhe von 10 DM.

Die Tarifautonomie steht diesem Vorgehen nicht entgegen. Da das vorrangige EG-Recht die Angleichung nach oben gebietet, haben die Tarifvertragsparteien insoweit keinen Gestaltungsspielraum.

3.

Da die Klägerinnen des zu entscheidenden Falles verheiratet waren, stellte sich die Frage nicht, wie der Ausschluß der Ledigen vom Bezug der Zulage zu werten ist. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß Verheiratetenzulagen insgesamt problematisch sind, und zwar nicht zuletzt im Hinblick auf das Verbot der *mittelbaren* Diskriminierung von Frauen.<sup>2</sup>

Der Anteil der Verheirateten ist bei den erwerbstätigen Männern infolge der traditionellen Rollenverteilung deutlich höher als bei den erwerbstätigen Frauen. Männer sind daher unter den Personen, die von Verheiratetenzulagen profitieren, erheblich überrepräsentiert. Legt man die Maßstäbe zugrunde, die der EuGH kürzlich in der Bilka-Entscheidung am Beispiel des Ausschlusses von Teilzeitbeschäftigten aus der betrieblichen Altersversorgung entwickelt hat (Urteil v. 13.5.1986 - Rs. 170/84 -), ist der Ausschluß der Ledigen von der Zulage nur dann nicht als Verstoß gegen Art. 119 EWGV zu werten, wenn er auf Faktoren beruht, die objektiv gerechtfertigt sind und nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Eine objektive Rechtfertigung ist jedoch nicht ersichtlich; denn die Verheiratetenzulage wird unabhängig von Unterhaltspflichten und sogar dann gezahlt, wenn sich die finanzielle Belastung durch die gemeinsame Haushaltsführung der Eheleute verringert.

Ninon Colneric, Oldenburg

#### Hinweis:

Das Urteil des ArbG Herford vom 18.2.1986 -3 Ca 1570/85-, in: STREIT 2/86, S. 65, welches Arbeitnehmerinnen die Möglichkeit einräumte, ein höheres Mutterschaftsgeld durch eine Veränderung der Steuerklasse zu erzielen, ist durch Urteil des LAG Hamm vom 26.2.1986 -9 Sa 703/86- bestätigt worden.

**Urteil****ArbG Hamburg, §§ 611 a, 823, 847 BGB  
Diskriminierung bei der Einstellung**

*Eine Diskriminierung der Bewerberin ist dann gegeben, wenn der Arbeitgeber ihr allein auf Grund ihres Geschlechts keine Chance zur Berücksichtigung ihrer Bewerbung eingeräumt hat.*

*Für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts ist es unerheblich, ob der Arbeitgeber die Bewerberin bei gesetzeskonformem Verhalten eingestellt hätte.*

Urteil des ArbG Hamburg vom 5.3.1986 - 23 Ca 304/85 -

Zum Sachverhalt:

Der Beklagte ist ein Tierschutzverein in Hamburg. Im April/Mai 1985 suchte er eine Ersatzkraft für den Spätdienst, zuerst innerbetrieblich, dann durch eine Stellenanzeige in einer Tageszeitung: „Für Spätdienst im Tierheim (Bewachung und Tierannahme) ein- bis zweimal monatlich 7 Tage (40 Stunden) suchen wir zuverlässigen Mitarbeiter.“ Als monatliches Entgelt waren DM 823,64 vorgesehen.

Die Klägerin trug vor, sie habe sich unter Einreichung von Bewerbungsunterlagen auf die Stelle beworben, habe dann aber einen Anruf des Geschäftsführers der Beklagten erhalten, der ihr mitgeteilt habe, daß die Klägerin für die Position nicht in Betracht käme, weil eine Frau nicht eingestellt werden solle. Auf Nachfrage der Klägerin, warum dies so sei, habe der Geschäftsführer erklärt, es handle sich um eine Bewachungstätigkeit, die von einer Frau nicht geleistet werden könne – es sei manchmal gefährlich und auch ziemlich anstrengend, es liefen da z.B. Zigeuner rum, die nachts Tiere klauen würden und da müsse jemand auf dieser Position entsprechend und sehr schnell handeln.

Der Betriebsrat hatte der Einstellung eines männlichen Bewerbers erfolgreich widersprochen, weil bei den dem Betriebsrat vorgelegten Bewerbungsunterlagen keine einzige Bewerbung einer Frau beigelegt habe und deshalb die sichere Vermutung gegeben war, daß vorhandene Bewerbungen von Frauen nicht weiter gegeben worden waren. Die Klägerin trug vor, daß der Geschäftsführer der Beklagten auch gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden sich dahingehend geäußert habe, daß wegen der Gefährlichkeit der Bewachungstätigkeit die Beschäftigung von Frauen auf diesen Positionen nicht in Betracht komme.

Die Beklagte dagegen trug im Verfahren vor, daß nicht mehr festgestellt werden könne, ob die Klägerin sich beworben habe. Der Geschäftsführer habe in keinem Telefonat mit Bewerberinnen geäußert, daß wegen der Gefährlichkeit der Bewachungstätigkeit Frauen nicht in Betracht kämen bzw. diese Tätigkeiten in besonderem Maße für Frauen gefährlich seien. In der mündlichen Verhandlung trug der Beklagte vor, daß häufiger versucht werde, in das 30.000 qm große Gelände einzubrechen, um eingelieferte Tiere herauszuholen. Aufgrund dieser Umstände könnte eine solche Stelle zwar auch von einer Frau besetzt werden, man müsse aber darauf hinweisen, daß die besonderen Umstände den sich bewerbenden Frauen zu veranschaulichen seien. Nur dies habe der Geschäftsführer des Beklagten in mehreren Telefonaten mit Bewerberinnen getan.

Die Klägerin beantragte, den Beklagten zu verurteilen, an die Klägerin Schadensersatz zu zahlen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt bliebe, der aber 4.995,85 DM (6 Monatsgehälter plus 1,45 DM Werbungskosten) nicht unterschreiten sollte. Das Gericht hat der Klage stattgegeben.

Aus den Gründen:

I.

Die Kammer ist der Auffassung, daß die Klägerin beim Zugang zu der von dem Beklagten ausgeschriebenen Stelle dergestalt diskriminiert worden ist, daß die Klägerin aufgrund ihres Geschlechts nicht in das Verfahren um die angestrebte Stelle aufgenommen worden ist.

Eine Diskriminierung wegen des Geschlechts beim Zugang zu einer Beschäftigung – so zutreffend das Arbeitsgericht Hamm im Urteil vom 6.11.1984 (DB 1984, 2700)\* – ist eine in der Motivwelt des Arbeitgebers bzw. der für diesen handelnden natürlichen Person angesiedelte subjektive Tatsache. Sie läßt sich bis auf den Fall, daß die handelnde Person die Diskriminierung zugesteht, nur anhand von Indizien feststellen.

Gemäß § 611 a Abs. 1 BGB sind, was die Feststellung der Diskriminierung als solche anlangt, Tatsachen ausreichend, die die Diskriminierung lediglich vermuten lassen, nicht also dem Gericht die volle Überzeugung von der Diskriminierung begründen müssen. Gelingt dem Arbeitnehmer die Glaubhaftmachung der Vermutungstatsachen im Sinne des § 611 a Abs. 1 Satz 3 BGB, so wird der Arbeitgeber beweisbelastet, d.h., er muß beweisen, daß im konkreten Fall keine Geschlechtsdiskriminierung vorliegt (zusammenfassend: Schleicher, Gleichbehandlung der Geschlechter, in: AR-Blattei D, Gleichbehandlung im Arbeitsverhältnis II, zur Beweislastverteilung bei der Geltendmachung von Geschlechtsdiskriminierungen unter D. VI.).

Die Kammer ist der Überzeugung, daß die Klägerin aufgrund ihres Geschlechts nicht in das Verfahren um die von der Beklagten ausgeschriebene Stelle mit aufgenommen und dadurch benachteiligt worden ist. Die Klägerin hat hinreichend dargetan und glaubhaft gemacht bzw. bewiesen, daß Tatsachen vorhanden sind, die der Kammer die Überzeugung vermitteln, daß die Klägerin diskriminiert worden ist.

Nach dem insoweit gemäß § 294 ZPO glaubhaft gemachten Vortrag der Klägerin und dem Ergebnis der Beweisaufnahme sowie der Stellenausschreibung sind folgende Vermutungstatsachen für die Kammer gegeben:

- Die Stellenausschreibung im Hamburger Abendblatt entspricht nicht den Voraussetzungen gemäß § 611 b BGB hinsichtlich einer geschlechtsneutralen Arbeitsplatzbeschreibung;
- das Telefonat mit dem Geschäftsführer des Beklagten, in dem der Geschäftsführer des Beklagten der Klägerin u.a. mitgeteilt hat, daß die Bewerbung der Klägerin für die Position im Spätdienst angekommen sei, die Klägerin aber nicht für die Position in Betracht käme, weil für die Tätigkeit die Einstellung einer Frau nicht vorgesehen sei;

\* in: STREIT 1/85, S. 30 ff.

- die Äußerung des Geschäftsführers des Beklagten gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden des Betriebsrats bei dem Beklagten, daß wegen der Gefährlichkeit der Bewachungstätigkeit die Beschäftigung von Frauen nicht in Betracht komme.

Damit hat der Beklagte zum Ausdruck gebracht, daß er an der Klägerin allein deshalb nicht interessiert ist, weil die Klägerin weiblichen Geschlechts ist. Der Beklagte hat damit die Klägerin wegen ihres Geschlechts benachteiligt. Denn wenn einer Bewerberin nicht einmal die Möglichkeit eingeräumt wird, zu den nach Ansicht des Beklagten gegebenen Besonderheiten der Tätigkeit im Rahmen eines Bewerbungsgesprächs Stellung zu nehmen, liegt eine Benachteiligung wegen des Geschlechts vor.

Demgegenüber hat der Beklagte keine Tatsachen bzw. Umstände vorgetragen, wonach nicht auf das Geschlecht bezogene, sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen oder das Geschlecht unverzichtbare Voraussetzung für die ausübende Tätigkeit ist — § 611 a Abs. 1 Satz 3, letzter Halbsatz BGB.

Entgegen der Ansicht des Beklagten begründet die Gefährlichkeit der Tätigkeit nicht von vorn herein, daß Frauen dafür nicht besonders geeignet sind. Es gibt von der Körperkraft und Sportlichkeit her ebenso schwache wie starke Männer als auch Frauen. Entscheidend ist nach Auffassung der Kammer die einzelne Person, aber nicht das Geschlecht. Es kann aber dahin stehen, ob durch die Auffassung des Beklagten schon eine Diskriminierung der Klägerin begründet ist, da der Beklagte gegenüber den von der Klägerin dargelegten und glaubhaft gemachten Vermutungstatsachen keine Tatsachen und Umstände gemäß § 611 a Abs. 1 Satz 3, letzter Halbsatz BGB vorgetragen hat und damit die Diskriminierung gemäß § 611 a Abs. 1 BGB gegeben ist.

Dem steht auch nicht der Vortrag des Beklagten entgegen, daß die Bewerbung der Klägerin dem Beklagten nicht vorgelegen habe. Die Kammer ist zumindest nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch Einvernahme von Herrn W. (dem Geschäftsführer der Beklagten - d. Red.) der Auffassung, daß der Beklagte diesen Vortrag nicht hat beweisen können. Nach alledem ist die Kammer der Überzeugung, daß die Klägerin diskriminiert worden ist.

## II.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf Ersatz immateriellen Schadens in der Gewährung von Schmerzensgeld aufgrund der festgestellten Diskriminierung. Der Höhe nach hält die Kammer ein Schmerzensgeld von 4.994,40 DM für angemessen, somit 6 Monatsgehälter. Ferner kann die Klägerin die aufgewandten Bewerbungskosten in Höhe von 1,45 DM verlangen.

### 1.

Der Klägerin stehen die von ihr aufgewandten Bewerbungskosten in Höhe von 1,45 DM gemäß § 611 a Abs. 2 BGB zu. Gemäß § 611 a Abs. 2 BGB

umfasst die Höhe des Schadensersatzanspruches 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 des § 611 a Abs. 1 BGB unterbleiben. D.h., daß die Klägerin die Bewerbungskosten in Höhe von 1,45 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. Der höchst zulässige Schadensersatz ist abschließend in § 611 a Abs. 2 BGB auf den Vertrauensschaden festgelegt, die Begrenzung gilt gleichzeitig für andere gegebene vertragliche, quasi-vertragliche oder deliktische Ansprüche (ArbG Hamburg, Urteil v. 7.3.1985, DB 85, 1402).\*

### 2.

Der Klägerin steht — unabhängig von § 611 a Abs. 2 BGB ein Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 i.V.m. § 611 a Abs. 1, Satz 1, § 823 Abs. 1 sowie § 847 BGB in Höhe von 4.992,95 DM zu. Die Kammer ist der Auffassung, daß die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 611 a Abs. 1 BGB bei der Bewerbung in Anwendung des Bundesdeutschen Zivilrechts unter Außerachtlassung des richtlinienwidrigen § 611 a Abs. 2 BGB zu bestimmen sind.

#### 2.1

Durch die in § 611 a Abs. 2 BGB vorgenommene Beschränkung des Schadensersatzanspruches auf den Vertrauensschaden (Palandt-Putzo, BGB, 44. Aufl., Anm. 4 c zu § 611 a) hat der Gesetzgeber sich damit begnügt — so zutreffend das Arbeitsgericht Hamburg im Urteil vom 7.3.1985 —, einem z.B. bei der Einstellung diskriminierten Bewerber oder 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, bzw. Bewerberinnen bei der Einstellung zu diskriminieren. Demgegenüber hat der Europäische Gerichtshof in seinen Urteilen vom 10.4.1984 (DB 1984, 1042 = RdA 1984, 252 = NZA 1984, 157)\*\* die Zubilligung des Vertrauensschadens an eine wegen ihres Geschlechts diskriminierte Bewerberin durch § 611 a Abs. 2 BGB als nicht mit der EG-Richtlinie 76/207 im Einklang befindlich bezeichnet. Der Europäische Gerichtshof führt unter Ziffer 3 der Urteile aus:

Die Richtlinie 76/207 überläßt es zwar den Mitgliedstaaten, die Sanktionen für einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot unter den verschiedenen Möglichkeiten auszuwählen, die zur Verwirklichung des Ziels der Richtlinie geeignet sind; entscheidet sich ein Mitgliedstaat jedoch dafür, als Sanktion für einen Verstoß gegen dieses Verbot

\* in: STREIT 2/85, S. 57 ff.

\*\* in: STREIT 3/84, S. 84 ff.



eine Entschädigung zu gewähren, so muß diese jedenfalls, damit ihre Wirksamkeit und abschreckende Wirkung gewährleistet sind, in einem angemessenen Verhältnis zu dem erlittenen Schaden stehen und somit über einen rein symbolischen Schadensersatz, wie etwa die bloße Erstattung der Bewerbungskosten, hinausgehen. Es ist Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden."

## 2.2

In Literatur und Rechtsprechung ist umstritten, ob ein Rückgriff auf die allgemeinen Schadensersatzbestimmungen durch § 611 a Abs. 2 BGB ausgeschlossen ist. Das LAG Niedersachsen führt im Urteil vom 23.11.1984 (DB 1985, 1401 = NZA 1985, 327) aus, daß erhebliche Zweifel bestehen, ob die aufgrund der Ausführungen des EuGH gebotene Anpassung des § 611 a Abs. 2 BGB jedenfalls zur Zeit vom Gericht vorgenommen werden darf, da die Anpassung gemeinschaftswidrigen Rechts grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers ist. Dem gegenüber gehen das Arbeitsgericht Hamm im Urteil vom 6.9.1984 (DB 1984, 2700) und das Arbeitsgericht Hamburg im Urteil vom 7.3.1985 (DB 1985, 1402) davon aus, daß 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 sind. Das Arbeitsgericht Oberhausen ist im Urteil vom 8.2.1985 (NZA 1985, 252) zu den allgemeinen Schadensersatzbestimmungen deswegen gelangt, weil § 611 a Abs. 2 BGB nach seinem Wortlaut nur dann einen Schadensersatzanspruch gewährt, wenn ein Arbeitsverhältnis aufgrund eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht begründet worden ist. Es muß also – so das ArbG Oberhausen – im Einzelfall festgestellt werden, daß die Bewerberin oder der Bewerber die Stelle bekommen hätte, wenn sie oder er nicht aufgrund ihres Geschlechts benachteiligt worden wäre (vgl. zur Literatur zuletzt: Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, 1297; Zuleeg RdA 1984, 325; Birk, NZA 1984, 145; Bleckmann DB 84, 1574).

## 2.3.

Die Kammer schließt sich der Auffassung an, daß die allgemeinen Schadensersatzbestimmungen nicht durch § 611 a Abs. 2 BGB ausgeschlossen sind. § 611 a Abs. 2 BGB stellt, im Lichte der Entscheidungen des EuGH vom 10.4.1984 ausgelegt, nur einen Sonderfall des Schadensersatzes dar, ohne die allgemeinen Bestimmungen des § 823 BGB auszuschließen (Bleckmann, DB 84, 1574 (1576 f.) m.w.N. in Fn. 18; Zuleeg, RdA 84, 325 (330 f.); Bertelsmann/Pfarr, DB 84, 1297 (1300 f.)). So auch die Stellungnahme der Bundesregierung in den Verfahren vor dem EuGH (ArbG Hamm, DB 84, 2700).

## 2.3.1

Der Schadensersatzanspruch der Klägerin ergibt sich aus den §§ 823 Abs. 2, 611 a Abs. 1, 847 BGB.

„Der § 611 a Abs. 1 BGB ist als Schutzgesetz im Sinne der Vorschrift des § 823 Abs. 2 BGB 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. 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 diejenigen Bewerberinnen, die im Falle einer diskriminierungsfreien Entscheidung eingestellt worden wären, sondern für alle Bewerberinnen, denen aufgrund ihres Geschlechts keine Chance zur Berücksichtigung eingeräumt worden ist.“ (Bertelsmann/Pfarr, DB 1984, 1297 (1300))

Deshalb ist es auch unerheblich, ob die Klägerin die bestqualifizierte Bewerberin war und der Beklagte sie bei gesetzeskonformem Verhalten eingestellt hätte. Denn die Diskriminierung der Klägerin war, wie oben ausgeführt, darin begründet, daß der Beklagte ihr allein aufgrund ihres Geschlechts keine

Chance zur Berücksichtigung ihrer Bewerbung eingeräumt hat.

### 2.3.2

Dabei ist weitere Voraussetzung für einen Anspruch gemäß § 823 BGB, daß der Beklagte die Verletzung des Benachteiligungsverbotens verschuldet hat. Zwar kann nach dem Inhalt des § 611 a Abs. 1 BGB als Schutzgesetz gegen dieses auch ohne Verschulden verstoßen werden, § 823 BGB verlangt aber schuldhaftes, ausreichend allerdings fahrlässiges Handeln (Palandt-Thomas, BGB, Anm. 9 c zu § 823). Diese Voraussetzung ist dadurch erfüllt, als der Klägerin von dem Beklagten in dem Bewerbungsverfahren keine faire Chance eingeräumt worden ist. Ob auch durch die von dem Beklagten im vorliegenden Rechtsstreit weiter vertretene Auffassung, – daß die zu besetzende Stelle aufgrund der besonderen Umstände, daß das Gelände sehr groß sei und es häufiger vorkomme, daß versucht werde, in das Gelände einzubrechen, um eingelieferte Tiere herauszuholen, für Frauen nicht besonders geeignet sei, – zumindest ein fahrlässiger Verstoß gegen § 611 a Abs. 1 BGB begründet ist, kann somit dahin stehen.

### 2.3.3

Ein Ersatz des Nicht-Vermögensschadens in Geld wird von der Rechtsprechung unter zwei Voraussetzungen bejaht: Es muß sich 1. um die schwerwiegende Verletzung eines bereits von der Rechtsordnung anerkannten absoluten Rechts handeln und es darf 2. die Genugtuung auf andere Weise nicht zu erreichen sein (Palandt-Thomas, BGB, Anm. 15 f zu § 823).

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. 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 EuGH entspricht, ist nur dann gegeben, wenn er damit rechnen muß, Schadensersatz wegen Verletzung des Persönlichkeitsrechts der diskriminierten Bewerberin zahlen zu müssen (ArbG Hamburg, DB 1985, 1402).

Unabhängig davon ist, wenn man nicht die Auffassung vertritt, daß die Grundrechte des Europäischen Gemeinschaftsrechts, zu denen auch die Freiheiten zählen, unmittelbar anwendbar sind und auch Wirkungen gegenüber Privatpersonen entfalten, Art. 3 Abs. 2 GG unmittelbar anwendbar und verlangt, wie § 611 a Abs. 1 BGB im Sinne der EG-Richtlinie 76/207 ausgelegt, eine effektive Genugtuung für den Fall der Verletzung des in dieser Norm anerkannten Diskriminierungsverbotes (Bleckmann, DB 84, 1574, 1576 f.).

### 2.3.4

Für die Höhe des Schmerzensgeldes sind alle Umstände des Einzelfalls beachtlich (Palandt-Thomas, BGB Anm. 4 zu § 847) und die Höhe muß den genannten Kriterien – Ausgleich der Persönlichkeitsrechtsverletzung und spürbare Sanktion für den Arbeitgeber – entsprechen. Zwar ist dem Schadensersatzrecht des BGB der Sanktionscharakter fremd, allerdings klingt dieser Gedanke in der Rechtsprechung zu § 847 BGB an, in dem das Schmerzensgeld auch zu einer wirklichen Genugtuung führen muß (Palandt-Thomas, BGB, Anm. 1 b zu § 847). Unter Zugrundelegung der bereits zitierten Ausführungen des EuGH in den Urteilen vom 10.4.1984 schließt sich die Kammer auch insoweit den ebenso bereits zitierten Urteilen der Arbeitsgerichte Hamburg und Hamm an, wonach die Zuerkennung des Schmerzensgeldes die in den Urteilen des EuGH geforderte abschreckende Wirkung entfalten muß und das Schmerzensgeld die gleiche Funktion erfüllt, die es bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes hat. Auch hier rückt, wegen Beeinträchtigung ideeller Güter, die Genugtuungsfunktion gegenüber der Entschädigungsfunktion in den Vordergrund und die Zuerkennung des Schmerzensgeldes entfaltet auch präventive Wirkung.

Die Kammer hält ein Schmerzensgeld in Höhe von 6 Monatsgehältern für angemessen.

Mitgeteilt von RA Klaus Bertelsmann, Hamburg

### Urteil

BSG, § 54 Abs. 5 SGG, Art. 19 Abs. 4 GG  
Abtreibung auf Krankenschein

*Der Einzelne, der eine bestimmte Verwendung öffentlicher Mittel für rechtswidrig hält, kann weder aus seinen Grundrechten noch aus dem Mitgliedschaftsverhältnis in der gesetzlichen Krankenversicherung als einem öffentlich-rechtlichen Zwangsverband einen Anspruch auf Unterlassung der Mittelverwendung der Kasse herleiten.*

*Der Einzelne hat keine Möglichkeit, im Klagewege die rechtswidrige Ausgabenverwendung zu verhindern. Die Kontrolle hierüber obliegt nicht dem einzelnen Mitglied, sondern allein den Selbstverwaltungsorganen und Aufsichtsbehörden der Versicherungsträger.*

Urteil des BSG vom 24.9.1986 - 8 RK 8/85 -

### Anmerkung der Redaktion:

Das Urteil erging auf die Sprungrevision der Klägerin, deren Klage durch das SG Dortmund mit den vom BVerfG vorgegebenen Gründen abgewiesen worden war. Das SG Dortmund hatte Ende 1981 die Sache dem BVerfG mit der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit der §§ 200 f, g RVO vorgelegt (Beschluß des SG Dortmund in: FamRZ 1982, Heft 10, 1011; Anmerkung von Dagmar Oberlies in: STREIT 1/83, 3 ff.). Das BVerfG hatte mit Beschluß vom 18.4.1984 (in: STREIT 3/84, 99 mit Anmerkung von Dagmar Oberlies) festgestellt, daß der Klägerin ein Recht auf abstrakte Normkontrolle nicht zustehe und daß sie aus § 54 Abs. 5 SGG nicht auf eine bestimmte Verwendung der Mittel der Krankenkassen klagen könne. Zum gleichen Ergebnis kam das Bayr. LSG im Urteil vom 26.1.1983 (in: STREIT 2/83, 25).

**Urteil**

BSG, § 550 RVO

**Untypischer Wegeunfall**

*Wenn eine Mutter ihre Kinder in fremde Obhut gibt, um sich ein für ihre berufliche Tätigkeit dringender erforderliches Schlafen zu ermöglichen, steht sie, wenn sie auf dem Weg zur Arbeitsstätte ihre Kinder abholt, unter Versicherungsschutz.*

Urteil des BSG vom 26.3.1986, - 2 RU 7/85 -

Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin betrieb gemeinsam mit ihrem Ehemann eine Gaststätte, die seit April 1981 von 9.00 Uhr morgens bis ca. 1.00 Uhr nachts geöffnet war. Am 13. Oktober 1982 verließ sie gegen 18.00 Uhr die Wohnung, um mit dem PKW zur Gaststätte zu fahren. Ihr Ehemann sollte die Kinder auf seinem Heimweg zur Wohnung mitnehmen. Am Nachmittag hatte die Klägerin von der Wohnung aus die Kinder gegen 14.00 oder 15.00 Uhr auf den bis 19.00 Uhr geöffneten Spielplatz gebracht, der vom Bund Deutscher Pfadfinder unterhalten und pädagogisch betreut wurde. Der Spielplatz ist eingezäunt und mit einem Haus bebaut, zu dem vom Straßeneingang aus ein befestigter Weg führt. Auf dem Weg vom Straßentor zum Haus, in dem sich die Kinder aufhielten, rutschte die Klägerin aus und stürzte; dabei erlitt sie einen Bruch des linken Unterschenkels.

Die Beklagte lehnte eine Entschädigung ab, da die Klägerin ihre Kinder nicht wegen ihrer beruflichen Tätigkeit in fremde Obhut habe geben müssen. Das Sozialgericht Berlin hat die auf Gewährung von Verletztengeld und Verletztenrente gerichtete Klage abgewiesen.

Das Landessozialgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Zur Begründung hat es u.a. ausgeführt: Nach Sinn und Zweck des § 550 Abs. 2 Nr. 1 RVO müsse das Kind auf dem Weg des Versicherten von der Wohnung zum Ort der Tätigkeit in fremde Obhut gebracht oder auf dem Rückweg vom Ort der Tätigkeit aus der fremden Obhut abgeholt worden sein, weil die Eltern wegen berufsbedingter Abwesenheit das Kind in der Wohnung nicht betreuen konnten. Hier sei es gerade umgekehrt gewesen.

Es sei unerheblich, daß die Klägerin im allgemeinen einen Teil der Zeit, die sie in der Wohnung verbracht habe, für den Betrieb der Gastwirtschaft gearbeitet, z.B. Wäsche für die Gastwirtschaft gewaschen habe. Am Unfalltag habe die Klägerin während der Abwesenheit der Kinder solche Arbeiten nicht verrichtet, sondern geschlafen. Selbst wenn man – entgegen der Auffassung des LSG – die Wohnung wegen der dort auch für die Gastwirtschaft verrichteten Tätigkeiten als getrennten Teil des Gaststättenbetriebs ansehen könnte, würde dies am Ergebnis nichts ändern, weil ein Weg zwischen zwei Betriebsteilen als Betriebsweg zu beurteilen sei, für den § 550 RVO nicht gelte.

II.

Die Revision der Klägerin ist begründet. Der Unfall der gemäß § 543 RVO i.V.m. der Satzung der Beklagten als selbständige Gastwirtin und damit als Unternehmerin gegen Arbeitsunfall versicherten Klägerin war ein Arbeitsunfall.

Als Arbeitsunfall (§ 548 RVO) gilt u.a. ein mit der Tätigkeit einer – wie hier – gemäß § 543 RVO versicherten Unternehmerin zusammenhängender Weg nach dem Ort der Tätigkeit (§ 550 Abs. 1 RVO). Auf einem solchen Weg befand die Klägerin sich, als sie am 13. Oktober 1982 gegen 18.00 Uhr ihre Wohnung verließ, um zur Gaststätte – dem Ort ihrer Tä-

tigkeit – zu fahren und dort ihre betriebliche Tätigkeit aufzunehmen. Den Unfall erlitt die Klägerin zwar auf dem Grundstück des unmittelbar am Weg zur Gaststätte gelegenen Abenteuerspielplatzes, wo sie ihre am Nachmittag zur Betreuung untergebrachten Kinder abholen wollte. Sie war damit von dem unmittelbaren Weg nach dem Ort der Tätigkeit abgewichen. Nach § 550 Abs. 2 Nr. 1 RVO ist jedoch die Versicherung nicht ausgeschlossen, wenn die Versicherte von dem unmittelbaren Weg zwischen der Wohnung und dem Ort der Tätigkeit abweicht, weil ihr Kind (§ 583 Abs. 5), das mit ihr in einem Haushalt lebt, wegen ihrer oder ihres Ehegatten beruflicher Tätigkeit fremder Obhut anvertraut wird. Entgegen der vom SG und vom LSG geteilten Auffassung der Beklagten sind die Voraussetzungen dieser Vorschrift für das Fortbestehen des Versicherungsschutzes während des Abweichens vom unmittelbaren Weg zum Ort der Tätigkeit hier gegeben.

Die damals 5 und 7 Jahre alten Kinder der Klägerin, die mit ihr in einem Haushalt lebten, wurden im Haus des Abenteuerspielplatzes nach den Feststellungen des LSG betreut. Sie waren somit fremder Obhut anvertraut (s. Brackmann, RVO, S. 486w,x). § 550 Abs. 2 Nr. 1 RVO setzt außerdem voraus, daß die Kinder der fremden Obhut wegen der beruflichen Tätigkeit der Klägerin oder ihres Ehegatten anvertraut waren. Diese unter den Beteiligten streitige Frage ist nach der Auffassung des Senats ebenfalls zu bejahen, wobei hier dahingestellt bleiben kann, wie zu entscheiden gewesen wäre, wenn nur einer der Ehegatten berufstätig gewesen wäre.

Das LSG hat festgestellt, daß die Klägerin am Unfalltag – wie auch sonst an Tagen, an denen sie abends die Nachtschicht antreten mußte – die Kinder nach dem Mittagessen von der Wohnung zum Spielplatz brachte, um anschließend im Hinblick auf die Nachtschicht in der Wohnung ungestört schlafen zu können. Da die Klägerin überdies schon eine Nachtschicht hinter sich hatte – bei einer Öffnungszeit der Gaststätte bis etwa 1.00 Uhr – und deshalb wegen der morgendlichen Vorbereitung ihrer Kinder für den Besuch der Schule bzw. Vorschule nur wenig Schlaf gefunden hatte, hat das LSG insoweit festgestellt, daß ein „durch das Erfordernis des Schlafens vermittelter Ursachenzusammenhang zwischen dem Aufenthalt der Kinder auf dem Spielplatz und der Berufstätigkeit der Klägerin“ bestand (s. auch BSG, NJW 1983, 2286). Es hat aber zu Unrecht daraus nicht gefolgert, daß die Kinder wegen der beruflichen Tätigkeit der Klägerin und ihres Ehemannes zum Spielplatz gebracht und damit fremder Obhut anvertraut worden sind.

Entgegen der Auffassung des LSG setzt § 550 Abs. 2 Nr. 1 RVO nicht voraus, daß beide Elternteile dem Kind in der Wohnung die erforderliche Betreuung deshalb nicht gewähren können, weil sie aus beruflichen Gründen gleichzeitig von der Wohnung abwesend sind (s. Brackmann, a.a.O., S. 486x). Ent-

scheidend ist vielmehr der Grund für die Unterbringung des Kindes, der sowohl in der beruflichen Tätigkeit der Versicherten wie auch ihres Ehegatten liegen kann. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Erweiterung des Versicherungsschutzes durch Einfügung des § 550 Abs. 2 Nr. 1 RVO (§ 550 Satz 2 RVO a.F.). Der Gesetzgeber ist davon ausgegangen, daß die Wirtschaft mehr und mehr auch auf die Mitarbeit von Frauen angewiesen sei, die nur berufstätig sein könnten, wenn ihre Kinder während der Arbeit versorgt seien (s. BT-Drs. VI/1333, S. 2).

Der Ehemann der Klägerin konnte wegen seiner beruflichen Tätigkeit in der Gaststätte und der dadurch bedingten Abwesenheit von der Wohnung die Betreuung der Kinder, um der Klägerin ein für deren berufliche Tätigkeit erforderliches ungestörtes Schlafen zu ermöglichen, nicht übernehmen. Der Klägerin blieb somit nur die Wahl, die Kinder in der Wohnung zu behalten und dadurch den notwendigen Schlaf zu gefährden, sie unbeaufsichtigt zu lassen oder – den gegebenen Verhältnissen angemessen – fremder Obhut zu übergeben. Der Anlaß, ihre Kinder fremder Obhut anzuvertrauen, lag für die Klägerin somit darin, daß ihre eigene berufliche Tätigkeit ein ungestörtes Schlafen erforderte und ihr Ehemann, um ihr dies zu ermöglichen, wegen seiner beruflichen Tätigkeit die Betreuung der Kinder zu Hause nicht übernehmen konnte. Die Kinder waren somit wegen der beruflichen Tätigkeit der Klägerin und ihres Ehemannes fremder Obhut anvertraut.

Dem Versicherungsschutz der Klägerin steht auch nicht, wie das LSG meint, entgegen, daß sie ihr Kind auf dem Weg zum Ort der Tätigkeit nicht fremder Obhut anvertraut, sondern es aus fremder Obhut abgeholt hat. In der Begründung zum Entwurf des § 550 Satz 2 RVO i.d.F. des Gesetzes vom 18. März 1971 - BGBl I 237 - (jetzt § 550 Abs. 2 Nr. 1 RVO i.d.F. des Gesetzes vom 1.4.1974 - BGBl I 821 - ) ist zwar u.a. ausgeführt, der Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit werde unterstellt, wenn der Vater oder die Mutter das Kind in Verbindung mit dem Weg zur Arbeitsstätte fortbringe oder es auf dem Rückweg abhole (BT-Drs. a.a.O., S. 2 zu § 2 Nr. 1 des Entwurfs). Erkennbar ist damit jedoch nur auf den Regelfall abgestellt, während nach dem zugrunde liegenden, Gesetz gewordenen Wortlaut wie auch nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch der hier gegebene Sachverhalt erfaßt ist, daß während der arbeitsfreien Zeit der Versicherten wegen deren und ihres Ehegatten beruflicher Tätigkeit fremder Obhut anvertraute Kinder von der Versicherten auf dem Weg zum Ort der Tätigkeit abgeholt werden, damit sie der an der gemeinsamen Arbeitsstätte tätige Ehegatte nach Beendigung seiner Arbeitszeit nach Hause bringt. Die Klägerin stand danach im Unfallzeitpunkt unter Versicherungsschutz.

### Urteil

SG Hamb., §§ 1 I Nr. 1 BErzGG, 30 III SGBI  
Erziehungsgeld für Asylbewerberinnen

*Im Hinblick auf die heute übliche Dauer des Asylverfahrens erscheint es trotz der noch ungewissen Rechtslage des Asylbewerbers regelmäßig ausgeschlossen, seinen Aufenthalt als nur vorübergehend anzusehen.*

*Asylbewerberinnen haben daher in der Regel ihren gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BErzGG, 30 Abs. 3 SGB I in der Bundesrepublik Deutschland.*

Urteil des SG Hamburg vom 8.8.1986, - 5 EG 2/86 - n.rk.

Aus dem Sachverhalt:

Die Beteiligten streiten über den Anspruch der Klägerin auf Erziehungsgeld.

Die Klägerin ist, ebenso wie ihr Ehemann, Staatsangehörige von Sri Lanka. Beide gehören der tamilischen Bevölkerungsgruppe an, reisten im Juni 1985 in die Bundesrepublik Deutschland ein und beantragten am 11.6.1985 Asyl mit der Begründung, sie seien durch die singhalesische Bevölkerungsmehrheit auf Sri Lanka verfolgt worden. Über den Asylantrag ist noch nicht entschieden.

Am 3.1.1986 gebar die Klägerin das Kind Shobana. Am 13.2.1986 beantragte sie Erziehungsgeld. Die Beklagte lehnte diesen Antrag mit der Begründung ab, die Klägerin habe als Asylbewerberin in der Bundesrepublik Deutschland weder Wohnsitz noch gewöhnlichen Aufenthalt. Das aber werde nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 Bundeserziehungsgeldgesetz gefordert. Den dagegen erhobenen Widerspruch wies die Beklagte als unbegründet zurück.

Die Klägerin hat am 23.5.1986 Klage erhoben. Sie trägt vor: Die Freie und Hansestadt Hamburg gewähre zur Zeit tamilischen Volkszugehörigen nach bestandskräftiger Ablehnung ihrer Asylanträge ein Aufenthaltsrecht für zwei Jahre in Form einer Duldung und anschließend eine Aufenthaltserlaubnis, da aus humanitären Gründen eine Rückkehr nach Sri Lanka nicht durchgesetzt werden solle. Schon aus diesem Grunde sei seit 1985 offensichtlich, daß die Familie der Klägerin die Bundesrepublik Deutschland in absehbarer Zeit nicht verlassen werde. Von einer nur vorübergehenden Aufenthaltsnahme zum Zwecke des Asylantrages könne also nicht die Rede sein.

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes - Kindergeldsenat - zum fehlenden gewöhnlichen Aufenthalt von Asylbewerbern beruhe auf Besonderheiten des Kindergeldrechtes und stehe im Gegensatz zur Rechtsprechung der Krankenversicherungssenate des BSG, die Asylbewerbern angesichts der heute üblichen Dauer des Asylverfahrens einen gewöhnlichen Aufenthalt zugebilligt hätten.

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen. Nach ihrer Auffassung gelten die Überlegungen des Kindergeldsenates des BSG auch für das Erziehungsgeld.

Entscheidungsgründe:

Entgegen der Ansicht der Beklagten hält die Klägerin sich in der Bundesrepublik Deutschland nicht nur vorübergehend, sondern im Sinne der §§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BErzGG, 30 Abs. 3 des Ersten Buches zum Sozialgesetzbuch (SGB I) gewöhnlich auf.

Die Beklagte könnte sich für ihre Ansicht auf die Rechtsprechung des Kindergeldsenates des BSG zum gewöhnlichen Aufenthalt von Asylbewerbern berufen (vgl. Urteil vom 15.6.1982 - 10 RKg 26/81 - BSGE 53, 294, 295). Danach ist der nur für die zeitlich ungewisse Dauer des Asylverfahrens rechtlich gesicherte Aufenthalt kein gewöhnlicher Aufenthalt im Sinne des § 1 Nr. 1 des Bundeskindergeldgesetzes. Die Kammer folgt indes dieser Rechtsprechung nicht (vgl. zum Kindergeld: Urteile vom 1.3.1985 - 5 KG 123/85 -, - 5 KG 42/86 -).

Der Kindergeldsenat des BSG hat seine Ansicht im wesentlichen mit einem Rückgriff auf den Sinn des staatlich gewährten Kindergeldes begründet. Deswegen hat er darin gesehen, denjenigen zu entlasten, der im Gebiet der Bundesrepublik Deutschland ein Kind aufzieht und dadurch einen Beitrag zur künftigen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Existenz der Gesellschaft in diesem Staat leistet. Kinder von Asylbewerbern ließen erst dann einen Beitrag zur künftigen politischen, wirtschaftlichen und sozialen Existenz der Gesellschaft in der Bundesrepublik Deutschland erwarten, wenn der asylsuchende Elternteil nach Anerkennung als Asylberechtigter sich zeitlich unbegrenzt hier aufhalten dürfe.

Diese Ansicht dürfte verfehlt sein. Das Kindergeld ist schlicht ein Beitrag zum Familienlastenausgleich (vgl. BVerfG, Urteile vom 10.5.1960 - 1 BvR 190 u.a./58 - BVerfGE 11, 105 (115) und vom 11.7.1967 - 1 BvL 23/64 - BVerfGE 22, 163 (168)). Darauf kommt es hier aber nicht an, weil Erziehungsgeld die Betreuung und Erziehung eines Kindes in der ersten Lebensphase fördern soll, während derer es besonders wichtig ist, daß die Mutter oder der Vater in dieser Zeit für das Kind da sein können. Mit dem Erziehungsgeld wird die Erziehungsleistung der Familie anerkannt. Da das Erziehungsgeld ergänzend zu anderen Sozialleistungen gewährt und auf diese nicht angerechnet wird, erleichtert es schwangeren Frauen, die sich aus wirtschaftlichen Gründen in einer Konfliktsituation befinden, die Entscheidung für das Kind (vgl. Deutscher Bundestag, Drs. 10/3792, S. 13). Die Argumentation mit dem Sinn der staatlichen Sozialleistung Kindergeld läßt sich mithin auf das Erziehungsgeld nicht übertragen.

Entscheidend für die Kritik der Kammer an dem Urteil des Kindergeldsenates vom 15.6.1982 ist aber die Vernachlässigung des in § 30 Abs. 3 SGB I

beschriebenen Begriffes des gewöhnlichen Aufenthaltes (vgl. dazu jetzt auch Wickenhagen/Krebs (Seewald/Schreiber), Bundeskindergeldgesetz, Stand Juni 1986, § 1 BKGG, Rz. 23; Wollenschläger/Krebel, Anmerkung zum Urteil des BSG vom 28.6.1984 - 3 RK 27/83 - SGB 1986, 117, 121 f.). Wie der Kindergeldsenat selbst in der Entscheidung vom 17.12.1981 - 10 RKg 12/81 - (BSGE 53, 49 (52)) ausgeführt hat, werden die im BKGG verwendeten Begriffe „Wohnsitz“ und „gewöhnlicher Aufenthalt“ in § 30 Abs. 3 SGB I auch für das Kindergeldrecht definiert (vgl. dazu auch: von Maydell, in Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch - AT -, § 30 SGB I, Rz. 49; Wannagat/Rüfner, SGB, Stand 1983, § 30 SGB I Rz. 15; Brackmann, Der persönliche und räumliche Geltungsbereich nach dem Sozialgesetzbuch - AT -, BG 1977, 173 (175)). Dasselbe gilt für das Erziehungsgeld. Die Materialien beziehen sich ausdrücklich auf § 30 SGB I (Deutscher Bundestag, a.a.O., S. 14).

Unter gewöhnlichem Aufenthalt versteht das Sozialrecht danach im Unterschied zum vorübergehenden Aufenthalt ein tatsächliches Verweilen von Dauer und Regelmäßigkeit in einem Gebiet. Im Hinblick auf die heute übliche Dauer des Asylverfahrens erscheint es aber trotz der noch ungewissen Rechtslage des Asylbewerbers regelmäßig ausgeschlossen, seinen Aufenthalt als nur vorübergehend anzusehen. Selbst rechtskräftig abgelehnte Asylbewerber werden nach Abschluß eines unter Umständen langjährigen Anerkennungsverfahrens nur etwa zu 30% in ihre Heimatländer abgeschoben (vgl. Hamburger Abendblatt vom 15.7.1986; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 16., 18. und 24. 7.1986; Die Zeit vom 25.7.1986).

Es mag dem gewöhnlichen Aufenthalt entgegen stehen, wenn der Ausländer sich nach den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen nur auf eine kurze Verweildauer einrichten kann, eine erst nach mehreren Jahren zu befürchtende Möglichkeit, daß der Aufenthalt enden muß, macht das Verweilen aber nicht zu einem Vorübergehenden (BSG, Urteil vom 28.6.1984 - 3 RK 27/83 -). Außer dem eben zitierten dritten Senat des BSG hat auch dessen achter Senat in seiner Entscheidung vom 23.10.1984 - 8 RK 12/84 - in dem Status als Asylbewerber kein Hindernis gesehen, einen vom gewöhnlichen Aufenthalt des Asylbewerbers in der BRD abhängigen Anspruch auf Familienhilfe zu bejahen.

Die Klägerin hält sich bereits seit mehr als einem Jahr in der BRD auf. Es spricht alles dafür, daß auch hier das Asylverfahren bis zu seinem rechtskräftigen Abschluß nach lange Zeit in Anspruch nehmen wird. Gleichgültig vom Ausgang des Asylverfahrens kann die Klägerin überdies damit rechnen, nicht in ihre Heimat abgeschoben zu werden. Die Klägerin hat ihren gewöhnlichen Aufenthalt somit in der Bundesrepublik Deutschland. Der Klage war somit stattzugeben.

Mitgeteilt von RA Hartmut Jacobi, Hamburg

**Urteil**

LG Darmstadt, §§ 951, 812 BGB

**Bereicherungsanspruch gegen Schwiegervater**

*Bauen Eheleute auf dem Grundstück des Schwiegervaters für sich ein Wohnhaus und wird mit Rücksicht auf das zugesagte Wohnrecht der Eheleute eine Eigentumsübertragung nicht vorgenommen, so entsteht für die Ehefrau mit Rechtskraft der Scheidung ein selbständiger Bereicherungsanspruch gegen den Schwiegervater.*

*Zahlt der Schwiegervater während bestehender Ehe auf einen auf beide Eheleute lautenden Bausparvertrag, liegt hierin eine Schenkung an beide Ehegatten.*

Urteil des LG Darmstadt vom 9.7.1986 - 9 O 635/85 -, n.r.k.

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin und der Sohn des Beklagten waren miteinander verheiratet. Ihre 1976 eingegangene Ehe ist seit 1985 rechtskräftig geschieden. Während der Ehe stellte der Beklagte der Klägerin und seinem Sohn das in seinem Alleineigentum stehende Grundstück unentgeltlich zur Verfügung, auf dem diese ein Einfamilienhaus für sich erstellen wollten. Eine Eigentumsumschreibung des Grundstücks ist im Hinblick auf ein den Eheleuten jun. zugesagtes Wohn- und späteres Erbrecht nicht erfolgt.

Die Klägerin und ihr geschiedener Ehemann führten in der Folgezeit auch Baumaßnahmen auf dem vorbezeichneten Grundstück durch. Zu deren Finanzierung verwendeten sie u.a. zwei auf ihren Namen lautende Bausparverträge bei der LBS Hessen, von denen der eine ein Guthaben von DM 14.360,29 und der andere ein Guthaben in Höhe von DM 19.485,33 aufwies. Mit der Klage nimmt die Klägerin den Beklagten auf Zahlung von DM 15.000 in Anspruch.

Aus den Gründen:

Der Beklagte ist unter dem Gesichtspunkt ungerichtlich bereicherter Bereicherung zur Zahlung der von der Klägerin geltend gemachten DM 15.000 verpflichtet (§ 812 BGB). Daß die Klägerin und der Sohn des Beklagten während des Bestehens ihrer Ehe Baumaßnahmen auf dem ihnen vom Beklagten zur Verfügung gestellten Grundstück vorgenommen haben, ist unstrittig. So räumt der Beklagte selbst ein, daß die Garagentore und die Fenster des Gebäudes erst nach Eheschließung angeschafft und eingebaut wurden und auch der Anbau errichtet worden ist. Um diese Werterhöhung ist der Beklagte zunächst einmal bereichert, und zwar auf Grund Leistung der Klägerin und deren geschiedenen Ehemannes.

Der Rechtsgrund für diese Bereicherung des Beklagten war die zwischen der Klägerin und seinem Sohn bestehende Ehe und die in diesem Rahmen getroffene Vereinbarung zwischen den „jungen Leuten“ und dem Beklagten, wonach erstere auf dem Grundstück des Vaters bzw. Schwiegervaters für sich ein Haus errichten sollten. Diese Rechtsgrundlage ist mit Auflösung der Ehe aber jedenfalls im Verhältnis der Klägerin zum Beklagten weggefallen. Damit sind die Voraussetzungen eines Bereicherungsanspruches der Klägerin gegenüber dem Beklagten dem Grunde nach gegeben.

Aber auch bezüglich der Höhe ist der Klageanspruch gerechtfertigt. Aufgrund des insoweit unwi-

dersprochen gebliebenen Vortrags der Klägerin steht nämlich fest, daß die beiden Bausparverträge bei der LBS Hessen in vollem Umfang zur Finanzierung der während des Bestehens der Ehe durchgeführten Baumaßnahmen verwendet wurden. Daraus ist zu schließen, daß sich der Wert des Grundstücks des Beklagten mindestens in gleichem Umfang erhöht hat.

Der Einwand des Beklagten, die Bausparverträge seien ausschließlich von ihm angespart worden, so daß die fraglichen Baumaßnahmen nicht als von der Klägerin und ihrem geschiedenen Ehemann, sondern von ihm, dem Beklagten, finanziert anzusehen seien, geht fehl. In den Einzahlungen des Beklagten auf die auf den Namen der Eheleute jun. lautenden Bausparverträge ist nämlich mangels anderweitiger Bestimmung eine Schenkung des Beklagten an seinen Sohn und an die Klägerin zu sehen. Die entsprechenden Beträge sind also zunächst in das gemeinsame Vermögen der Klägerin und ihres geschiedenen Ehemannes gelangt und erst von da aus zur Finanzierung der den Beklagten bereichernden Baumaßnahmen verwandt worden. Da bezüglich der eingezahlten Bausparguthaben eine Schenkung an die Klägerin zu sehen ist, steht dem Beklagten insoweit gegenüber der Klägerin auch kein - anteiliger - Rückübertragungsanspruch zu.

Mitgeteilt von RAin Barbara Schoen, Darmstadt

*Anmerkung der Redaktion:*

*Frauen sind so darauf eingestellt, daß sich ihre Arbeit nicht in Geld bzw. ihnen selbst gehörenden Vermögenswerten vergegenständlicht, daß sie selten daran denken, sich für den Fall der Scheidung rechtlich abzusichern. Erstrecht halten sie es für überflüssig, während bestehender Ehe eigene Rechtspositionen einzunehmen (z.B. Miteigentum). Es ist deswegen im Gesetz der Anspruch auf Zugewinnausgleich geschaffen worden. Dieser greift jedoch ins Leere, wenn während der Ehe nicht das Vermögen des Ehemannes vergrößert wurde, sondern das der Schwiegereltern. Mit dem Abdruck des vorstehenden Urteils, wollen wir Frauen ermutigen, ihre Ansprüche notfalls mit Hilfskonstruktionen durchzusetzen.*

**Urteil**

Hans-OLG-Bremen, § 1610 Abs. 2 BGB

**Ausbildung auf Umwegen**

*In gewissem Umfang sind auch Umwege, auf denen das endgültige Berufsziel erreicht wird, zur Ausbildung zu rechnen.*

Urteil des Hans-OLG-Bremen vom 20.2.86, - 3 UF 69/85 -

Zum Sachverhalt:

Die Klägerin ist Studentin der Rechtswissenschaften. Sie verlangt von ihrem Vater Ausbildungsunterhalt für die Dauer des Jurastudiums als „angemessene Vorbildung zu einem Beruf“. Sie hatte wegen erheblicher Schwierigkeiten in der Schule, die nicht zuletzt auf familiäre Konflikte zurückzuführen waren, nach der 12. Klasse das Gymnasium verlassen, hatte ein Praktikum zur Erlangung der Fachhochschulreife absolviert, an der Fachhochschule Betriebswirtschaft bis zum Vordiplom und Erlangung der Hochschulreife studiert und dann das Jurastudium aufgenommen.

Das Amtsgericht gab der Klage der Studentin statt. Die Berufung des beklagten Vaters wurde im wesentlichen zurückgewiesen, bis auf die vom Berufungsgericht vorgenom-

mene Anrechnung der darlehnsweise gewährten BAföG-Leistungen an die Klägerin in geringer Höhe.

Aus den Gründen:

Soweit der Beklagte sich dagegen wendet, der Klägerin überhaupt Unterhalt leisten zu müssen, hat seine Berufung keinen Erfolg. Das Familiengericht hat mit Recht festgestellt, daß das von der Klägerin betriebene Studium der Rechtswissenschaften eine „angemessene Vorbildung zu einem Beruf“ (§ 1610 Abs. 2 BGB) darstellt. Die Klägerin ist nach ihrer Begabung für ein rechtswissenschaftliches Studium geeignet und zeigt auch die erforderliche Leistungsbereitschaft.

Der Feststellung, daß die persönlichen Anlagen der Klägerin durch das Studium der Betriebswirtschaft an der Fachhochschule nicht voll ausgeschöpft worden sind, bedarf es entgegen der Ansicht des Beklagten nicht. Eine solche Feststellung ist nämlich lediglich die Voraussetzung für die Verpflichtung der Eltern zur Übernahme der Kosten einer „Weiterbildung“ nach abgeschlossener Ausbildung.

Es kann auch dahingestellt bleiben, ob im Abbruch des Studiums der Betriebswirtschaft an der Hochschule Bremen und der Aufnahme des Studiums der Rechtswissenschaften an der Universität Bremen ein „Wechsel des Ausbildungsziels“ liegt oder ob die Erlangung des Vordiploms im Studiengang Betriebswirtschaft an der Fachhochschule, wie von der Klägerin behauptet, lediglich eine Stufe eines einheitlichen Ausbildungsganges war. Denn in gewissem Umfang sind auch Umwege, auf denen das endgültige Berufsziel erreicht wird, zur Ausbildung zu rechnen. Daher ist bei Vorliegen eines vernünftigen Grundes und in gewissen Grenzen ein Wechsel des Ausbildungsziels ohne Einfluß auf die Kostentragungspflicht der Eltern (vgl. Palandt-Diederichsen, BGB 45. Aufl., § 1610 Anm. 4a ff. m.w.N.).

Gleiches muß gelten, wenn der Umweg nicht zu einer – gegenüber der berufsspezifischen Normalbelastung – erweiterten Kostenbelastung der Eltern führt. Das ist hier der Fall. Der Beklagte braucht der Klägerin das im Wintersemester 1984/85 begonnene Studium der Rechtswissenschaften lediglich bis zum Ende des Sommersemesters 1988 zu finanzieren, da die Klägerin vom 9. Semester an ein Rechtspraktikantengehalt von mindestens DM 1.000,- monatlich erhält, mit dem sie ihren Unterhaltsbedarf in vollem Umfang selbst decken kann.

Bis zu diesem Zeitpunkt hätte der Beklagte der Klägerin aber auch dann Unterhalt zahlen müssen, wenn die Klägerin zur Erreichung ihres Berufszieles keine Umwege gemacht hätte. Auf Grund ihrer schlechten Leistungen in der zweiten Hälfte der Jahrgangsstufe 12 hätte die Klägerin nämlich ein Schuljahr wiederholen müssen und ihr Abitur erst im Sommer 1982 machen können. Hätte die Klägerin nach dem Abitur im Wintersemester 1982/83 ein juristisches Studium begonnen, hätte sie bei durchschnittlicher Studien- und Examensdauer bis zum Abschluß des ersten juristischen Staatsexamens drei-

zehn Semester benötigt (vgl. dazu OLG Hamm, MDR 1986, 147, 148) und daher bis zum Ende des Wintersemesters 1988/89 Unterhalt vom Beklagten verlangen können. Da der von der Klägerin zur Erreichung ihres Ausbildungszieles eingeschlagene Umweg somit nicht zu einer Mehrbelastung des Beklagten geführt hat, kommt es auf die – vom Familiengericht bejahte – Frage, ob dieser Umweg (auch) vom Beklagten zu vertreten ist, nicht an.

Mitgeteilt von RAin Jutta Bahr-Jendges, Bremen

### Beschluß

OLG Hamburg, §§ 323 III, 91 ZPO

### Kostenlast bei Unterhaltstiteln

*Wenn ein Unterhaltspflichtiger trotz Abmahnung den Unterhaltsbetrag nicht erhöht, so gibt er damit Anlaß zur Erhebung der Abänderungsklage. Er hat – auch wenn er den Anspruch im Termin zur mündlichen Verhandlung gleich anerkennt – die Kosten des Verfahrens zu tragen.*

Beschluß des OLG Hamburg v. 14.7.86, - 15 WF 117/86 U -

Aus den Gründen:

Die in erster Instanz entstandenen Kosten des Rechtsstreits sind dem Beklagten aufzuerlegen, soweit er aufgrund seines Anerkenntnisses unterlegen ist (§ 91 Abs. 1 ZPO). Die Voraussetzungen des § 93 ZPO liegen nicht vor. Allerdings hat der Beklagte den Klageanspruch sofort anerkannt. Er hat jedoch durch sein Verhalten Anlaß zur Klageerhebung gegeben.

Der Beklagte räumt ein, das Aufforderungsschreiben der Klägervertreterin vom 3. Februar 1986 nach seiner Rückkehr aus Afrika am 11. März 1986 vorgefunden zu haben und bestreitet auch nicht, daß ihm das weitere Aufforderungsschreiben vom 11. März 86 zugegangen ist. Gleichwohl haben die Kläger bis zur Einreichung ihrer Abänderungsklage den von ihnen geforderten erhöhten Unterhalt nicht erhalten. Vielmehr ist die erste erhöhte Unterhaltszahlung im Mai 1986 erfolgt.

Unter diesen Umständen hatten die Kläger allen Anlaß, nach Ablauf der mit Schreiben vom 11.3.86 nochmals gesetzten Frist ihre Abänderungsklage einzureichen, und zwar um so mehr deshalb, weil der abzuändernde Titel ein Urteil war, so daß die Unterhaltserhöhung im Klagewege frühestens für die Zeit ab Klagezustellung zu erreichen war (§ 323 III ZPO).

Der Umstand, daß aus prozeßrechtlichen Gründen eine Abänderung eines Unterhaltsurteils erst für die Zeit nach Klagezustellung zulässig ist, berührt die Frage, ob der Beklagte zur Klageerhebung Anlaß gegeben hat, nicht. Vielmehr reicht es hierzu aus, daß der Beklagte innerhalb der ihm gesetzten Frist dem berechtigten Verlangen nach Unterhaltserhöhung nicht nachgekommen ist.

Mitgeteilt von RAin Claudia Walz, Hamburg

### Beschluß

AG Bremen, §§ 33 FGG, 1634 BGB

### Zwangsgeld bei Umgangsrechtsverweigerung

*Die Verhängung eines Zwangsgeldes als Zwangsmittel im Verfahren auf Regelung des Umgangsrechts verfolgt nicht das Ziel, vergangenes Fehlverhalten zu ahnden.*

Beschluß des AG Bremen vom 10.7.86, - 67 F 217/85 -

Zum Sachverhalt:

Der nicht sorgeberechtigte Kindesvater beantragte gegen die sorgeberechtigte Kindesmutter ein „Ordnungsgeld“ sowie Festsetzung eines entsprechenden Zwangsgeldes gegen die Kindesmutter, weil diese, entgegen einer zu Protokoll des Gerichts gegebenen Besuchsrechtsvereinbarung das Kind am Wochenende nicht herausgegeben hatte. Das Gericht lehnte den Antrag des Kindesvaters auf Festsetzung eines Zwangsmittels gegen die Kindesmutter sowie auf Bewilligung von Prozeßkostenhilfe hierfür ab.

Aus den Gründen:

Soweit der Kindesvater eine Bestrafung der Kindesmutter beantragt (Schriftsatz vom 8.7.86), verkennt er, daß dies grundsätzlich eine Straftat voraussetzt und eine solche hier nicht ersichtlich ist.

Auch für das im Schriftsatz vom 29.5.86 beantragte Ordnungsgeld, das gleichfalls einen repressiven Charakter hat, fehlt es an einer Rechtsgrundlage. Als Zwangsmittel ist im Verfahren auf Regelung des Umgangsrechts nur die Verhängung eines Zwangsgeldes gem. § 33 FGG zulässig. Damit wird jedoch nicht das Ziel verfolgt, vergangenes Fehlverhalten zu ahnden, sondern darauf hinzuwirken, daß das Umgangsrecht in Zukunft eingehalten wird. Auch die Verhängung eines Zwangsgeldes setzt zumindest voraus, daß alle anderen Möglichkeiten, und das heißt in erster Linie Überzeugungsarbeit und Versuch einer gütlichen Einigung, gescheitert sind oder aussichtslos erscheinen.

Mitgeteilt von RAin Jutta Bahr-Jendges, Bremen

### Hinweis für Hamburg

### ÖRA-Vergleiche sind über PKH abrechenbar.

*Da der mit anwaltlicher Hilfe vor der öffentlichen Rechtsauskunfts- und Vergleichsstelle abgeschlossene und zur Gerichtsakte gereichte außergerichtliche Vergleich zu den normalen Tätigkeiten des Prozeßbevollmächtigten innerhalb des ersten Rechtszuges gehört, ist er von der Bewilligung der Prozeßkostenhilfe und der anwaltlichen Beiordnung gemäß § 122 Abs. 1 BRAGO umfaßt. Dies hat zur Folge, daß der beigeordnete Prozeßbevollmächtigte die für den Vergleichsabschluß verdiente Gebühr aus der Staatskasse vergütet erhalten muß.*

Beschlüsse des OLG Hamburg vom 8.7.1985 - 7 WF 75/85 - und vom 18.6.1986, - 7 WF 8/85 -

(zitiert nach HAV-Rundschreiben 12/86)

### Urteil

LG Berlin, §§ 12, 862, 1004 BGB, 22 KUG

### Schutz der Zeugin vor Sensationspresse

*Die Veröffentlichung eines Fotos, das die Zeugin eines Vergewaltigungsprozesses abbildet, verletzt – auch wenn es sich um einen sogenannten Sensationsprozeß handelt – das Persönlichkeitsrecht und das Grundrecht der vergewaltigten Frau auf Achtung ihrer Privatsphäre.*

*Die ohnehin für das Opfer von Verbrechen entstandenen Nachteile dürfen durch die Berichterstattung nicht verstärkt werden.*

Urteil des LG Berlin v. 19.3.84 - 27.0.328/84

Aus dem Sachverhalt:

Am 24.7.1984 veröffentlichte die Antragsgegnerin in der Berliner Ausgabe der Bild-Zeitung unter der Überschrift „Dr. med. Gisela – was der Stempel auf ihrem Schenkel bedeutet“ eine Fotografie der Antragstellerin mit ihrem veränderten Namen, wobei der Nachname mit dem Anfangsbuchstaben M abgekürzt worden ist. Der Artikel befasst sich mit einem Bericht über das Strafverfahren gegen zwei Ärzte der Universitäts-Frauenklinik, denen vorgeworfen wird, die Antragstellerin im Dezember 1983 sexuell genötigt und vergewaltigt zu haben. Die Hauptverhandlung gegen die Angeklagten endete am 12.9.1983 mit der Verkündung des Urteils.

Die Aufnahme ist ohne Einwilligung der Antragstellerin angefertigt und veröffentlicht worden. Die Antragstellerin forderte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.7.1984 auf, es zu unterlassen, Fotos von ihr zu veröffentlichen und zu verbreiten. Sie forderte unter Fristsetzung bis zum 1.8.1984 auf, eine Unterlassungserklärung abzugeben.

Sie beantragt:

*Die Antragsgegner haben es bei Vermeidung von Ordnungsgeld bis zu DM 500.000,- ersatzweise Ordnungshaft bis zu zwei Jahren oder Ordnungshaft bis zu zwei Jahren zu unterlassen, das in der Bild Berlin vom 24.7.84 in dem Artikel „Dr. med. Gisela – was der Stempel auf ihrem Schenkel bedeutet“ veröffentlichte Foto der Antragstellerin sowie weitere Bilder der Antragstellerin weiter zu verbreiten und zu veröffentlichen.*

Die Antragsgegner sind der Ansicht, bei der Antragstellerin handle es sich um eine relative Person der Zeitgeschichte, die eine nicht diskriminierende Veröffentlichung ihres Fotos nicht verhindern könne. Dadurch, daß es sich um einen besonders spektakulären Prozeß handele, sei auch das Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin stärker eingeschränkt, als es üblicherweise bei Zeugen in einem Strafverfahren und Verbrechensoffern der Fall sei. Das besondere Interesse der Öffentlichkeit erfordere ein weitergehendes Recht der Presse zur Veröffentlichung von Einzelheiten aus dem Leben dieser Zeugen.

Entscheidungsgründe:

Die Antragstellerin kann von den Antragsgegnern verlangen, daß diese die von ihr erlangte Fotografie nicht weiter verbreiten und veröffentlichen. Der Anspruch auf Unterlassung ergibt sich aus §§ 12, 862, 1004 BGB, 22 KUG. Auch das an sich nicht diskriminierende Foto der Antragstellerin darf ohne ihre Einwilligung nicht veröffentlicht werden, da bereits die Anfertigung und die Weitergabe der Aufnahme an die Antragsgegnerin einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin bedeutet.



Die Antragstellerin tritt in dem Strafverfahren als Zeugin und Nebenklägerin auf. Durch das Bekanntwerden der Gepflogenheiten in der Universitäts-Frauenklinik im Umgang des dort beschäftigten Personals miteinander ist das Interesse der Öffentlichkeit in besonders starkem Maße auf dort beschäftigte Personen gelenkt worden. Die mit ihrer Stellung im Prozeß verbundenen Mißhelligkeiten muß die Antragstellerin hinnehmen, nicht jedoch die von dritter Seite weiter verursachten Unannehmlichkeiten und Belästigungen, die durch eine Veröffentlichung der Fotografie veranlaßt werden.

Die Antragsgegner können sich zu ihrer Rechtsfertigung nicht auf § 23 Abs. 1 Ziff. 1 KUG berufen, um die Veröffentlichung als rechtmäßig erscheinen zu lassen. Zwar ist die Antragstellerin dadurch, daß sie als Zeugin und Nebenklägerin in einem Strafverfahren, das allgemein Aufsehen erregt hat, vernommen wird, zu einer relativen Person der Zeitgeschichte geworden, jedoch ist zu berücksichtigen, daß sie in die Zeugenstellung aufgrund einer an ihr begangenen strafbaren Handlung gedrängt worden ist. In derartigen Fällen wird das an sich bestehende Informationsrecht der Presse begrenzt durch das Grundrecht des Betroffenen auf Achtung seiner Privatsphäre und seines Persönlichkeitsrechts (OLG Frankfurt, AfP 1976, 181; OLG Hamburg, NJW 1975, 649 f.).

Allgemein gilt für die Gerichtsberichterstattung, daß die Presse nicht nur den unantastbaren, innersten Lebensbereich des Betroffenen zu berücksichtigen hat, sondern darüber hinaus das jeweilige Informationsinteresse zu messen ist an der Schutzwürdigkeit der Privatsphäre des Betroffenen (BVerfG, NJW 1973, 1226 (1230); OLG Frankfurt, a.a.O.). Schon der Angeklagte in einem Strafprozeß hat Anspruch auf Berücksichtigung seiner Privatsphäre und auf den Schutz vor Mitteilungen aus seiner Entwicklung, soweit dieses Recht nicht durch ein höherrangiges Recht auf Information der Öffentlichkeit überlagert ist. In noch stärkerem Maße wirkt sich der Schutz der Privatsphäre einer Person aus, die ohne ihren Willen in das Licht der Öffentlichkeit gezogen worden ist.

Der Maßstab für die Abwägung der Interessen findet sich in den gesetzlichen Regelungen der §§ 22 und 23 KUG. Das in § 23 Abs. 2 KUG genannte berechnete Interesse des Abgebildeten geht immer dann der Befugnis zur Veröffentlichung vor, wenn zu erwarten ist, daß nicht unerhebliche Beeinträchtigungen durch die Veröffentlichung zu erwarten sind.

Im vorliegenden Fall sind die durch den Strafprozeß in der Öffentlichkeit bekannt gewordenen Tatsachen mit sexuellem Bezug so kontrovers diskutiert worden, daß die Antragstellerin durch eine Veröffentlichung einer Fotografie von ihr einer weitergehenden Belästigung ausgesetzt ist, als es ohnehin schon durch die Berichterstattung über den Strafprozeß allgemein der Fall ist. Die Veröffent-

lichung des Bildes machte die Antragstellerin in näherer Weise kenntlich, als durch die Umschreibung ihrer Person mit einem veränderten Namen und die Nennung ihrer Arbeitsstelle bisher ermöglicht wurde. Deshalb verletzt auch die Veröffentlichung eines an sich nicht diskriminierenden Fotos das Persönlichkeitsrecht der Antragstellerin.

Die Antragsgegner haben kein überwiegendes berechtigtes Interesse an einer Veröffentlichung oder Weitergabe der Fotografie. Der Informationsgehalt der Aufnahme ist neben der Berichterstattung über den Prozeß gering und kann überhaupt nur den Zweck haben, die Beteiligten des Strafverfahrens einer breiten Öffentlichkeit kenntlich zu machen. Mit dem näheren Hinweis auf die Identität der in dem Bericht genannten Personen werden diese der Gefahr ausgesetzt, mit einer Vielzahl von Personen in Auseinandersetzungen gezogen zu werden, die psychisch belastend sind.

Die Kammer vermag der Ansicht der Antragsgegner, schon das besondere Interesse der Öffentlichkeit an der Mitteilung von Details aus dem Leben der Prozeßbeteiligten verlange ein erweitertes Recht der Presse, darüber zu berichten und demzufolge eine Einschränkung des Persönlichkeitsrechts der Person, über die berichtet werde, nicht zu folgen. Im Verlaufe des Prozesses werden die als Zeugen benannten Opfer von Verbrechen ohnehin einer starken Belastung durch ihre Vernehmung vor Gericht und die Diskussion mit nahen Bekannten ausgesetzt. Diese Belastung zu verstärken, indem das Sensationsbedürfnis der Öffentlichkeit durch Mitteilung weiterer Details und die Veranschaulichung durch Fotografien befriedigt wird, ist nicht gerechtfertigt. Auch während des Verlaufs des Prozesses darf ein Prozeßbeteiligter in seinem Persönlichkeitsrecht nicht stärker beeinträchtigt werden, als das wohlverstandene Informationsbedürfnis der Öffentlichkeit es verlangt. Dieses Informationsbedürfnis erstreckt sich auf die Mitteilung der zum Verständnis des Sachverhalts erforderlichen Tatsachen und kann ggf. um die Darstellung einer eigenen Meinung ergänzt werden.

Die ohnehin für das Opfer von Verbrechen entstandenen Nachteile dürfen durch die Berichterstattung jedoch nicht verstärkt werden. Dem Argument der Antragsgegner ist auch deshalb nicht zu folgen, da es die Presse sonst in der Hand hätte, durch eine sensationell aufgemachte Berichterstattung das Interesse der Öffentlichkeit an bestimmten Vorgängen erst zu entfachen, um dann mit dem Hinweis auf dieses Interesse und das dadurch vermeintlich geminderte Schutzbedürfnis der betroffenen Person mit weiteren Details aus ihrem Leben das Sensationsbedürfnis der Öffentlichkeit weiter zu befriedigen.

Mitgeteilt von RAin Claudia Burgsmüller, Berlin

*Hinweis der Redaktion:*

*Über das diesem Fall zugrunde liegende Strafverfahren, den sog. Berliner Gynäkologenprozeß, berichteten die Nebenklagevertreterinnen Claudia Burgsmüller und Alexandra Goy in STREIT 2/86, S. 35 ff..*

**Urteil****AG Tiergarten, §§ 178, 177 StGB  
Vergewaltigung ohne „Beischlaf“**

*Sexuelle Praktiken, die vom Herkömmlichen abweichen, wie z.B. Mund- und Analverkehr, können von der Geschädigten als wesentlich unangenehmer empfunden werden, als eine Vergewaltigung i. S. des § 177 StGB. Dies muß sich bei der Strafzumessung deutlich auswirken.*

Urt. d. AG Tiergarten-Schöffengericht - v. 3.3.86, - 246 b 173/85

**Aus den Gründen:**

Nach den Feststellungen des Gerichts hat sich der Angeklagte eines Verbrechens der sexuellen Nötigung gemäß § 178 Abs. 1 StGB schuldig gemacht. Mit der Nötigung bezweckte und erreichte der Angeklagte, daß die Zeugin Manipulationen an seinem Geschlechtsteil und den Mundverkehr an ihm vornehmen würde, außerdem duldete die Zeugin den Analverkehr.

Die Intensität des Vorgehens des Angeklagten mußte nach Ansicht des Gerichts dazu führen, daß die Tat des Angeklagten wie eine Vergewaltigung im Sinne des § 177 StGB bestraft werden sollte. Die von dem Angeklagten der Zeugin aufgezwungenen sexuellen Praktiken sind zwar rechtlich nur als außereheliche sexuelle Handlungen und nicht als außerehelicher Beischlaf zu betrachten (vgl. BGH, MDR 71, 16), dies hat aber nicht zur Folge, daß diese Praktiken sich weniger einschneidend für die Geschädigte darstellen würden. Es ist vielmehr so, daß Handlungen dieser Art, da sie vom Herkömmlichen abweichen, von den Betroffenen als wesentlich unangenehmer empfunden werden. Dies muß sich nach Ansicht des Gerichts bei der Strafzumessung deutlich auswirken.

Mitgeteilt von RAin Alexandra Goy, Berlin

**Urteil****AG Alsfeld, §§ 35 StGB  
Entschuldigender Notstand**

*Der übermächtige Druck eines Leben und Gesundheit seiner Tochter gefährdenden Vaters kann zur Folge haben, daß die Tochter für die von ihr begangenen Straftaten wegen entschuldigenden Notstands nicht bestraft werden kann.*

Urteil des AG Alsfeld-Jugendschöffengericht - vom 9.5.83, - 6 Js 15747/82 -

**Aus den Gründen:**

Die einundzwanzigjährige Angeklagte M lebt mit ihrem Kind in L.

Im Mai/Juni 1981 war der Stiefvater der Angeklagten, der getrennt verfolgte S., mit verschiedenen Mitbeteiligten zu mehreren Diebeszügen unterwegs. Dabei wurden zahlreiche Einbrüche begangen. In jener Zeit führte der per Haftbefehl gesuchte S. eine

tyrannische Herrschaft über seine Familie. Gegen ihn sind mehrere Verfahren anhängig. In einem wird ihm vorgeworfen, seine minderjährigen Stieftöchter über längere Zeiträume unter Anwendung von Gewalt und Drohungen sexuell mißbraucht und sie dabei mehrfach geschwängert zu haben. Auch die Angeklagte M. hatte unter dieser Tyrannei erheblich zu leiden. Die Kinder waren von der Umwelt völlig abgekapselt. Jeden Kontakt zu anderen unterband der Stiefvater. Selbst am Arbeitsplatz überwachte der Stiefvater die Angeklagte M., die im selben Betrieb tätig war.

In dem oben angegebenen Zeitraum war die Angeklagte M. bereits im Besitz einer Fahrerlaubnis. Das war unter anderem für ihren Stiefvater der Anlaß, sie zur Mitfahrt in seinem VW-Bus zu zwei Einbrüchen zu zwingen. Die Angeklagte fuhr in der Nacht zum 4.6.81 mit S. und weiteren Beteiligten nach X. Dort wurde die Eingangstür des Sportheims aufgebrochen und aus dem Heim ein Fernsehgerät, ein Kofferradio und aus der Musikbox ein nicht bekannter Geldbetrag entwendet, außerdem Zigaretten aus einem aufgebrochenen Zigarettenautomaten. Am 22. Mai 1981 gegen 18.00 Uhr brach diese Gruppe in Y die Eingangstür zum Vereinsheim des FV Fortuna und die Tür zum Getränkelager auf. Daraus entwendeten sie Getränke im Gesamtwert von etwa 250,- DM.

Dieser Sachverhalt steht fest aufgrund glaubhafter Angaben der Angeklagten M. Die Angeklagte hat damit in Mittäterschaft den Tatbestand des Einbruchdiebstahls in zwei Fällen verwirklicht.

Sie war dieserhalb jedoch nicht zu bestrafen, weil sie in einem entschuldigenden Notstand i. S. des § 35 StGB gehandelt hat. Der übermächtige Druck für Leben und Gesundheit der Angeklagten, der von ihrem Stiefvater S. ausging, stellte für sie eine gegenwärtige und nicht anders abwendbare Gefahr für Leib und Leben dar. In dieser Gefahr konnte sie sich nicht anders als durch ihre Teilnahme entziehen. Die Angeklagte war daher aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen freizusprechen.

Mitgeteilt von RAin Monika Guder, Gießen

**Urteil****AG Essen, §§ 177, 178, 22, 23, 52 StGB  
Demütigende Lügen: straferschwerend**

*Bei der Strafzumessung ist erschwerend zu berücksichtigen, daß der wegen versuchter Vergewaltigung und versuchter sexueller Nötigung angeklagte Täter die geschädigte Zeugin selbst in der Hauptverhandlung noch als Lügnerin hinstellte und erzählte, er habe mit ihr ein Verhältnis gehabt. Hierdurch wollte er die Zeugin offenbar noch einmal in der Hauptverhandlung demütigen.*

Urteil d. AG Essen-Schöffengericht - v. 8.7.86, - 9 Js 25/86  
Mitgeteilt von RAin Malin Bode, Bochum

Alexandra Goy

## Über den Stand der deutschen Rechtskultur

Bericht über die Anhörung zur Strafbarkeit der Vergewaltigung in der Ehe\*

Um es vorweg zu nehmen, es war keineswegs die erste Anhörung zu diesem Thema. 1962, Mitte der 60er Jahre und 1972 wurde bereits heftig darüber diskutiert – 1962 auf Antrag der Bundesregierung und 1972 auf Antrag des Abgeordneten der SPD Dr. de With.<sup>1</sup> Zur Streichung des Wörtchens „außer-ehelich“ ist es bisher nicht gekommen und zwar wegen einer Stimme Mehrheit der Nichtbefürworter und einer Stimmenthaltung. Als engagierte Gegner sind damals u.a. die Verfechter der „Liberalisierung“ des Sexualstrafrechts aufgetreten, z.B. Prof. Lenckner, der allerdings heute – wohl unter dem Druck der Feministinnen – „so rasch wie möglich“ die Streichung von „außerehelich“ fordert.<sup>2</sup>

Eine Mehrheit dafür wird sich allerdings auch jetzt noch nicht finden, und zwar nicht in erster Linie wegen der parteilichen Mehrheitsverhältnisse, sondern weil, unverändert seit 1949, im 10. Bundestag nur jede 10. Abgeordnete eine Frau ist. Denn, das hat die Anhörung ergeben: die Geschlechter scheiden sich an diesem Punkt. Keine der weiblichen Sachverständigen hatte Einwendungen gegen eine Strafbarkeit, vielmehr forderten sie diese einheitlich und vehement.

Geladen waren Vertreterinnen der Evangelischen Aktionsgemeinschaft für Familienfragen, der Arbeitsgemeinschaft katholischer Verbände, der Arbeitsgemeinschaft Deutscher Frauen- und Kinderschutzhäuser, des Juristinnenbundes sowie die Sozialwissenschaftlerin Dr. Ulrike Teubner, die Rechtsanwältin Barbelies Wiegmann und ich. Der Republikanische Anwaltsverein war ebenfalls durch zwei Frauen vertreten. Zugeständnisse gab es von Seiten einzelner weiblicher Sachverständiger lediglich bei der Frage der Ausgestaltung als Antragsdelikt und bei den Straffolgen. Obwohl auch die Mehrheit der männlichen Sachverständigen letztlich für eine Pönalisierung plädierte, gab es unter ihnen einige, die sich für die Beibehaltung der Straflosigkeit ehelicher Vergewaltigung stark machten.<sup>3</sup>

Auch Bundesjustizminister Engelhard hat unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß mit seiner Unterstützung zum gegenwärtigen Zeitpunkt

nicht zu rechnen ist. Nach seiner Ansicht „ist noch wenig Wissen, das für die gesetzgeberische Arbeit brauchbar ist“, vorhanden, wenngleich er zugesteht, daß dem Problem der Gewalt gegen Frauen in der Ehe besondere Bedeutung beizumessen ist.<sup>4</sup> Eine nicht erstaunliche, aber dennoch bemerkenswerte Äußerung auf dem Hintergrund der seit Ende der 70er Jahre vorliegenden Veröffentlichungen von Feministinnen über das Ausmaß der körperlichen und sexuellen Gewalt an Ehefrauen auf Grund ihrer Erfahrungen in den Frauenhäusern von West-Berlin und der Bundesrepublik.<sup>5</sup> Staatssekretär Kinkel hat erklärt, daß aller Wahrscheinlichkeit nach erst in der nächsten Legislaturperiode ein entsprechender Gesetzentwurf vorgelegt werde.<sup>6</sup>

Demgegenüber ist Anfang Juni 1986 vom Europäischen Parlament ein Entschließungsantrag verabschiedet worden, die eheliche Vergewaltigung unter Strafe zu stellen, soweit dies nicht bereits geschehen ist. Nach den Ergebnissen der rechtsvergleichenden Studie des Max-Planck-Instituts vom April 1984 ist im internationalen Vergleich eine deutliche Tendenz zur Strafbarkeit der ehelichen Vergewaltigung zu erkennen.<sup>7</sup> Besonders in den USA ist seit Mitte der 70er Jahre in der überwiegenden Anzahl der Staaten durch Gesetz oder Rechtsprechung die sexuelle Selbstbestimmung für die Ehefrau anerkannt worden und die eheliche Vergewaltigung strafbar.

Nach der vom Bundesminister der Justiz in Auftrag gegebenen Untersuchung des EMNID-Instituts vom April 1986 waren 80 % der Befragten der Auffassung, daß die Ehefrau ihren Mann anzeigen sollte, wenn er sie häufiger vergewaltigt hat. 3/4 befürworteten eine Verfolgung des Ehemannes, auch für den Fall, daß die Ehefrau keine Anzeige erstattet hat.<sup>8</sup> Aber dem Bundesjustizminister und dem Bundestag scheint der gesetzliche Abbau des Gewaltprivilegs für Ehemänner vor der Bundestagswahl im Januar 87 nicht opportun.

\* Anhörung vor dem Rechtsausschuß des Bundestages am 26.6.1986 zu den Gesetzentwürfen der GRÜNEN vom 2.11.1983 (BTDrs. 10/562) und der SPD vom 9.11.1986 (BTDrs. 10/585).

1 s. Protokolle über die Anhörung, S. 91.

2 s. TAZ vom 24.10.86 über die Anhörung zum gleichen Thema im Bundesjustizministerium, Mitte Oktober 86.

3 Geladen waren Vertreter des Deutschen Richterverbandes, des Deutschen Anwaltsvereins, der Bundesrechtsanwaltskammer, Dr. Baumann vom BKA, Dr. Weigand vom Max-Planck-Institut, Freiburg, Prof. Ostendorf, Prof. Undeutsch, Prof. Hassemer u.a..

4 Presseerklärung vom 22.5.1986

5 Im 1. Berliner Frauenhaus berichtete jede 2. Frau mit körperlichen Mißhandlungen seien Vergewaltigungen einhergegangen. S. Carol Hagemann-Withe u.a.: Hilfen für mißhandelte Frauen, Schriftenreihe des BMJFG Bd. 124, Stuttgart 1981. Im Frauenhaus Heidelberg berichteten alle Frauen davon, im Frauenhaus München nahezu 90 %, im Frauenhaus Bielefeld nahezu 60 % der Frauen – zitiert nach Dagmar Kampf, Recht der Frau auf sexuelle Selbstbestimmung, in: sexuelle Gewalt, hrsg. vom Arbeitskreis „sexuelle Gewalt“ beim Komitee für Demokratie und Grundrechte, Sensbachtal, 1985.

6 siehe TAZ vom 24.10.1986

7 hierzu näher: Vera Schalkhäuser, in: STREIT 3/85, 106

8 EMNID-Studie, Vergewaltigung in der Ehe, Bonn 1986, hrsg. vom Pressedienst der FDP

Das entschiedene Auftreten des Vertreters des Deutschen Anwaltsvereins und der Bundesrechtsanwaltskammer zeigte denn auch, daß von dieser Seite erheblicher Widerstand gegen eine Gesetzesänderung gezeigt wird. Herr Richter vom Deutschen Anwaltsverein und Herr Dr. Lürken von der Bundesrechtsanwaltskammer sind der Ansicht, daß es der „noch heute gültigen Intention des Gesetzgebers entspricht, den erzwungenen Beischlaf in der Ehe nicht unter § 177 StGB fallen zu lassen“. Er meint sogar, es sei zu erwägen, ob nicht auch der ‚erzwungene Beischlaf‘ in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft für strafrei erklärt werden solle. Entsprechend ihrem patriarchalischen Selbstverständnis sehen sie „soziale Probleme“ erst als Folge der Gesetzesänderung, weil die „Sanktionen, die das Strafrecht gibt, einen Schädlichkeitsbereich für die Fortdauer der Ehe schaffen“.

Übertroffen wurden sie nur noch von Oberstaatsanwalt Förster und Kriminaldirektor Ludwig aus München, die das Problem der Gewalt in der Ehe als ein „zahlenmäßig nicht gravierendes Problem“ und die Pönalisierung für einen „Rückschritt“ gegenüber dem neuen Eherecht erachten, bei dem es auf das Verschulden nicht mehr ankomme. Ludwig entwickelte Alternativen zum Strafrecht wie „hier muß Erziehungshilfe, Nacherziehung geleistet werden.“

Gar nicht so weit entfernt von dieser Meinung äußerte sich Prof. Hassemer, der in seiner inneren Zerrissenheit auf „Selbstregulierung“ setzt und meint, Anhaltspunkte dafür zu haben, daß „die unmittelbar am Konflikt beteiligten der Meinung sind, ohne das Strafrecht auszukommen“. Letztlich konnte er sich zu einer Strafbarkeit, allerdings nur auf Antrag der Frau hin, durchringen.

Der Deutsche Richterbund ist auch gespalten, wie Herr Lücke bekannte. Die Mehrheit allerdings plädiert aus Gründen der „Gleichbehandlung“ für eine Strafbarkeit und zwar ohne Strafantragserfordernis, also als Officialdelikt, und mit dem gleichen Strafrahmen, ohne die Möglichkeit, von Strafe abzusehen oder sie zu mildern. Mit dieser Radikalität standen sie allerdings unter ihren männlichen Kollegen alleine da.

Dr. Helmken betonte, die generelle Tendenz der Staatsanwaltschaft solle ehfreundlich sein. Die Pönalisierung sei deswegen unabdingbar, weil der Gewalt in der Ehe Einhalt geboten werden müsse, damit „kein Überdruck entsteht und ein Ventil geschaffen wird, damit die Frauen nicht dazu übergehen, ihre Männer zu töten“. Und wie die Bestrafung auszusehen hat, schilderte er plastisch so: „Wir brauchen ein paar Sündenböcke, damit wir die Generalprävention auch in die Hirne der Männer einrammen, und ein paar brutale Ehemänner, die nicht zu retten sind und deren Verfahren so weit verbreitet wird, wie das der Anästhesistin“. Auch die übrigen männlichen Sachverständigen sprachen sich eindeutig für eine Strafbarkeit aus, wobei sie allerdings entweder für die Ausgestaltung als Antragsdelikt oder als Vergehenstatbestand mit der Möglichkeit von Strafe abzusehen oder sie zu mildern plädierten.

Bei der Diskussion um die Straffolgen wurde deutlich, daß dem Institut der Ehe in jedem Fall Vorrang vor den Grundrechten der Ehefrau aus Art. 1, 2 und 3 GG eingeräumt wird und daß die Verantwortung für die sexuelle Gewalt ihrer Ehemänner den Ehefrauen zugewiesen wird. Obwohl nicht zuletzt wegen der von Ehemännern verübten Gewalt die Scheidungsziffern ständig steigen, meinen die männlichen Sachverständigen eine „Gefährdung der Ehe“ nicht in der Privilegierung dieser Gewalt erkennen zu können sondern in deren Strafbarkeit – ein Beispiel mehr dafür, welche Blüten männliche Logik zu erzeugen vermag.

Immerhin erkannten einige, daß bei der Ausgestaltung als Antragsdelikt die Gefahr eingebaut ist, daß auf die Ehefrau Druck ausgeübt wird, die Strafanzeige zurück zu nehmen. Eine Vielzahl von Sachverständigen hielt es für unabdingbar, dem Gericht die Möglichkeit zu geben, die Strafe zu mindern oder im Einzelfall gänzlich von Strafe abzusehen, weil die Ehefrauen kein Interesse an der Strafverfolgung hätten. Dies sei daraus zu schließen, daß es in der Vergangenheit nur in seltenen Fällen zu Strafverfahren wegen gewaltsamer sexueller Interaktionen gekommen sei. Die weiblichen Sachverständigen waren sich darin einig, daß dies weniger auf das Anzeigeverhalten der Frauen als vielmehr auf das Protokollierungsverhalten der Polizeibeamten zurückzuführen ist, die die Entgegennahme der Anzeige in der Regel ablehnen.

Aber auch die Vertreterin des Juristinnenbundes plädierte für privilegierte Straffolgen. Sie schlug vor, in Anlehnung an die Regelung des Betäubungsmittelgesetzes, die Möglichkeit zu schaffen, mit Zustimmung des für die Eröffnung zuständigen Gerichts von der Erhebung der Anklage abzusehen, wenn die Prognose, daß die Eheleute „ihre ehelichen Beziehungen ohne Gewalt regeln“ werden, positiv ist. Wenn der Täter sich in Therapie begibt, soll von der Vollstreckung der Strafe abgesehen werden können. Abgesehen von dem darin enthaltenen Verstoß gegen Art. 3 GG bergen solche Regelungen die Gefahr, bei den Ehemännern Mißverständnisse hinsichtlich der Strafwürdigkeit ihrer sexuellen Übergriffe herbeizuführen und die angestrebte Bewußtseinsbildung oder -änderung bei ihnen zu verhindern. Darüber hinaus ist die sexuelle Gewalt, die Ausdruck eines strukturellen Gewaltverhältnisses ist, keiner Therapie zugänglich. Mit der Neufassung des § 56 StGB, der Möglichkeit, Freiheitsstrafen bis zu 3 Jahren zur Bewährung auszusetzen, ist hinreichend gewährleistet, daß der Familie durch die Inhaftierung des Mannes nicht die finanzielle Basis entzogen wird und die Familie erhalten bleibt.

Die Sozialwissenschaftlerin Dr. Ulrike Teubner, Frau Dr. Frommel als Vertreterin des Juristinnenbundes – der früher ausdrücklich gegen die Strafbarkeit war<sup>9</sup> – und ich nutzten die Gelegenheit, Vorschläge zum verbesserten Schutz von (Ehe-) Frauen über die Streichung des Wortes „außerehelich“ zu machen. In Anlehnung an die seit langem von den

Feministinnen aufgestellten Forderungen zur Änderung der §§ 177, 178 StGB forderten wir, den Gewaltbegriff des § 177 I StGB neu zu definieren („gegen den Willen“), die Differenzierung der Tathandlungen in §§ 177 und 178 StGB aufzuheben und § 177 II StGB zu streichen u.a.m.<sup>10</sup>.

Es ist der mühevollen – meist unentgeltlichen – Arbeit der Frauen aus der autonomen Frauenbewegung seit Mitte der 70er Jahre zu verdanken, daß sich der Bundestag mit dem Thema Gewalt gegen Frauen befassen mußte. Ob dies allerdings dazu führen wird, daß dies Problem endlich ernst genommen und der rechtliche Schutz von Frauen verbessert wird, erscheint fraglich. Denn auch die Familienministerin Prof. Süßmuth mag zu dem Problem noch nicht eindeutig Stellung beziehen. Auf dem Symposium „Gewalt gegen Frauen“, das Mitte Oktober 86 in Westberlin anläßlich des Bestehens des ersten Berliner Frauenhauses stattfand, erklärte sie, „es geht nicht nur darum, Abhilfe zu schaffen, sondern die

Ursachen zu erforschen“. Auf das Ergebnis dieser Forschungen dürfen wir gespannt sein. Zur Zeit erhalten zehn Männergruppen, die sich mit dem Thema „Gewalt gegen Frauen“ beschäftigen sollen, finanzielle Unterstützung vom Familienministerium. Die ausreichende finanzielle Absicherung der Frauenhäuser und der Frauen in Frauenhäusern läßt nach wie vor auf sich warten.<sup>11</sup>

9 Der Vorschlag von Prof. Jutta Limbach für eine familienrechtliche Lösung, den diese auf der 26. Arbeitstagung des Dt. Juristinnenbundes 1985 vorgetragen hatte (Bericht v. Sabine Heinke in: STREIT 4/85, 162) wurde nicht aufgegriffen.

10 s. Protokolle über die Anhörung, S. 34 f., 54-58, 60

s. auch den Entwurf eines Antidiskriminierungsgesetzes der Bundes-AG der Frauen der GRÜNEN, Bonn 1985

11 Die finanzielle Eigenbeteiligung der Frauen in den West-Berliner Frauenhäusern z.B. hat sich erhöht, so daß sich „in einem Haus, in dem 4 Personen auf 18,3 qm wohnen, der Mietpreis mit fast 20,- DM pro qm beträgt.“ (TAZ vom 6.11.1986.

*Almuth Riedel*

## El Salvador: Sexistische Folter und Widerstand – politische Gefangene im Frauengefängnis

Die Autorin befand sich im Juni 86 zur Information in der Hauptstadt des kleinen Staates in Mittelamerika (Fläche so groß wie Hessen, ca. 5 Mill. Einwohner, 1,6 Mill. Flüchtlinge im Ausland und 800.000 im Lande selbst). Präsident ist der Christdemokrat Duarte, toleriert durch die extrem rechte Kaffeoligarchie und unterstützt mit massiver Militär- und Wirtschaftshilfe der USA. Die gesamte Opposition links der Christdemokratie bildet das Bündnis der Befreiungsbewegung FMNL-FDR, die seit 6 Jahren einen bewaffneten Befreiungskampf führt. Seit ebenfalls 6 Jahren herrscht der – im Sinne der Verfassung inzwischen illegal gewordene – Ausnahmezustand. Seit einem Jahr finden systematische Flächenbombardierungen auf dem Lande statt. Nach außen ist die Regierung Duarte jedoch um den Anschein einer Demokratie bemüht.

Der folgende Artikel beruht auf Gesprächen mit politischen Gefangenen und ihrer Organisation COPPES im Frauengefängnis Ilopango in San Salvador, mit dem sie unterstützenden Mütterkomitee COMADRES, aber auch der staatlichen Menschenrechtskommission CDH, dem Militärrichter und der Gefängnisleitung.

Im Block der politischen Gefangenen des Frauengefängnisses Ilopango in San Salvador befinden sich z.Z. (Juni 1986) 73 Frauen und 22 Kinder. Der Block ist bis auf das letzte Bett belegt, Neuankömmlinge müssen auf dem Fußboden schlafen. Zur Versorgung steht der Gefängnisleitung 1,25 Colon (ca. 0,50 DM) pro Erwachsenen täglich zur Verfügung, für die Kinder nichts. Das reicht grade für Maisfladen und Salz, mehr nicht. Es gibt kein Trinkwasser. Das Waschwasser wird nachts und an drei Tagen der Woche abgestellt. Ohne Bezahlung gibt es keine ärztliche Behandlung oder Medikamente.

Um unter diesen Umständen psychisch und physisch zu überleben, haben Gefangene im März 1981 COPPES (Comite de presos politicos El Salvador) gegründet. In mehreren Hungerstreiks, in denen die Gefangenen z.T. mit kochendem Wasser bewaffnet stürmendem Militär entgegengetreten sind, und mit Unterstützung der COMADRES, die u.a. für Öffentlichkeit und die Alarmierung des Roten Kreuzes gesorgt hatten, haben sich die Gefangenen eine begrenzte Selbstverwaltung erkämpft und haben (wie schon 1984, dem Wahljahr zur Präsidentschaft) ihrer Forderung nach Amnestie zum Teilerfolg verholfen.

In Februar 1985 haben sie erreicht, daß die Zellen im Block unverschlossen bleiben. Zwei Frauen bewachen den Blockeingang rund um die Uhr. Damit ist nicht nur erreicht, daß die Frauen sich innerhalb des Blocks frei bewegen können, sondern vor allem ist den sexuellen Angriffen und Belästigungen durch das männliche Wachpersonal, deren Kontrolle aber auch der Kollaboration ein Riegel vorgeschoben. Damit haben die Frauen deutlich mehr durchgesetzt als die 850 männlichen politischen Gefangenen, die sich im Männergefängnis Mariona nur tagsüber zusammen mit den sozialen Gefangenen im Innenhof bewegen können, nachts aber in ihrem Block in die doppelt belegten Zellen eingeschlossen werden.

Ergebnis eines Hungerstreiks sind auch zwei Besuchstage wöchentlich von 9-17 Uhr, früher waren es lediglich zwei Stunden. Diese Besuchstage erleichtern die Versorgung der Gefangenen von außen mit

Lebensmitteln, Medikamenten, Kleidung, Büchern und Material für das Kunstgewerbehandwerk und die kleine Nähproduktion, die wesentlich über das Mütterkomitee vorgenommen wird, das der organisierte Kontakt nach außen ist.

Die politischen Gefangenen haben auch in ihrer Versorgung eine weitgehende Selbstverwaltung erreicht. Die Gefängnisleitung stellt nur die wenigen Lebensmittel zur Verfügung. Mit den Lebensmitteln von außen kochen die Gefangenen selbst. Sie haben Gruppen gebildet, die jeweils zuständig sind für das Kochen und die Lebensmittelversorgung, für den Betrieb des Ladens, aus dem sich auch die sozialen Gefangenen versorgen, für die Herstellung von Handarbeiten, die an die Besucher und nach außen verkauft werden, um Geld für die Versorgung und für die Arbeit von COPPES zu bekommen. Sie betreiben untereinander Alphabetisierung und Weiterbildung aber auch politische Schulung. COPPES gibt gemeinsam mit der Organisation der politischen Gefangenen des Männergefängnisses eine kleine Zeitung heraus.

Beim Gespräch im schattigen Innenhof, ohne Zelle und Schließer, erscheinen die Bedingungen der Gefangenschaft auf den ersten Blick idyllisch. Die Selbstverwaltung und Organisation der Gefangenen ist jedoch nicht Ausdruck eines humanitären Strafvollzugs, etwa im Gegensatz zu bundesdeutschen Hochsicherheitstrakten, wie es der Gefängnisdirektor des Männergefängnisses Mariona anpreist. Sie ist zum einen Ausdruck einer billigen Verwahrung durch Minimalversorgung und wenig Wachpersonal, sowie einer billigen Justiz, die Gefangene ohne Verfahren oft jahrelang einsperrt und weitgehend nur dem Namen nach existiert. Vor allem aber ist sie Ausdruck des militanten und politischen Kampfes der Befreiungsbewegung und der Priorität des Staates, diesen Kampf militärisch und in den Augen des Auslands legal gewinnen zu wollen. Die Verwahrung von Gefangenen ist in diesem Zusammenhang von geringer Bedeutung. Bei ca. 1580 Ermordeten und ca. 80 Verschwundenen im Jahr 1985 (lt. tutela legal, dem Rechtshilfebüro des Erzbistums) durch Militär, Polizei und Todesschwadron (gegenüber fast 20.000 Opfern jährlich 1981/82) nimmt auch nach der „demokratischen“ Wahl Duartes die Liquidierung, nicht die Gefangennahme des Gegners durch den Staat den wichtigsten Raum ein.

Die Arbeit in der Selbstverwaltung verbessert nicht nur die materielle Situation der Gefangenen, sie bedeutet auch ein Stück menschlicher Würde und ungebrochener Moral. Dies ist umso wichtiger, als die Frauen mit dem Schock der Gefangennahme und Folter, mit der Angst um ihre Familie, die möglicherweise Repressionen ausgesetzt ist, und mit der Angst und Ungewissheit über ihre eigene Lage zu kämpfen haben.

Nach dem Ausnahmegesetz Nr. 50 dürfen Militär und Polizei einen Gefangenen 15 Tage in Isolation halten, bevor einer der 5 Untersuchungsrichter des Landes über Haft oder Freilassung entscheidet.

In der Praxis kommt es vor, daß die verschiedenen Sicherheitsorgane Gefangene untereinander weiterreichen, so daß sie mehrmals je 15 Tage verbleiben, oder sie werden nach kurzer Freilassung erneut gefangen genommen. In diesen 15 Tagen werden bei ca. 95 % der Gefangenen Geständnisse erfocht. Berichteten die Gefangenen bis Ende 1985 noch von Elektroschocks, Eintauchen in Exkreme bis zum Erstickten, so sind diese Formen der Folter in diesem Jahr nicht bekannt geworden.

Sexistische Folter gegen Frauen ist an der Tagesordnung. Bei kurzfristigen Verschleppungen ist Vergewaltigung durch einen oder mehrere Angehörige der Sicherheitsorgane gradezu die Regel. Laura Pinto, 35 Jahre, Mitglied des COMADRES, wurde bei ihrer Verschleppung vom 6.-8. Mai von zwei Angehörigen der Sicherheitsorgane vergewaltigt. Sie war zu diesem Zeitpunkt im 6. Monat schwanger. Maria Ofelia Lopez Maroquin wurde bei ihrer Verhaftung am Bein angeschossen und dann von mehreren Angehörigen der Sicherheitskräfte vergewaltigt. Als Folge daraus wurde sie schwanger und befindet sich jetzt mit ihrer 8 Monate alten Tochter im Gefängnis. Von obszönen Reden und Beleidigungen gegen Frauen berichten fast alle Gefangenen. Eine andere Art der Folter ist das Wegnehmen der Kleidung. Gregoria Paises Vides, 49 Jahre alt, wurde bis auf die Unterhose entkleidet und 7 Tage von teilweise bis zu 20 Polizisten verhört.

Bei der psychologischen Folter steht die Bedrohung der Familie an erster Stelle. Es wird geschildert, was die Sicherheitsorgane mit der Tochter/Mutter machen wollen; bis ins Einzelne wird Vergewaltigung und sexuelle Verstümmelung geschildert. Die Gefangene wird belogen, ihr wird erzählt, daß die Schreie aus den Nebenräumen von ihrer Tochter oder Mutter stammen und was mit ihr grade passiert.

Auch die Angebote zur Kollaboration, die nach der Folter kommen, sind sexistisch. Frauen wird neben Geld, einem Paß oder einer neuen Identität im Ausland häufig angeboten, einen der Folterer zu heiraten und sich so unter den Schutz der Sicherheitsorgane zu begeben.

Die Folter verfolgt in erster Linie den Zweck, Namen von Mitgliedern und Erkenntnisse über Zusammenhänge zwischen Organisationen zu erpressen. Am Ende der Einzelhaft steht die erpresste Unterschrift unter ein Geständnis, das nicht gelesen werden darf, und unter einen ärztlichen Untersuchungsbericht, der ebenfalls nicht gelesen werden darf, in welchem bescheinigt wird, daß keine Folter stattgefunden habe. Das „Geständnis“ dient im Nachhinein zur Legitimation der Verhaftung und weiteren Verwahrung. Eine Unterscheidung von Untersuchungs- oder Strafhaft gibt es nicht. Nach Schätzung der nicht staatlichen Menschenrechtsorganisation kommt es nur in ca. 5 % aller Fälle zu einem Urteil.

Eine Freilassung kann in wenigen Fällen durch politischen Druck aus dem Ausland erreicht werden, manchmal – nach mehrjähriger Haft – durch eine

Amnestie oder durch Gefangenen austausch gegen Gefangene der Befreiungsbewegung. Der gängigste Weg ist jedoch der Freikauf durch Korruption, wobei die „Preise“ zwischen 1000 und 100.000 Colon schwanken, je nach dem, ob es sich um eine auf der Flucht vor Flächenbombardierungen verhaftete Bäuerin oder um einen prominenten Gewerkschafter handelt. Bei Löhnen zwischen 200 und 600 Colon verschuldet sich häufig die ganze Großfamilie, um ein Mitglied freizubekommen.

Laura Pinto, vom Mütterkomitee COMADRES, wurde nach Geburt ihres Kindes im September auf Grund massiver Proteste aus dem Ausland freigelassen. Die mit ihr verhafteten Vertreterinnen der Flüchtlingshilfe COPRODES, Reina Isabel Hernandez, und des Mütterkomitees CODEFAM, Gregoria Paises Vides sind noch in Haft. Um auch ihre Freilassung zu erreichen, bitten wir nochmals Juristinnen darum, eine Zeitungsanzeige in einer salvadorischen Tageszeitung mit ihrem Namen und mit Spenden zu ermöglichen. (Vgl. unseren Aufruf im letzten Heft, S. 112).

Kontakt: RAIN Almut Riedel, Herner Str. 1, 4630 Bochum 1, Tel.: 0234 / 15007

## Hinweise

### Buchbesprechung

Jeffrey M. Masson: Was hat man dir, du armes Kind getan? Sigmund Freuds Unterdrückung der Verführungstheorie.

Reinbeck 1986 (Rowohlt Taschenbuch Vlg.)

Frauen, Feministinnen, Anwältinnen sehen sich oft mit dem Argument konfrontiert, daß sie, bzw. die Frauen, die sie vertreten, die Vergewaltigung oder den sexuellen Mißbrauch, wenn nicht sogar herausfordert, so doch, möglicherweise mit heimlicher Lust, toleriert hätten.

Daß Männer, Chauvinisten, Verteidiger ein solches Argument schon lange erfolgreich und Frauen verunsichernd gebrauchen können, wird von Feministinnen nicht zuletzt Freud angelastet, der für diese Haltung eine wissenschaftliche Untermauerung geliefert habe, indem er, entgegen seinen früheren Einsichten in die Erfahrung seiner Patientinnen, dazu gekommen sei, den Ödipuskomplex zu erfinden, mit dessen Hilfe er von nun an Funde seiner Patientinnen über sexuellen Mißbrauch in der Kindheit in den Bereich der Phantasie bzw. der unbewußten Wünsche verwiesen habe (s. z.B. Lohstöter, 1984, 8).

Die Geschichte von Freuds Verführungstheorie ist, so wie Masson sie rekonstruiert hat, in der Tat ein spannendes Lehrstück darüber, wie – und das sehr konkret – gesellschaftliche Machtträger die Gewaltstrategien, denen sie einerseits selbst unterworfen sind und die sie andererseits zur Erlangung ihrer

eigenen Machtposition einsetzen, verleugnen und die Opfer ihrer Gewalt dazu zwingen, die bei dieser Behandlung entstehende Aggression gegen sich selbst zu richten.

Masson hat ein wichtiges Stück der Geschichte der Psychoanalyse erforscht und ist dabei auf institutionelle Tabus gestoßen. In seiner Stellung als Projekt-Direktor des Freud-Archivs und mit der Absicht, Freuds Briefe an Fließ neu und vollständig zu veröffentlichen (die Ausgabe von 1950 enthielt nur die Hälfte des gesamten Materials), hatte er Zugang zu vielen bisher unveröffentlichten Dokumenten. Er fand, daß die Auslassungen in den veröffentlichten Briefen an Fließ einer bestimmten Tendenz folgten: Daß Freud die Verführungstheorie aufgegeben habe, was in bestimmten psychoanalytischen Kreisen als mutige Tat gefeiert und als Voraussetzung für die Entwicklung der Psychoanalyse betrachtet wird, wurde als unangefochten dargestellt, alle späteren Zweifel Freuds und seine bestätigenden Bezugnahmen darauf wurden ausgelassen.

Anna Freud und andere Pioniere der Psychoanalyse bedeuteten Masson, seine Aufmerksamkeit doch auf andere Gebiete zu richten und die Sache auf sich beruhen zu lassen, um nicht unnötig Verwirrung zu stiften. Aber Masson blieb dabei. Gelegentlich ist daher in seinem Buch spürbar, gegen welche großen Widerstände er anzukämpfen hatte – wer setzt sich schon gern in Widerspruch zu Anna Freud, die zudem anfangs seine Arbeit unterstützt hatte – durch eine wie unnötig wirkende Kraftentwicklung bei der Darlegung seiner Vermutungen und Belege. Welcher Feministin ist das fremd? Es macht ihn sympathisch.

Die Rahmengeschichte ist Gegenstand der Einleitung. Dann führt ihn seine Rekonstruktion von Freuds Entwicklung der Verführungstheorie erstmal an die Pariser Morgue, wo Freud während seines Studienaufenthaltes nicht nur Chorcot und seine Hysterikerinnen kennengelernt haben soll, sondern auch den Gerichtsmediziner Brouardel und seine Autopsien an mißbrauchten und mißhandelten Kindern. Er soll zu dieser Zeit auch mit einem Schrifttum in Berührung gekommen sein, in dem Vergewaltigungen und Sittlichkeitsvergehen an Kindern behandelt und statistische Angaben über deren Häufigkeit gemacht wurden. Es war schon damals bekannt, daß die Täter häufigst dem Familienkreis angehörten, oft die Väter waren, und die Autoren waren sich darüber bewußt, daß sie an Tabus rührten. (Später gingen die Gerichtsmediziner übrigens immer häufiger davon aus, daß die Kinder lügen würden und selber perverse Gelüste hätten.)

Drei Jahre lang soll sich Freud mit der Entwicklung der Verführungstheorie\* beschäftigt haben, bis

\* Der Terminus „Verführung“ wurde um die Jahrhundertwende unglaublich euphemistisch gebraucht und deckte auch Gewalttaten.

er am 21. April 1896 in einem Vortrag vor Kollegen seine Erkenntnisse „Zur Ätiologie der Hysterie“ vorstellte, die von Masson dokumentiert wird. Freuds Funde basierten auf 18 Fällen (12 Frauen und 6 Männer), die er „psychoanalytisch“ behandelt hatte. Er war der Überzeugung, daß Neurosen durch sexuelle Traumata im Kindesalter verursacht würden. Er verstand diese Traumata nicht als Verführungen im heutigen Wortsinn, sondern er gebrauchte Ausdrücke wie Vergewaltigung, Mißbrauch, Angriff, Attentat und Aggression, er meinte aufgezwungene Sexualakte, zu denen das Kind von sich aus nichts beiträgt, sondern bei denen es aus Angst und Abhängigkeit mitmacht. Er wußte auch, daß es sich dabei in der Regel um Mädchen handelte.

Nach dem Vortrag schrieb Freud an Fließ, daß seine Thesen eine eisige Aufnahme gefunden hätten und zwei Wochen später, daß seine Kollegen ihn meiden würden. Masson meint, erst Freuds Widerruf der Verführungstheorie habe ihm wieder Zugang zu Medizinerkreisen verschafft.

Als Grund für Freuds Preisgabe der Verführungstheorie nennt Masson, neben dem Druck von Seiten der Kollegen, auf den er nicht näher eingeht, die Affäre um Emma Eckstein. Er stellt sie so dar, daß es sich in deren Verlauf auf Freud Seite um einen Akt zunehmender Verleugnung der Gewalt, die sein Freund Fließ Emma Eckstein durch eine Nasenoperation zugefügt hatte, gehandelt habe. Die Gewaltakte waren unbewußt: Die Operation, durch die Emma Eckstein von ihrem Magen-, Menstruations- und wohl auch Onanieleiden befreit werden sollte, wurde durch Fließ' abenteuerliche Theorie der Analogien zwischen Geschlechtsteilen und Nase gerechtfertigt. (Es drängt sich mir an dieser Stelle natürlich auf, an unbewußte Kastrationswünsche der Männer gegenüber dieser Frau zu denken, die pikanterweise auch noch Feministin gewesen sein soll und zu der sich Freud hingezogen fühlte.) Dazu kam, daß Fließ' Fehlleistung während der Operation – er vergaß ein Gazestück von beträchtlicher Länge zu entfernen – bei Eckstein fast zum Tode geführt hätte.

Masson belegt, wie Freuds anfängliche Erschütterung über die Folgen der Operation einer immer stärker werdenden Solidarität mit Fließ unter Verleugnung seiner Tat wich und damit endete, daß er Ecksteins Neurose für die Komplikationen bei der Operation verantwortlich machte. Er belegt, wie sich langsam der Positionswechsel vom Anwalt des Opfers zum Verteidiger des Gewalttäters vollzog: mit Hilfe von „verdrängten Triebansprüchen“. Demnach handelt es sich beim Zutagefördern von Szenen sexuellen Mißbrauchs nicht mehr um Hinweise auf eine vergangene Realität, sondern um Onaniephantasien, zusammengesetzt aus einem mädchenhaften Triebwunsch an den Vater, aus einem Stück vermeintlicher realer Verführung durch einen normal zärtlichen Vater und aus Rachegefühlen aufgrund des Onanieverbotes.

Außerdem behandelt Masson noch das Zerwürfnis zwischen Ferenczi und Freud und interpretiert es auf der Basis von Ferenczis Vorstößen zur Veränderung der psychoanalytischen Technik im Hinblick auf die Aufdeckung von realen, nicht phantasierten Traumata.

Ein äußerst spannendes Buch, voll von detaillierten Informationen.

Verena Blumer

### Beschluß der Rechtsanwaltskammer Kassel

Auf Antrag der Rechtsanwältinnen Hackforth und Schömel aus Kassel hat die Kammerversammlung der Rechtsanwaltskammer Kassel am 20.9.1986 mehrheitlich folgenden Beschluß gefasst:

*Der Vorstand der Rechtsanwaltskammer Kassel soll bei den zuständigen Stellen in der Justiz darauf hinwirken, daß Vordrucke und Stempel in den Fällen, in denen eine Rechtsanwältin am Verfahren beteiligt ist, dieses auch korrekt ausweisen.*

### Berufliche Wünsche

Anwältin mit vierjähriger Berufserfahrung in Anwältinnenbüro, hauptsächlich Zivilrecht, sucht zwecks Veränderung Mitarbeit bei Anwältin(nen) in Hamburg oder anderswo. Zuschriften an die Lokalredaktion Hamburg:

*Sabine Scholz, Schanzenstr. 79, 4000 Hamburg 6.*

Engagierte Assessorin, Raum Bielefeld, 26 Jahre alt, 2. Examen 1986 in NRW, mit dem Schwerpunkt Wirtschafts- und Arbeitsrecht, zur Zeit an einer Schule beschäftigt, sucht zum Frühjahr 1987 Mitarbeit bei einer Rechtsanwältin im Raum Norddeutschland oder Ruhrgebiet. Zuschriften bitte an:

*Annette Maschmann, Trotzenburg 12, 4986 Rodinghausen, Tel.: 05226 / 2283.*

Rechtsanwältin sucht Kollegin zwecks Übernahme eines Anwältin-Büros in Wuppertal und Gründung einer Sozietät zum 1.1. oder 1.2.1987 (unter Umständen auch später). Finanzierung über Bankdarlehen ist möglich.

*Anna Köpke, Friedrich-Engels-Allee 135, 5600 Wuppertal 2 Tel.: 0202 / 80085/4 in der Zeit von 8-17 Uhr.*

### Arbeitsgruppe Familienrecht (Berichtigung)

Die Arbeitsgruppe Familienrecht in Hamburg sucht noch Interessentinnen für einen regelmäßigen Erfahrungsaustausch. Die Kontaktadresse (in die sich im letzten Heft leider Fehler eingeschlichen hatten) ist:

*RAin Jutta Bärthel, Gluckstr. 7, 2000 Hamburg 76, Tel.: 040 / 29 12 16 und 29 12 15.*