

Inhalt

<i>Dagmar Oberlies</i> Zur Entstehung des Embryos als Rechtssubjekt	51
<i>Luise von Flotow</i> Dr. Mama: Ein Bericht aus der Universität	61
<i>Beschluß des AG Ratzeburg</i> „Go-Order“	64
<i>Urteil des BAG mit Anmerkung von Heike Dieball</i> Bevorzugung ja, aber nicht automatisch („Kalanke-Urteil“)	65
<i>Beschluß des VG Gelsenkirchen mit Anmerkung von Heike Dieball</i> Frauenförderung bei Beförderungsstellen der Landesbeamten/-beamtinnen in Nordrhein-Westfalen – Verstoß gegen EG-Recht?	72
<i>Urteil des EuGH</i> Berücksichtigung von Lohnerhöhungen während des Mutterschaftsurlaubs	75
<i>Urteil des BAG</i> Höherer Zuschuß zum Mutterschaftsgeld	77
<i>Beschluß des BAG</i> Arbeitszeitreduzierung wegen Kinderbetreuung	78
<i>Urteil des ArbG Hamburg</i> Arbeitszeitreduzierung wegen Kinderbetreuung	80
<i>Urteil des BVerwG</i> Freistellung und Erziehungsurlaub	83
<i>Urteil des LAG Hamm</i> Wiedereinstellung nach Kindererziehung	85
<i>Sabine Platt</i> Buchbesprechung: Susanne Baer, Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA	88
<i>Barbara Degen</i> Buchbesprechung: Ingrid Alice Mayer, Die Frauenbeauftragte in der kommunalen Verwaltung	90
<i>Sabine Scholz</i> Buchbesprechung: Dagmar Schiek u.a., Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder. Kommentar und Praxis	91
<i>bonnbonn</i>	92
<i>Hinweise</i>	94
<i>Presseerklärung:</i> Schüsse im Gericht: Private Gewalttäter – ein Risiko für die öffentliche Sicherheit	95

Editorial

Rechtzeitig zum feministischen Juristinnenntag in Berlin ist das neue **STREIT-Rechtsanwältinnen-Verzeichnis** fertig geworden. Allen Anwältinnen, die in dem Verzeichnis inseriert haben, ist es inzwischen zugegangen. Alle anderen können das Verzeichnis ab sofort bei der STREIT (Wyckstr. 8, 28213 Bremen), per Fax (04 21 / 223 97 19) oder per email (streit@fb12.fh-frankfurt.de) oder direkt von unserer home-page aus (<http://www.fb12.fh-frankfurt.de/streit>) bestellen. Ein Bestellformular finden Sie auch in diesem Heft.

All denjenigen STREIT-Abonnettsinnen, die die Einsendefrist für die Eintragung versäumt haben, bieten wir an, Sie zunächst in das STREIT-Rechtsanwältinnenverzeichnis im Internet aufzunehmen. Bitte schicken Sie den ausgefüllten Bogen per Fax an: Dagmar Oberlies (069 / 52 26 03) oder füllen Sie den Bogen direkt auf unserer Internet-Homepage aus und überweisen Sie die 50 DM Eintragungsgebühr auf unser Konto.

Am 14. März ist unsere Frankfurter Kollegin Barbara Henrich im Richterinnenzimmer des Amtsgerichts vom Exfreund Ihrer Mandantin niedergeschossen worden. Zum Glück ist sie mittlerweile außer Lebensgefahr und auf dem Wege der Besserung. Wir wünschen auf diesem Wege alles Gute.

Wir halten diesen Vorfall für symptomatisch und haben deshalb mit einer Pressererklärung reagiert (s.S. 95), denken aber über weitere Schritte nach, um den Vorfall nicht auf sich beruhen zu lassen.

Die STREIT-Redaktion

STREIT – Feministische Rechtszeitschrift.

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

Der Verein ist gemeinnützig. Steuerabzugsfähige Spenden werden erbeten auf das Konto Nr. 638-37-600, Postbank Frankfurt am Main, BLZ 500 100 60.

Redakteurinnen:

Dr. Susanne Baer, L.L.M., Jurist. Fak. Humboldt Uni, Unter den Linden 6, 10099 Berlin, Tel. 030/2093-3324, Fax: / 2093-3345

RAin und Notarin Jutta Bahr-Jendges, Osterdeich 13, 28203 Bremen, Tel. 04 21 / 74 555, Fax: 04 21 / 70 47 73

RAin Jutta Bartels, Wilhelmshavenufer 18, 48155 Münster, Tel. 02 51 / 43 344, Fax: 02 51 / 43 155

RAin Jutta Bartling, Rumfordstr. 5/V, 80469 München, Tel. 089 / 26 05 639, Fax: 089 / 26 05 633

RAin Malin Bode, Alleestr. 24, 44793 Bochum, Tel. 02 34 / 15 007, Fax: 02 34 / 14 284

RAin Ulrike Breil, Dorstfelder Hellweg 36, 44149 Dortmund, Tel. 02 31 / 17 19 07, Fax: 02 31 / 72 17 863

RAin Claudia Burgsmüller, Adelheidstr. 63, 65185 Wiesbaden, Tel. 06 11 / 37 32 58, Fax: 06 11 / 30 80 11

Ass. Heike Dieball, Bergfeldstr. 33, 31199 Diekholzen/Hildesheim; Tel. 05 121 / 26 61 74

RAin Martina Flack, Am Zehnthof 219, 45307 Essen, Tel. 02 01 / 85 915-0, Fax: 02 01 / 85 915-99

Prof. Dr. Sibylla Flüge, Holzhausenstr. 4, 60322 Frankfurt am Main, Tel. 069 / 95 52 26-0, Fax: 069 / 95 52 26-24

RAin und Notarin Alexandra Goy, Bayerischer Platz 7, 10799 Berlin, Tel. 030 / 85 49 224, Fax: 030 / 85 49 424

Ri AG Sabine Heinke, Karlstr. 2, 76133 Karlsruhe, Tel. 07 21 / 91 01-514, Fax: 07 21 / 91 01-410

RAin Waltraud Kühn, Hausener Weg 92, 60489 Frankfurt am Main, Tel. 069 / 78 10 26, Fax: 069 / 78 96 832

Prof. Dr. Dagmar Oberlies, Kurhessenstr. 106, 60431 Frankfurt am Main, Tel. und Fax: 069 / 52 26 03

RAin Susanne Pötz-Neuburger, Thielenstr. 8a, 21109 Hamburg, Tel. 040 / 75 40 044, Fax: 040 / 75 09 238

Ass. Anita Roggen, c/o Frauenanstiftung, Stahlwiete 20, 22761 Hamburg, Tel. 040 / 85 09 005, Fax: 040 / 85 13 547

RAin und Notarin Barbara Schoen, Mathildenplatz 4, 64283 Darmstadt, Tel. 06 151 / 17 76 07, Fax: 06 151 / 17 77 99

Ass. Sabine Scholz, FH Flensburg, Kanzleistr. 91-93, 24943 Flensburg, Tel. 04 61 / 80 53 83, Fax: 04 61 / 80 55 47

Mag. Anna Sporrer, Hermanngasse 31/23, A-1070 Wien, Tel. 0043 / 1 / 52 34 877, Fax: 0043 / 1 / 52 34 877

RAin Ute Stöcklein, Laufertorgraben 8, 90489 Nürnberg, 09 11 / 53 32 84, Fax: 09 11 / 53 29 55.

Mitarbeiterinnen dieses Heftes:

RAin Brigitta Brunner, Mölln; RAin Dr. Barbara Degen, Bonn; Dr. Luise von Flotow, New York; RAin Marianne Grahl, Mölln;

Vors. Ri am LAG Maria Hackmann, Hamm; RAin Jutta Junginger-Mann, Markgröningen; RAin Sabine Platt, Wiesbaden

© 1997. Alle Rechte vorbehalten. Nachdruck – auch auszugsweise – nur mit schriftlicher Genehmigung der Redaktion und Quellennachweis.

Satz: Eva Klapproth, Frankfurt am Main

Druck: Köllner, Bremen

ISSN 0175-4467

STREIT erscheint 4 mal jährlich.

Bezugsbedingungen: Einzelhefte DM 16,- zzgl. DM 3,- Porto und Versandkostenanteil.

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

Bezugsanschrift: Sabine Heinke, Wyckstr. 8, 28213 Bremen, Fax: 04 21 / 223 97 19

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

Dagmar Oberlies

Zur Entstehung des Embryos als Rechtssubjekt

Meine Großmutter ist 1889 geboren worden. Sie hat 11 Kinder zur Welt gebracht – bei keiner ihrer Schwangerschaften und keiner ihrer Geburten hat sie einen Arzt gesehen.

Meine Mutter hat bei ihren zwei Schwangerschaften insgesamt fünfmal einen Arzt gesehen: Zur Feststellung der Schwangerschaften, einmal zum Abhören der Herztöne und nach der Geburt.

Meine Schwägerin schätzt, daß sie bei jeder ihrer Schwangerschaften etwa 20mal beim Gynäkologen war. Sie und mein Bruder haben – anders als meine Mutter und meine Großmutter – ihr Kind vor der Geburt mehrmals gesehen; das erste Mal etwa in der 8. Woche.

1965 hat das Life-Magazin das Foto eines Fötus in der Fruchtblase veröffentlicht; gehörte der Fötus vorher zum „Unsichtbaren unter der Haut“ – wie Barbara Duden es nennt – ist er seither zum „öffentlichen Fötus“ geworden und der Frauenleib zum öffentlichen Ort.¹

Während meine Großmutter noch 'guter Hoffnung' war, was die Unvorhersehbarkeit als Möglichkeit einschließt, sind Schwangerschaften heute vorhersehbar. Wir haben ein Bild von einem Embryo. – Denken Sie an die Aufkleber, die an vielen Ampeln auf Sie warten. – Wir haben ein Bild von einem Embryo ohne Mutter. Der Embryo ist für uns alle längst zu einer freischwebenden Existenz mutiert. Unsere Augen gewöhnen sich an die Vorstellung, daß es ein Kind gibt – von Anfang an und ohne Frau.

Der 'öffentliche Fötus', der sehbar und nicht nur spürbar, ist Voraussetzung dafür, daß Frau und Embryo als Unterschiedliche, als Andere denkbar sind.

Inzwischen ist der Embryo bekanntermaßen als eigenständiges Lebewesen in der juristischen Dogmatik angekommen: In seinem § 218-Urteil von 1974 schreibt das Bundesverfassungsgericht, daß das Recht der Frau

„niemals die Befugnis umfassen (kann), in die geschützte Rechtssphäre eines anderen (...) einzugreifen“.²

1 Duden: Die Entstehung des 'öffentlichen Fötus' in: Pacensky/Sadrozinski (Hrsg.): Zu Lasten der Frauen, Reinbek 1988, Seite 41 ff.; sowie grundlegend Duden: Der Frauenleib als öffentlicher Ort. Vom Mißbrauch des Begriffs Leben. Hamburg, Zürich 1991 [zitiert Duden 1991].

2 Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juni 1974 zitiert nach: Arndt/Erhard/Funcke: Der § 218 vor dem Bundesverfassungsgericht. Dokumentation zum Normenkontrollverfahren wegen verfassungsrechtlicher Prüfung des

gemeint ist der Embryo, und 17 Jahre später postuliert es, daß der Staat das ungeborene Leben vor

„Eingriffen von seiten anderer zu bewahren (hat)“.³

gemeint ist dieses mal die Mutter.

Ausgangspunkt des Bundesverfassungsgerichts ist das Postulat des Grundgesetzes, daß „jeder das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (hat)“ (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG). „Jeder“, so schreibt das Gericht, „ist auch das noch ungeborene menschliche Wesen“;⁴ es nimmt als „selbständiges menschliches Wesen“ am grundrechtlichen Schutz teil⁵ und soll sogar selbst 'Menschenwürde' genießen.⁶

Zur Begründung seiner Auffassung vom grundrechtlichen Schutz des Embryos beruft sich das Gericht in seiner Entscheidung von 1974

— auf „gesicherte biologisch-physiologische Erkenntnisse“ einerseits und

— auf „den betonten Gegensatz“ zu den Anschauungen des Nationalsozialismus andererseits.⁷

Biologische Erkenntnisse

Für das Bundesverfassungsgericht beginnt

„Leben (...) jedenfalls vom 14. Tag nach der Empfängnis an“.⁸

Mit anderen Worten: nach der Nidation. 1996 zieht das Gericht aber auch in Erwägung, ob nicht

„Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie nahelegen, (daß) menschliches Leben bereits mit der Verschmelzung von Ei und Samenzelle entsteht.“⁹

Würde man die 'Erkenntnisse der medizinischen Anthropologie' zugrunde legen, so hätten auch die gentechnisch befruchteten Eizellen, die in diesem

Fünften Strafrechtsreformgesetzes, Karlsruhe 1979, Seite 388 ff., Seite 416 [zitiert Bundesverfassungsgericht 1974]. Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ist auch abgedruckt in BVerfGE 39, 1 ff.

3 Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 28. Mai 1993 zitiert nach: Kritische Vierteljahresschrift, Sonderheft 1/1993, Seite 9 – 115; Seite 41 [zitiert Bundesverfassungsgericht 1993].

4 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 412.

5 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 415.

6 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 415 und Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 41.

7 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 412.

8 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 412.

9 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 41. Dies entspräche auch der Forderung der katholischen Kirche, schon die befruchtete Zelle als 'menschliches Leben' anzuerkennen (so Kardinal Ratzinger 1987 zitiert nach Duden 1991, Seite 31).

stattfinden, wenn die Frau ein 'Geständnis' ablegte oder eine von ihr ins Vertrauen gezogene Person Hinweise gab.³⁷

Erst als sich im 19. Jahrhundert die Erkenntnis durchsetzte, daß eine Schwangerschaft 280 Tage dauert und Föten etwa ab dem 7. Schwangerschaftsmonat lebensfähig sind, wurde auch im Recht an ein anderes Kriterium angeknüpft: Das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 z.B. unterschied danach, ob ein Fötus 'unreif' war, dann galt die Handlung als Abtreibung, oder bereits 'reif', dann handelte es sich bei dem Delikt um eine Tötung.³⁸

Diese Unterscheidung zwischen Leibesfrucht einerseits und geborenem Menschen andererseits hat das Strafrecht bis heute grundsätzlich beibehalten.

Als 1871 das Reichsstrafgesetzbuch mit seinem ersten '§ 218' in Kraft trat,³⁹ wurde die Leibesfrucht – erklärtermaßen – nicht mit einem Mensch, d.h. lebend, gesund oder krank, gleichgesetzt.⁴⁰ Das etwa zur gleichen Zeit entstandene Bürgerliche Gesetzbuch knüpft die Rechtsfähigkeit eines Menschen an dessen Geburt (§ 1 BGB). Der Unterschied spiegelt sich noch heute in unterschiedlichen Regelungen für die Abtreibungen einerseits (§ 218 ff. StGB) und Tötungsdelikte am geborenen Menschen, wie Mord (§ 211 StGB) oder Totschlag (§ 212 StGB), andererseits.⁴¹

Streitig war in der Folge allerdings, ob bereits die Einnahme nidationshemmender Mittel einen strafbaren Schwangerschaftsabbruch darstellt.⁴² Die mittelalterliche, kirchliche Idee, daß auch die Empfängnisverhütung eine Tötung ist,⁴³ lebte hier weiter; jetzt allerdings um die biologische Begründung angereichert, schon die befruchtete Zelle sei 'menschliches Leben'.⁴⁴

Heute nimmt § 218 Abs. 1 StGB Handlungen aus,

37 vgl. die Fallschilderung bei Stukenbrock in: Jütte, Fn. 17, Seite 109 f.; dazu auch Flügge, Fn. 21, Seite 23.

38 Seidler in: Jütte, Fn. 17, Seite 126 f.

39 „Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt (...), wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft. (...) Die selben Vorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher (...) die Mittel zu der Abtreibung (...) bei ihr angewendet (...) hat.“

40 Seidler in: Jütte, Fn. 17, Seite 134

41 Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 47. Auflage, München 1995, Vor § 211, Rdn. 2.

42 Eser/Koch, Fn. 12, Seite 98 f. und Dreher/Tröndle, § 218 Rdn. 4.

43 Das kanonische Recht sah in jeder Empfängnisverhütung eine Tötung (Jerouscheck in: Jütte, Fn. 17, Seite 58). Das führte zu dem seltsamen Widerspruch, daß im kanonischen Recht die Empfängnisverhütung und die Abtreibung nach dem Beseelungszeitpunkt, nicht aber die Abtreibung vor diesem Tag als Tötung gewertet wurden (Jerouscheck in: Jütte, Fn. 17, Seite 59 f.).

44 so Kardinal Ratzinger 1987 (zitiert nach Duden 1991, Seite 31).

„deren Wirkung vor Abschluß der Einnistung des befruchteten Eis in der Gebärmutter eintritt.“⁴⁵

Interessanterweise ist es bis heute medizinisch gar nicht möglich, den Zeitpunkt, in dem die Nidation abgeschlossen ist, genau zu bestimmen.⁴⁶ Sie sehen wie idealistisch die rechtliche Konstruktion noch immer ist.

Nachdem 1991 das Embryonenschutzgesetz in Kraft getreten ist, genießt auch schon

„die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an“⁴⁷

Rechtsschutz.

Was ich mit diesem kleinen Gang durch die Geschichte zeigen wollte: Die Idee, daß der Embryo lebt, und daß er ein Mensch ist, ist nicht neu. Wann dieses Leben beginnt, war immer schon Gegenstand wissenschaftlicher Theorien: sei es der aristotelischen Beseelungslehre, sei es der medizinischen These von der sogenannten 'Molenschwangerschaft'.

Egal, was das Recht auch regelte, ob es daran anknüpfte, daß ein Kind 'lebendig' oder 'reif' war, die Rechtsdurchsetzung war abhängig von den wissenschaftlichen 'Beweismöglichkeiten'. Ploucquet, der 'Erfinder' der Schwangerschaftsuntersuchung, schrieb noch Ende des 18. Jahrhunderts, daß man

„jene Todesart [gemeint ist die Abtreibung] schwerlich jemals (wird) beweisen können“⁴⁸.

Das führte dazu, daß über Jahrtausende hinweg, das 'lebendig' war, was die Frau spürte – und zwar für die Rechtsordnung ebenso wie für die Frauen. Noch heute nennt der Pschyrembel als sicheres Schwangerschaftszeichen die Wahrnehmung der Kindsbewegungen.⁴⁹ Erst seit es Schwangerschaftstests gibt, also seit etwa 50 Jahren, hat sich der Beginn des Lebens sukzessive von der Wahrnehmung der Frau entfernt und zu einem Laborbefund verschoben. Erst seit es Ultraschalluntersuchungen gibt, die 'etwas' erkennen lassen, also seit weniger als 30 Jahren, gibt es eine Vorstellung von einem Kind, lange bevor sich 'etwas' bewegt.

45 1974 wurden bereits Handlungen ausgenommen, die vor dem 13. Tag nach der Empfängnis, also vor der Nidation, lagen (§ 218 Abs. 1 in der Fassung des Gesetzes vom 18. Juni 1974). Diese 'Frist' hat das Bundesverfassungsgericht nicht beanstandet (Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 412).

46 Eser/Koch, Fn. 12, Seite 99 m.w.N.

47 „Als Embryo im Sinne dieses Gesetzes gilt die befruchtete, entwicklungsfähige menschliche Eizelle vom Zeitpunkt der Kernverschmelzung an, ferner jede einem Embryo entnommene totipotente Zelle, die (...) sich zu einem Individuum zu entwickeln vermag.“ (§ 8 ESchG).

48 zitiert bei Duden 1991, Seite 115.

49 Pschyrembel: Kleines medizinisches Wörterbuch, Berlin-New York 1990.

Schwangere und Embryo sind gleichberechtigt

Entscheidender als die Frage nach dem (biologischen) Beginn des Lebens ist allerdings die, welche rechtlichen Schlußfolgerungen daraus gezogen werden:

„Der (mit der Nidation) begonnene Entwicklungsprozeß ist ein kontinuierlicher Vorgang (...) zwischen einzelnen Abschnitten vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden.“⁵⁰

schreibt das Bundesverfassungsgericht.

In der Interpretation durch Tröndle, einem Kommentator des Strafgesetzbuches, hört sich das so an:

„Der menschliche Embryo ist dasselbe Lebewesen, wie der Erwachsene zu dem er sich entwickeln kann, wenn man seine Menschenwürde und den Wesensgehalt seines Grund- und Menschenrechts auf Leben nicht antastet (...) Der tragende verfassungsrechtliche Gedanke ist die Gleichwertigkeit ungeborenen und geborenen Lebens.“⁵¹

Und noch weitergehend:

„Verfassungsrechtlich (steht) nach h.M. auch das vomidative menschliche Leben (...) dem nachnidativen in seiner Würde und Schutzbedürftigkeit gleich (...)“⁵²

Der von Barbara Duden beklagte 'Mißbrauch des Begriffs Leben'⁵³ wird hier offenkundig. Wir nähern uns einem virtuellen Menschenbild, das sich nur noch aus genetischen Determinationen speist und dessen Konturen durch 'wissenschaftliche Fortschritte' beliebig verändert werden können.

Auch die Idee von der Gleichwertigkeit geborenen und ungeborenen Lebens hat Vorbilder in der Geschichte. Die Gelehrten des Mittelalters trieb die Frage um, ob der Arzt⁵⁴ bei einer Lebensgefahr für die Frau untätig bleiben müsse: unter Hinweis auf die 'Schuldlosigkeit der Leibesfrucht' setzte sich die Meinung durch, daß lieber keinem geholfen werden solle als einem.⁵⁵

Der 'wissenschaftliche Fortschritt' besteht darin, daß an die Stelle des Beseelungszeitpunktes im Mittelalter im 20. Jahrhundert der Zeitpunkt der Nidation getreten ist.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung immerhin konzipiert, daß

„der Gesetzgeber grundsätzlich nicht verpflichtet (ist), die gleichen Maßnahmen strafrechtlicher Art zum Schutz des ungeborenen Lebens zu ergreifen, wie er sie zur Sicherung des geborenen Lebens für zweckdienlich und geboten hält“.⁵⁶

Allerdings bleibt unklar, warum dies so sein soll, wenn kein Unterschied zwischen ungeborenem und geborenem Leben gemacht werden kann.

Der Feind in ihrem Bauch

In der Auslegung des Bundesverfassungsgerichts sind die Frau und der in ihr wachsende Embryo aber nicht nur zwei gleichwertige, gleichberechtigte menschliche Wesen, sondern zwei um Lebenschancen miteinander konkurrierende Menschen. Dabei lebt die Schwangere – in einer seltsamen Verkehrung biologischer Gegebenheiten – in den (rechtlichen) Grenzen des Embryo.⁵⁷

„(Ihr) Recht ist nicht uneingeschränkt gewährt – die Rechte anderer (...) begrenzen es. (...) Bei einer Orientierung an Art. 1 GG (Unantastbarkeit der Menschenwürde) muß die Entscheidung zugunsten des Vorrangs der Leibesfrucht (...) fallen.“⁵⁸

Unter anderem, weil seitens der Frau

„nach der Natur eine besondere Verantwortung gerade für dieses Leben besteht. (...)“⁵⁹

Mit anderen Worten: Da es bei der Schwangeren vermeintlich nur um Lebensqualität geht, beim Embryo aber um 'das Leben' selbst, soll der Embryo immer den Vorrang haben. Die Natur der Frau wird zur immanenten Schranke ihrer Grundrechte.

Indem das Bundesverfassungsgericht scheinbar einen 'Rechtsstreit' zwischen zwei Rechtsträgern entscheidet, bleibt unberücksichtigt, daß

„eine schwangere Frau auf keine Weise passiv den Fötus leben lassen (kann); sie muß mit ihrem eigenen Körper zu seiner Entstehung beitragen und ihn ernähren“.⁶⁰

Die Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts setzt voraus, daß das Leben eines Embryos nicht als 'Schöpfungsleistung' der Frau verstanden wird, sondern als 'Geschöpf', das es von Anfang an gibt – als 'Geschöpf Gottes' eben.⁶¹ Über sein „Lebensrecht“⁶² wacht der Staat, indem er

56 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 417.

57 siehe dazu schon Oberlies: § 218 – ein Grenzfall des Rechts, in: Kritische Justiz 1992, Seite 209 f.

58 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 416.

59 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 416.

60 Wallis zitiert bei Petchesky: Reproduktive Freiheit: Jenseits 'des Rechts der Frau auf Selbstbestimmung' in: List/Studer (Hrsg.): Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik, Frankfurt 1989, Seite 197, sowie (für die Frage der verfassungsrechtlichen Konstruktion) Oberlies, Fn. 57, Seite 207 ff.

61 dazu auch Flügge, Fn. 21; Seite 22.

62 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 42.

50 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 412.

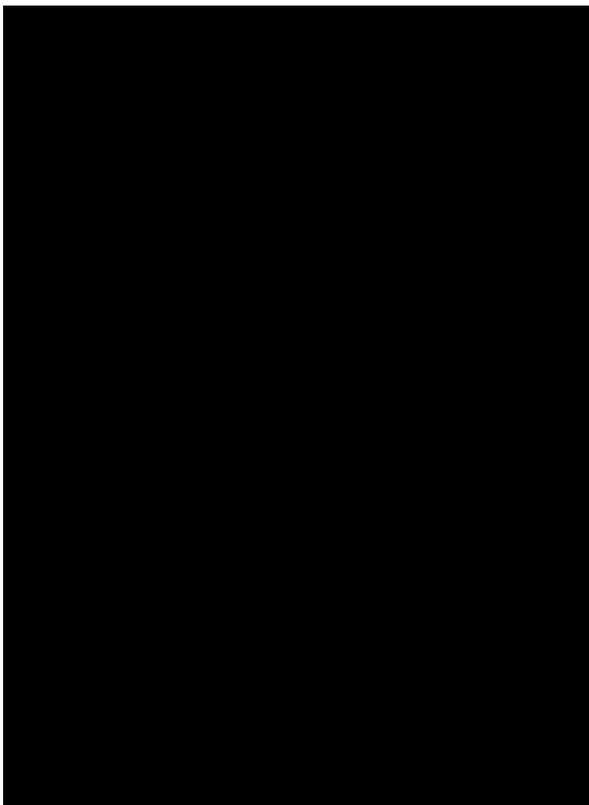
51 Dreher/Tröndle, Fn. 41, Vor § 218, Rdn 18 c.

52 Dreher/Tröndle, Fn. 41, Vor § 218 Rdn. 18 c.

53 so der Untertitel ihres Buches 'Der Frauenleib als öffentlicher Ort' (Duden 1991).

54 dieser und nicht die Hebammen wurden als Durchführende betrachtet; Jerouschek, Fn. 19, Seite 106.

55 dazu ausführlich Jerouschek, Fn. 19, Seite 105 ff., insbesondere Seite 107 f.



„(der Mutter) einen Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich verbietet und ihr damit die grundsätzliche Rechtspflicht auferlegt, das Kind auszutragen. (...) Die Verpflichtung (...) besteht auch gegenüber der Mutter. (...) Ungeachtet der Verbindung, die zwischen beiden besteht“⁶³,

wie das Gericht hinzufügt. Die Rechtsordnung dürfe es nicht

„dem Belieben eines der Beteiligten (überlassen), Umfang und Grenzen zulässigen Einwirkens des einen auf den anderen normativ festzulegen“⁶⁴.

Deshalb werde das

„Lebensrecht (nicht) erst durch die Annahme seitens der Mutter begründet, (es steht) dem Ungeborenen vielmehr aufgrund seiner Existenz zu“⁶⁵.

Existenz – wie wir gesehen haben – im Sinne einer ‚genetischen Identität‘. Andernfalls – so das Gericht – würde dies bedeuten, daß

„das Lebensrecht des Ungeborenen nur zur Geltung (käme), wenn die Mutter sich nicht (...) zu seiner Tötung entschlossen hat“⁶⁶.

Die Diktion ist bemerkenswert. Das Bundesverfassungsgericht macht nicht nur den Fötus zum

63 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 42.

64 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 44.

65 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 42.

66 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 44.

‚Feind in ihrem Bauch‘, sondern auch die Frau zum eigentlichen Feind des Embryos.

Den Höhepunkt des Schutzes vor der Mutter bildete der Diskussionsentwurf eines Embryonenschutzgesetzes: Es wollte sogar ‚leichtfertiges‘ Verhalten der Schwangeren, gemeint war Nikotin- und Alkoholgenuß, bestrafen.⁶⁷

Seit die Männer den Frauen ‚unter die Haut‘ gegangen sind und sich in das Dunkel vorgearbeitet haben, beanspruchen sie auch die moralische Hoheit im Innern der Frau.

Während dem Embryo einerseits eigene Rechte zum Schutz vor der Mutter zugebilligt wurden, wurden ihm diese aber zum Schutz vor atomaren Anlagen versagt.⁶⁸

Der Zugriff auf den Bauch

Rechtlich ‚gehörte‘ der Bauch eigentlich noch nie der Frau: Lange Zeit war die Abtreibung ein Delikt, das zum Schadenersatz gegenüber dem Ehemann oder der Sippe verpflichtete.⁶⁹ Im römischen Recht konnte die Frau bestraft werden, die ihrem Mann den ‚Besitz‘ an seinen Kindern vorenthielt: Die Strafbarkeit entfiel, wenn der Mann der Abtreibung zustimmte.⁷⁰ Nur im germanischen Rechtskreis lag die Abtreibung (und sogar die Kindstötung) wenigstens so lange im Belieben der Frau, solange das Kind nicht in die Vatersippe aufgenommen war.⁷¹

Daneben wurde aber auch immer schon die Gemeinschaft als geschädigt betrachtet. Das jüdische Recht gebot,

„alle Kinder aufzuziehen, und (verbot) Frauen ihre Leibesfrucht abzutöten oder den Samen zu zerstören. Eine Frau, die solches tut, soll als Mörderin ihrer Kinder angesehen werden, denn sie hat den Verlust einer Seele verursacht und die Menschheit verkleinert“⁷².

Von Cicero wurde eine Frau mit der Begründung zum Tode verurteilt, daß sie „den Bürger, der für den Staat bestimmt war“ vernichtet hatte.⁷³ Zum Ende des 19. Jahrhunderts wurde – mit Blick auf die Volks-

67 § 1 des Diskussionsentwurfes (mit Begründung) abgedruckt in: STREIT 1986, Seite 75; siehe dazu auch Waldtschmidt, STREIT 1990, Seite 137 ff.

68 Beschluß des Bundesverfassungsgerichts vom 23. März 1992 (1 BvR 340/92) und Urteil des BVerwG vom 5. Februar 1992 (7 B 13/92) in: NJW 1992, 1524.

69 In der lutherschen Bibelübersetzung heißt es: „Wenn sich Menner haddern vnd verletzen ein schwanger Weib, das jr die Frucht abgeheth, (.) so sol man jn vmb geld straffen, wie viel des weibs Man jm auff legt (.)“ (2 Mos. 21:22 zitiert nach Jütte, Fn. 17, Seite 28; ausführlich auch Jerouschek, Fn. 19, Seite 33 ff.). Die Selbstabtreibung wurde nicht erwähnt.

70 Jütte, Fn. 17, Seite 37 f.

71 Flügge, Fn. 21, Seite 20 f.

72 Flavius Josephus zitiert nach Jütte, Fn. 17, Seite 28.

73 Jerouschek, Fn. 19, Seite 28.

wirtschaft – die Ansicht vertreten, Fortpflanzung sei keine Privatangelegenheit, sondern Sache der Gesellschaft.⁷⁴ Jetzt hat ausgerechnet das Bundesverfassungsgericht diesem sog. 'sozialistischen Prinzip' zum Durchbruch verholfen.

Faktisch dagegen 'gehörte' der Bauch bis weit ins 19. Jahrhundert der Frau: Es gab vielfältige Mittel zur Vermeidung ungewollter Kinder: Hippokrates selbst soll einer Tänzerin zu einer besonderen Sprungtechnik geraten haben, die auch tatsächlich zum Abort führte.⁷⁵ Im Mittelalter wurden bei einer 'Stockung des Blutes' treibende Mittel verabreicht, darunter Gewürze und Kräuter wie Nieswurz, Efeu, Beifuß, sowie Seife, Quecksilber, Branntwein oder der allgegenwärtige Aderlaß.⁷⁶

Im Kaiserreich soll es bis zu 300.000 Abtreibungen jährlich gegeben haben;⁷⁷ in der Weltwirtschaftskrise zum Ende der 20er Jahre möglicherweise eine Million: ein Abbruch auf drei Geburten.⁷⁸ Abtreibungen waren Teil des Frauenalltags, insbesondere in der Arbeiterschicht.⁷⁹ Die Rezepte waren vielfältig, das Unrechtsbewußtsein gering.⁸⁰ Die Kinderzahl pro Frau hatte sich in den ersten zwanzig Jahren des 20. Jahrhunderts halbiert;⁸¹ die Zahl der Abbrüche verdreifacht.

Ich erinnere mich auch, wie meine Nachbarin, eine streng katholische Bäuerin aus einem streng katholischen schwäbischen Dorf, mir sagte, wenn man das Kind nicht gewollt habe, habe man eben die schweren Kartoffelsäcke getragen.

Je weiter allerdings die medizinischen Kenntnisse voranschritten, je gezielter Abbrüche möglich wurden, je mehr sich ein medizinischer Standard für Schwangerschaftsabbrüche durchsetzte, um so mehr Kontrolle konnte und wurde über Frauen ausgeübt. Die nationalsozialistische Herrschaft perfektionierte und funktionalisierte diese Kontrolle zweifelsohne wie zu keiner Zeit vorher in der Geschichte.

Der betonte Gegensatz zum nationalsozialistischen System

Auch auf diesem Hintergrund stellt sich die Frage, worin der vom Bundesverfassungsgericht reklamierte „betonte Gegensatz“⁸² zum nationalsozialistischen System besteht, wenn das Gericht selbst eine „Rechtspflicht, das Kind auszutragen“⁸³ postuliert?

Die Nationalsozialisten wollten durch ihre Abtreibungsgesetzgebung vor allem 'die deutsche Volkskraft' schützen, nicht dagegen das einzelne 'keimende Leben'.⁸⁴ Eine 'Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft' war für sie essentiell: Das Scheidungsrecht von 1938 behandelte die Kinderlosigkeit der Frau als Scheidungsgrund;⁸⁵ die kinderlose Frau wurde 'schuldig', das hieß in der Regel ohne Unterhaltsanspruch geschieden. Ein Befehl der SS von 1939 verpflichtete Frauen, „in tiefstem sittlichen Ernst Mütter der Kinder ins Feld ziehender Soldaten zu werden.“⁸⁶

Auch das Strafrecht hatte seinen Anteil: Durch die 'Verordnung zum Schutz von Ehe, Familie und Mutterschaft' vom März 1943 wurden die Strafmaße für Abtreibungen verschärft und bei einer fortgesetzten Beeinträchtigung der 'Lebenskraft des deutschen Volkes' die Todesstrafe angedroht (§ 5 Abs. 3). Die 'Lebenskraft des Volkes' allerdings sollte – so der Juristinnen und Juristen wohlbekannte Kommentar von Kohlrausch und Lange – dann nicht beeinträchtigt sein,

„wenn der Nachwuchs vom Standpunkt der Volksgemeinschaft nicht wertvoll und lebenskräftig gewesen wäre.“⁸⁷

Diese Strafschärfung wurde übrigens erst 1953 formal aufgehoben.⁸⁸

Die Geltung war auf Menschen deutscher Volkzugehörigkeit beschränkt.⁸⁹ Gisela Bock vertritt in ihren Arbeiten über Abtreibung und Zwangssterilisation im Nationalsozialismus die These, daß

„der stärkste Druck (...) durch die Politik (ausgeübt wurde), die Minderwertigkeit identifiziert mit dem Verbot, Kinder zu haben.“⁹⁰

74 Seidler in: Jütte, Fn. 17, Seite 136.

75 Jerouschek, Fn. 19, Seite 18.

76 Flügge, Fn. 21, Seite 27, Duden 1991; Seite 74 ff. und Stukenbrock in: Jütte, Fn. 17, Seite 104. Siehe auch die Schilderung bei Duden 1991; Seite 103.

77 Dienel in: Jütte, Fn. 17, Seite 143 und Bergmann: Die rationalisierten Triebe. Rassenhygiene, Eugenik und Geburtenkontrolle im Deutschen Kaiserreich, Hamburg 1992.

78 Dienel in: Jütte, Fn. 17, Seite 143.

79 Hagemann: Frauenalltag und Männerpolitik. Alltagsleben und gesellschaftliches Handeln von Arbeiterfrauen in der Weimarer Republik, Bonn 1990.

80 Dienel in: Jütte, Fn. 17, Seite 145 f.

81 Dienel in: Jütte, Fn. 17, Seite 153.

82 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 412.

83 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 42.

84 zitiert nach Gante in: Jütte, Fn. 17, Seite 171.

85 Bruns in: Frauenhandlexikon, München 1983, Stichwort: Nationalsozialismus, Seite 206.

86 zitiert bei Rüping: Grundriß der Strafrechtsgeschichte, München 1980, Seite 95.

87 zitiert nach Gante in: Jütte, Fn. 17, Seite 172.

88 siehe Drittes Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1953 (BGBl I, Seite 735).

89 in Böhmen und Mähren ausdrücklich (§ 11), sonst im Erlasswege (§ 8).

90 Bock: Keine Kinder um jeden Preis. Rassismus, Zwangssterilisation und Mutterschaft unterm Nationalsozialismus, in: Dokumentation des 4. Historikerinnentreffens, Berlin 1983; Seite 43.

Jüdinnen und Zwangsarbeiterinnen wurden zwangssterilisiert; in den 'Ostgebieten' wurden Abtreibungen erlaubt, sogar erzwungen.⁹¹ „Frauen wurden“, wie Gundula Kayser schreibt, „in 'gute' und 'schlechte' Gebärmütter sortiert.“⁹² Um im Bild zu bleiben: nationalsozialistische Politik zielte gegen die Gebär-Mütter, nicht gegen die Embryonen. 'Dein Körper gehört nicht Dir', war die Botschaften an die Frauen.⁹³

Gisela Bock sieht gerade in der Verstaatlichung der Gebärpolitik ein Charakteristikum des nationalsozialistischen Systems.⁹⁴

„Abtreibung war nicht mehr verboten; die Entscheidung über sie wurde in die Hände von Staatsbeauftragten – Medizinern, Psychiatern, Juristen, Anthropologen, Politikern – gelegt.“⁹⁵

Wenn also das Bundesverfassungsgericht proklamiert, daß es sich beim Verbot des Schwangerschaftsabbruchs

„um eine elementare staatliche Schutzaufgabe (handelt, die nicht zuläßt), auf den Einsatz des Strafrechtes (...) zu verzichten“⁹⁶

und wenn es nur solche Ausnahmetatbestände als Rechtfertigung akzeptiert, die

„Dritte, denen der Staat kraft ihrer Pflichtenstellung vertrauen darf“⁹⁷

festgestellt haben (gemeint sind die indikationstellenden Ärzte), dann ist darin zunächst einmal kein 'betonter Gegensatz' zum nationalsozialistischen Umgang mit Schwangerschaftsabbrüchen zu erkennen, sondern eine betonte Nähe. Indikationen für den Schwangerschaftsabbruch⁹⁸ und die Genehmigung durch eine ärztliche Gutachterstelle wurden nämlich erstmals durch das Erbgesundheitsgesetz von 1935⁹⁹ gesetzlich geregelt.¹⁰⁰ Alle Abbrüche

mußten von einem Arzt in einem Krankenhaus durchgeführt werden.

Zumindest partiell wurde in diesem Gesetz auch eine eugenische Indikation eingeführt: Mit Einwilligung der Schwangeren oder ihres gesetzlichen Vertreters konnte ein Abbruch durchgeführt werden, wenn das zuständige Erbgesundheitsgericht rechtskräftig auf 'Unfruchtbarmachung' erkannt hatte (§ 10 a ErbgesundheitsG).¹⁰¹ Weitergehende Vorschläge, die in einer Denkschrift des Preußischen Justizministers enthalten waren, wie der, eine Indikation auch bei einem „voraussichtlichen Unwert der Leibesfrucht für die Volksgesundheit“ anzunehmen, wurden dagegen nicht realisiert.¹⁰²

Eine Nagelprobe für einen 'betonten Gegensatz' zum nationalsozialistischen System bildet deshalb auch der Umgang des Bundesverfassungsgerichts mit der eugenischen Indikation.¹⁰³

Einerseits will das Gericht die grundrechtliche Garantie des Rechts auf Leben vor allem als

„Reaktion auf die 'Vernichtung lebensunwerten Lebens', auf 'Endlösung' und 'Liquidierung'“¹⁰⁴

verstanden wissen, andererseits vertieft es die Frage nach den Auswirkungen auf die Zulässigkeit einer eugenischen Indikationstellung nicht. Im Gegenteil, im ersten Urteil trägt es dem Gesetzgeber eine solche Indikation selbst mit den Worten an:

„Darüber hinaus steht es dem Gesetzgeber frei, auch bei anderen Belastungen für die Schwangere (...) den Schwangerschaftsabbruch straffrei zu lassen. Hierzu können insbesondere die (...) Fälle der eugenischen (...) Indikation gezählt werden.“¹⁰⁵

auf § 14 Erbgesundheitsgesetz, wenn der Eingriff außerhalb eines Krankenhauses oder ohne Sicherstellung der ärztlichen Nachbehandlung durchgeführt wurde (z.B. BGHSt 1, 331 und BGHSt 14, 1). Auch bei der Feststellung einer medizinischen Indikation wurde weiterhin auf das Erbgesundheitsgesetz zurückgegriffen (Gante in: Jütte, Fn. 17, Seite 175 ff.).
100 Gleichzeitig wurde festgelegt, daß ein Abbruch nach Ablauf des 6. Schwangerschaftsmonats nicht mehr zulässig sein sollte, weil ab diesem Zeitpunkt von einem lebensfähigen Embryo auszugehen sei (§ 10 a ErbgesundheitsG).

101 speziell hierzu Bock 1986.

102 Eser/Koch, Fn. 12, Seite 72.

103 Obwohl die 'eugenische Indikation', als gesetzliche Ausnahme vom Abtreibungsverbot, auf das Erbgesundheitsgesetz von 1935 zurückgeht, ist sie natürlich keine nationalsozialistische 'Erfindung': Die griechischen Philosophen waren allesamt 'Eugeniker' (vgl. Jerouschek, Fn. 19, Seite 12 ff.). Auch Nietzsche könnte mit seinem Ausspruch, daß man sich nicht fort, sondern hinauf pflanzen soll, zu ihnen gerechnet werden.

104 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 412.

105 Bundesverfassungsgericht 1974, Seite 419.

91 ausführlich Bock: Zwangssterilisationen im Nationalsozialismus. Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik. Opladen 1986, insbesondere Seite 158 ff. [zitiert Bock 1986].

92 Kayser: Industrialisierung der Menschenproduktion – Zum faschistischen Charakter der Entwicklung neuer Technologien der Geburtenkontrolle, in: Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis, Heft 14, Seite 63.

93 Bode: Die Entwicklung der weiblichen Rechtssubjektivität in der Moderne in: lose gedanken – ungebunden, Fn. 16, Seite 32 ff.

94 Gisela Bock 1986, Seite 10 ff.

95 Gisela Bock 1986, Seite 12.

96 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 45.

97 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 56.

98 Die Formulierung einer medizinischen Indikation (§ 14 ErbgesundheitsG) beruhte allerdings auf einem Entwurf aus dem Jahr 1918.

99 Das Erbgesundheitsgesetz galt übrigens auch nach Gründung der Bundesrepublik in vielen Bundesländern fort (Eser/Koch, Fn. 12, Seite 73). Hessen gehörte allerdings nicht dazu. Der Bundesgerichtshof z.B. bestrafte noch 1959 unter Berufung

Und auch im zweiten Urteil 1993 kommen dem Gericht keine Bedenken:

„die embryopathologische Indikation (kann) (...) vor der Verfassung Bestand haben.“¹⁰⁶

Der Begriff Nationalsozialismus taucht in diesem Zusammenhang nicht mehr auf.

Vom Mißbrauch des Begriffs Menschenwürde

Wie also hätte eine Grundgesetzinterpretation aussehen können, die wirklich einen 'betonten Gegensatz' zum nationalsozialistischen System darstellt und Schwangerschaft nicht als eine Persönlichkeitspaltung interpretiert, bei der sich in der Gebärmutter des „anderen Geschlechts“ plötzlich „ein Anderer“ i.S.d. Gesetzes wiederfindet?

Aus meiner Sicht wäre es zwingend gewesen, die 'reproduktive Freiheit'¹⁰⁷ als Teil der Menschenwürde und der persönlichen Freiheit anzuerkennen. Nur so hätte der Gegensatz zu Gebärpflicht und Gebärverbot des Nationalsozialismus betont werden können. Gemeint ist das Recht, Zeitpunkt und Zahl der Kinder eigenverantwortlich zu bestimmen; aber auch das Recht, sich bewußt für Kinderlosigkeit zu entscheiden. Gemeint ist dagegen nicht ein Anspruch, sich den Kinderwunsch um jeden Preis zu erfüllen, also z.B. durch Adoption oder künstliche Befruchtung. Wahrnehmung 'reproduktiver Verantwortung' ist – selbst in der Entscheidung zur Kinderlosigkeit – Wahrnehmung von Elternverantwortung.

Mit einer solchen Vorstellung von Menschenwürde und persönlicher Freiheit würden sich natürlich keine Gebärpflichten vereinbaren lassen wie sie das Bundesverfassungsgericht statuiert hat.

Das Bundesverfassungsgericht selbst beschreibt den Kernbereich der Persönlichkeit so, daß es diesem „widerspricht, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen“.¹⁰⁸ Unklar ist, wie sich damit eine 'Rechtspflicht zur Austragung der Schwangerschaft' verbinden läßt, bei der die Schwangere nur noch „als bloßer Nährboden der Schwangerschaft“¹⁰⁹ behandelt wird.

Unklar ist auch, warum das Bundesverfassungsgericht glaubt, der Schwangeren

„(eine) intensive, die Frau existentiell betreffende Pflicht zum Austragen und Gebären des Kindes und eine darüber hinausgehende Handlungs-, Sorge- und Einstandspflicht nach der Geburt über viele Jahre“¹¹⁰

106 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 45.

107 Petchesky, Fn. 60.

108 BVerfGE 27, Seite 6.

109 v.Rennesse, ZRP 1991, Seite 322 und 324.

110 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 47.



auflegen zu können. Die 'erzwungene Hingabe'¹¹¹ tangiert in vielfacher Weise den Rechtskreis der schwangeren Frau: ihre Körperintegrität, ihre Arbeitskraft, ihre Handlungsfreiheit, die Gleichheit ihrer materiellen und immateriellen Lebenschancen.

Solche Sonderpflichten bedürfen eines Rechtsgrundes.¹¹² Das Bundesverfassungsgericht leitet sie aus dem vorrangigen Lebensrecht des Embryos her, das dem Ungeborenen aufgrund seiner Existenz,¹¹³ seiner genetischen Identität¹¹⁴ zugestanden wird. Damit wird zur Begründung herangezogen, was selbst der Begründung bedarf.

In der sog. Transsexuellenentscheidung hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, daß das Grundgesetz

„die Würde des Menschen (so schützt), wie er sich in seiner Individualität selbst begreift und seiner selbst bewußt wird. Hierzu gehört, daß der Mensch über sich selbst verfügen und sein Schicksal eigenverantwortlich gestalten kann.“¹¹⁵

111 v.Rennesse, Fn. 109, Seite 324.

112 so auch Köhler, GA 1988, Seite 435 ff.

113 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 42.

114 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 41.

115 BVerfGE 49, Seite 298.

Man könnte auch sagen, es gibt keine abstrakte, sondern immer nur eine konkrete Menschenwürde.¹¹⁶

Aus der Sicht der Frau bedeutet dies, daß sie im Zustand einer – aktuellen oder potentiellen, gewollten oder ungewollten – Schwangerschaft in ihrer Menschenwürde geschützt sein muß. Frausein, im Gegensatz zum Mannsein, bedeutet schwanger werden zu können. Menschsein muß für die Frau bedeuten, es nicht werden zu müssen. Ellen Wallis hat die Situation einer ungewollten Schwangerschaft einmal sehr plakativ beschrieben:

„Wie erfreulich eine Schwangerschaft für eine Frau, die sie wünscht, auch sein mag, die unerwünschte Schwangerschaft ist buchstäblich eine Invasion – die treffendste Analogie dazu ist der Unterschied zwischen Geschlechtsverkehr und Vergewaltigung (...)“¹¹⁷.

Das Recht des Staates kann nicht so weit gehen, einer Frau eine Rechtspflicht zur Vergewaltigung aufzuerlegen – auch nicht als selbsternannter Wächter des Embryos.

Der Schlüssel zur grundrechtlichen Interpretation liegt meines Erachtens darin, daß es embryonales Leben von Anfang an nur *in* der Frau gibt, nicht ohne sie. Die männliche Anmaßung der verfassungsgerechten Urteile lag aber gerade darin, den Embryo als etwas von Anfang an Seiendes zu betrachten, nicht als etwas, das wird – das neun Monate braucht, um zu werden. Embryonales Leben ist eine Lebenschance, eine Potenz, keine Sicherheit. Sicherheit bringt erst die Geburt.

Das Recht kennt solche Übergangsstadien sehr wohl, wenn es die Beendigung lebensverlängernder Behandlungen erlaubt oder wenn, wie jetzt im Zusammenhang mit der Organspende, Herz- und Hirntod als mögliches Lebensende in Betracht gezogen werden.

Das bedeutet nicht, daß befruchtete Zelle oder Embryo schutzlos wären z.B. gegenüber gentechnischen Manipulationen: Der rechtlich geschützte Bereich der Person/en, von der/von denen das genetische Material stammt, müßte einfach nur konsequent auf jede Körperzelle ausgedehnt werden oder wie Malin Bode es einmal plastisch formuliert hat: „Die Mutter schwimmt in der Petri-Schale.“

Vielleicht ist es an dieser Stelle nötig, mich ausdrücklich von den Ansätzen des Mainzer Rechtsprofessors Norbert Hoerster, einem Anhänger des australischen Philosophen Peter Singer, abzugrenzen.

Er vertritt die Auffassung, daß ein Lebensrecht nur für diejenigen sachlich begründbar (sei), die über ein Überlebensinteresse, also über Bewußtsein sowie über aktuelle oder zukünftige Wünsche – mithin über eine Personalität verfügten. Das Verbot der Abtreibung sei in einem säkularen Staat deshalb schlechterdings nicht mehr begründbar, da seine Rechtfertigung nur in einer christlichen Tradition begründet liege. Der Unterschied zu meiner Argumentation wird erkennbar, wenn Hoerster über Schwangere und die Schwangerschaft spricht: Schwangerschaft beschreibt Hoerster als „Eindringen des Fötus in die Sphäre der Frau“ und als so „natürlich“ wie das Wuchern von Krebszellen“. Hoerster akzeptiert allerdings kein irgendwie geartetes Selbstbestimmungsrecht der Frau, da dadurch der „Bock zum Gärtner“ gemacht würde. Würde, so Hoerster weiter, Abtreibung auch positivrechtlich als ‚Mord‘ behandelt, was sie zwangsläufig sei, wenn dem Fötus ein eigenständiges Lebensrecht eingeräumt werde, dann ‚kriminalisiere‘ man nicht etwa unschuldige Frauen, sondern man verlange lediglich, daß Frauen, die dann der Sache nach Kriminelle seien, „auch als Kriminelle behandelt werden“.¹¹⁸

Diese Auszüge mögen genügen, um den Unterschied deutlich zu machen; es fragt sich nur, warum eine solche Argumentation ausgerechnet in einer Buchbesprechung der ehemaligen Frauenzeitung EMMA empfohlen wird.

Die rechtliche Implementierung des Vaters

Ich möchte zum Schluß noch aufzeigen, was durch die Auslegung des Bundesverfassungsgerichts, durch die Installation eines Rechtssubjektes ‚Embryo‘ möglich wurde: Die rechtliche Entflechtung der „Zweiheit in Einheit“,¹¹⁹ die Ansiedlung eines ‚anderen‘ in der Frau macht paternalistische Fürsorge über die Frau erst möglich. Nur wenn es zwei sind, können sich andere zwischen sie drängen: die Ärzte, die Juristen, Väter und Führer, Kindesvater und Vater-Staat und natürlich die Kirche.

1985 hat das Amtsgericht Köln dem nichtehelichen Vater das Sorgerecht für einen Embryo übertragen, um der Mutter den Schwangerschaftsabbruch zu verbieten.¹²⁰ 1987 hat das Vormundschaftsgericht Celle einer (selbstmordgefährdeten) Minderjährigen – unter Androhung von Zwangsgeld – einen Schwangerschaftsabbruch untersagt.¹²¹

118 Hoerster: Abtreibung im säkularen Staat. Argumente gegen den § 218 StGB. Frankfurt am Main 1991, insbesondere S. 69 ff.

119 Bundesverfassungsgericht 1993, Seite 42.

120 VormG Köln abgedruckt in: FamRZ 1985, Seite 519.

121 VormG Celle abgedruckt in: FamRZ 1987, Seite 738.

116 BVerfGE 30, Seite 25.

117 Ellen Wallis zitiert bei Petchesky in: List/Studer, Fn. 60, Seite 197.

Nachdem seit 1982 auch nach einer Scheidung eine gemeinsame Elternverantwortung möglich ist,¹²² soll das gemeinsame Sorgerecht nunmehr zum nahehelichen Regelfall werden.¹²³ Es soll sogar klar gestellt werden, daß

„zum Wohl des Kindes (...) der Umgang mit beiden Elternteilen (gehört)“ (Entwurf zu § 1626 Abs. 2 BGB).

Im Umkehrschluß heißt das: wird er verweigert, liegt eine Kindeswohlgefährdung vor. Durch gerichtliche Anordnungen soll der uneinsichtige Elternteil zur Pflichterfüllung angehalten werden (§ 1684 Abs. 3 Satz 2 BGB des Entwurfs). Das Gericht als Garant, daß Mutti nichts Schlechtes über Papi sagt – auch wenn er sich weder sorgt, noch umgänglich ist.

So will zukünftig niemand mehr wissen, ob tatsächlich beide Elternteile zur Pflege, Erziehung und Beaufsichtigung¹²⁴ des Kindes beitragen, sondern nur

noch, ob Töpfe und Teller geteilt sind.¹²⁵ Das 'Sorgerecht zum Nulltarif' soll – erklärtermaßen – Väter in die elterliche Verantwortung locken.¹²⁶

Lebt das Kind – trotz gemeinsamer Sorge – bei der Mutter (eine nicht unwahrscheinliche Konstellation), will der abwesende Vater doch immer gefragt sein, schließlich ist die elterliche Sorge in gegenseitigem Einvernehmen auszuüben (§ 1627 BGB). Ausgenommen sind lediglich „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ (§ 1687 Abs. 1 Satz 2 BGB des Entwurfs), womit – so stellt die Begründung klar – aber keine Angelegenheiten *grundsätzlicher Natur* gemeint sind.¹²⁷ Und selbst bei „Gefahr im Verzug“ darf die Mutter zwar Rechtshandlungen vornehmen, „muß (den Vater) allerdings unverzüglich unterrichten“ (§ 1629 Abs. 1 Satz 4 BGB des Entwurfs). Schöne Zeiten also für die sorgeberechtigten, aber nicht umgangspflichtigen Patriarchen.

122 Bundesverfassungsgericht in: FamRZ 1982, 1182 ff.; vgl. dazu ausführlich Bahr-Jendges: Gleichberechtigung und Kindeswohl – ein Widerspruch? Die rechtliche Gestaltung von Geschlechter- und Elternbeziehungen bei der Regelung des Sorgerechts in: STREIT 1993, Seite 27 – 38.

123 vgl. Kindschaftsreformgesetz [KindRG]: Bt-Drs. 13/4899 zu § 630 ZPO (Nr. 25) und a.e.c. aus § 1671 (Nr. 16), wonach über die elterliche Sorge nur auf Antrag entschieden wird. Vgl. dazu schon die Formulierung des § 17 Abs. 2 KJHG, wonach die Eltern durch das Jugendamt bei der Entwicklung eines einvernehmlichen Konzeptes der elterlichen Sorge unterstützt werden sollen.

124 So die Definition der Personensorge in § 1631 BGB.

125 Vgl. die Neufassung des § 630 Abs. 1 Nr. 2 ZPO des KindRG (Fn 123), der nur noch die Erklärung voraussetzt, daß Anträge zum Sorge- und Umgangsrecht nicht gestellt werden.

126 So ausdrücklich Waltraut Schoppe in ihrer Funktion als Niedersächsische Frauenministerin.

127 Die Begründung zu § 1687 Abs. 1 BGB zählt die tatsächliche Betreuung des Kindes und praktisch alle Erziehungsfragen (Fn 123, S. 107); was bleibt, sind Entscheidungen über die tägliche Versorgung und Betreuung des Kindes. Diese Entscheidungsrechte gehen allerdings sofort auf den Vater über, wenn sich das Kind bei ihm aufhält (§§ 1687 Abs. 1 Satz 3, 1687 a BGB des Entwurfs).

Luise von Flotow

Dr. Mama: Ein Bericht aus der Universität

Eine kurze, polemische Darstellung meiner Erfahrungen als nordamerikanische Akademikerin an einer deutschen Universität. Zugegeben, ein einseitiger Bericht. Er ist jedoch nicht als surreale Schilderung der Zustände gemeint.

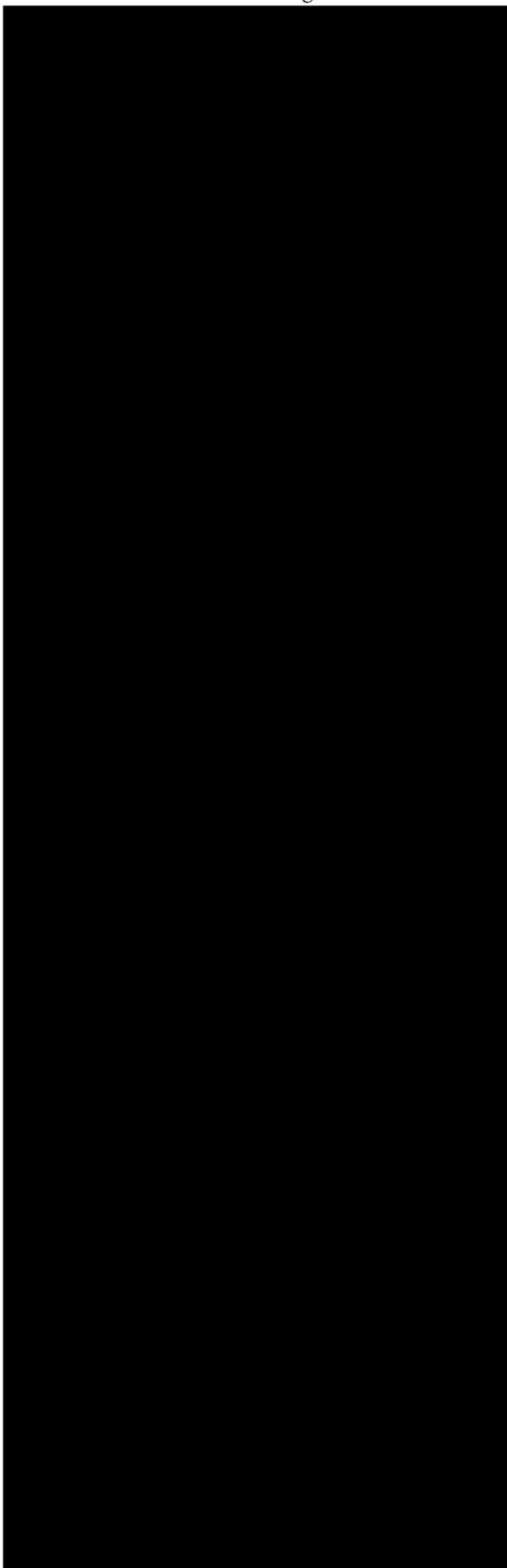
Voller Euphorie kam ich nach Freiburg, auf eine Lektorinnenstelle. Ich hatte gerade meine Promotion an der University of Michigan in Ann Arbor abgeschlossen. Meine Euphorie hatte verschiedene Gründe: Endlich hatte ich die harte Arbeit einer Dissertation hinter mich gebracht und dies als alleinstehende Mutter von vier Kindern – die Kinder schenken mir eine Glückwunschkarte für „Dr. Mama“, als ich nach dem Rigorosum nach Hause kam. Es war an der Zeit, mir einige Jahre in Europa zu gönnen.

Unser Umzug nach Deutschland war eine Kleinigkeit im Vergleich mit der Arbeit, die ich gerade beendet hatte. Ich fühlte mich fast, als würden wir in die Ferien fahren. Unser Plan war, einige Wochen in der wunderbaren August-Sonne Urlaub zu machen, uns in Freiburg niederzulassen, in den neuen Job

hineinzufinden, um dann eventuell eine dauerhafte Anstellung ausfindig zu machen. Als Lektorin hatte ich, wie so viele andere aus dem Mittelbau der deutschen Universitäten, eine befristete Stelle. Mir war klar, daß ich als verantwortungsbewußte, aber immer noch euphorische Mutter, mir irgendwann etwas anderes besorgen müßte. Innerhalb von sechs Monaten war die Eingewöhnung komplett, obwohl einige Umstände außerhalb der Universität die Sache etwas komplizierten: Eine Unterkunft zu finden war eine harte Herausforderung, da Freiburger Vermieter davon ausgehen, daß alleinerziehende Mütter eine Gefahr für ihre Umwelt darstellen. Auch das Schulsystem, das mit der Mutter als unbezahlte Hauslehrerin rechnet, war eine ziemliche Anstrengung. Doch jetzt konnte ich anfangen, mich nach einer unbefristeten Stelle umzuschauen, oder nach einer Position, in der ich mich professionell entwickeln könnte.

Bei einem Einstellungsgespräch für eine Verwaltungsstelle innerhalb der Universität hatte ich mein erstes Erwachen, was die Bedingungen in deutschen

Hochschulen angeht. Bei dieser Stelle ging es um Kontaktherstellung und Austausch mit nordamerikanischen Universitäten. Erfahrungen auf beiden Sei-



ten des Atlantiks und gute Englisch- und Französischkenntnisse waren erwünscht, Bedingungen, die ich leicht erfüllte. Während des Gesprächs kamen meine deutschen Gesprächspartner immer wieder zu dem Punkt zurück, daß ich Kinder habe. Als Nordamerikanerin hatte ich meine Kinder nicht in der Bewerbung aufgeführt, erst während des Gesprächs 'kam es raus'. Und sie waren fasziniert. Wie würde ich die Kinder versorgen und gleichzeitig meinen Job machen? Könnte ich es schaffen, jeden Morgen um acht Uhr im Büro zu sein? Hätte ich Hilfe im Haus, eine 'Oma für's Grobe'? Und so weiter und so fort. Sie fragten nicht, ob jedes Kind Musikunterricht hätte und ob alle regelmäßig zum Zahnarzt gingen. Wahrscheinlich haben sie sich diese Fragen für ein späteres Treffen aufgehoben.

Einige Tage habe ich mein Erstaunen und meinen Ärger über dieses Gespräch mit mir herumgetragen, bevor ich bei der Frauenbeauftragten der Universität und bei der Stelle für Gleichberechtigung der Stadt Freiburg angerufen habe. Beide Stellen sagten mir, daß meine Gesprächspartner wahrscheinlich nur väterliches Interesse an meiner Familiensituation hatten. Sie hätten es sicher nicht böse gemeint. Mir wurde mitgeteilt, daß die Frauenbeauftragten nur eine beratende Funktion haben, kaum Geldmittel und keine wirkliche, legale Befugnis. Durch weitere Fragen an das Ministerium in Stuttgart, in Diskussionen mit aktiven Frauen an den Universitäten in Osnabrück und Paderborn, sogar in einem kurzen Artikel in „DIE ZEIT“ konnte ich Dampf ablassen und gleichzeitig 180 DM verdienen. Es blieb aber ohne dauerhaften Effekt. Im Gegenteil, meine Erfahrungen bestätigten sich, oder vielleicht waren auch nur meine Sinne geschärft: Ein Professor, der zu einer Tagung nach Freiburg angereist war, sagte mir z.B., daß er normalerweise seine Zeit nicht damit verbringen würde, mit „einer kleinen Lektorin“ zu sprechen. Wer weiß, warum er eine Ausnahme gemacht hat, wahrscheinlich war es meine brillante Konversation. Eine Universität, die einen Job in meinem Fachbereich ausgeschrieben hatte und extra Frauen und andere behinderte Personen aufforderte, sich zu bewerben, rief bei Kollegen in Freiburg an, um sich zu erkundigen, ob man mir „trotz Familie“ (nicht wegen der Familien!) diese Stelle anvertrauen könne. Ein anderer Freiburger Professor informierte mich, daß er einen Familienvater habe, für den er noch nicht einmal einen Job finden könne, so daß ich sicherlich nicht für eine Forschungsstelle in Frage käme. Ich fragte mich, wo er diesen Familienvater wohl hatte und warum er ihm einen Job suchen mußte. Konnte der das nicht allein??? Auf alle Fälle wurden meine Dienste nicht gebraucht. Zuletzt gratulierte mir noch ein älterer Professor unseres Instituts zu meiner guten Arbeit und lobte mich: Ich hatte mich nie wegen meiner Kinder vor meinen

Aufgaben gedrückt ... aber, hätte er gewußt, daß ich vier Kinder habe, hätte er mir den Job nie angeboten.

Diese und andere interessante, ja atemberaubende Erlebnisse erlaubten mir Einsicht in eine für mich neue und andere Sichtweise der akademischen Welt. Und wer weiß, vielleicht ist es gar nicht so dumm, davon auszugehen, daß eine Frau, die Kinder geboren hat, irgendwie ihre geistigen und physischen Kapazitäten eingebüßt hat. Der Verlust von Fleisch und Blut während der Geburt kann sie so stark schwächen, daß sie ihre geistigen Fähigkeiten nie wieder erlangt. Das wiederum könnte heißen, daß Frauen, die mehr als ein Kind haben, noch stärker geschwächt sind. Vielleicht ist der Verlust proportional: ein Kind, ein Teil Beeinträchtigung, zwei Kinder, zwei Teile Beeinträchtigung und so weiter. Auf der anderen Seite könnte es auch sein, daß das erste Kind den größten Schaden an der intellektuellen und physischen Verfassung der Mutter anrichtet, während spätere Kinder lediglich noch etwas hinzufügen. Es könnte tatsächlich genetisch vorprogrammiert sein, daß jede Frau, ob sie nun schon Kinder geboren hat oder nur schwangerschaftsgefährdet ist, weniger verantwortungsbewußt, kleiner (kleine Lektorin), geistig und körperlich nicht fit ist und deshalb unfähig, Mutterschaft und akademische Arbeit zu verbinden. Dies könnte ein interessantes Forschungsprojekt ergeben und ein Wiederaufleben der Wahrheiten des 19. Jahrhunderts vorantreiben, welche das Klima in einigen heutigen Institutionen anscheinend wieder bestimmen. Sicherlich hätte es gute Chancen, gefördert zu werden.

Gleichzeitig könnten sich Nachforschungen über die merkwürdige deutsche Spezies 'Familienvater' als produktiv erweisen: Was sind heutzutage die Gründe für ihre Schwäche, stimmt es, daß sie eine gefährdete Spezies darstellen, die speziell und professionell beschützt werden muß? Was könnten die soziologischen und demographischen Gründe für das Abschwächen der Familienväter sein? Vielleicht würde eine vorher durchgeführte Untersuchung über legitimierte deutsche Männlichkeit, über Männerwirtschaft und Vaterschaft neue Herangehensweisen eröffnen. Darauf könnte weitere Arbeit über Patriarchat und Macht folgen, die wertvolle Informationen darüber liefern könnte, wie dem Familienvater in Not geholfen werden kann. Forschungsteams könnten jahrelang arbeiten, um soziale und politische Paradigmen aufzustellen, die diese Gruppe vor dem akademischen Aussterben retten.

Neben diesen neuen, stimulierenden Ideen für die deutsche Forschung kann ich mich an einige amerikanische und kanadische Ansätze erinnern, aus denen ich persönlich als *Familienmutter* Nutzen ziehen

konnte und die ich hier bitterlich vermissen. Der Grundsatz dieser Ansätze ist, daß Frauen wertvolle Mitglieder der akademischen Gemeinschaft sind. Sie sind effiziente, kreative Forscherinnen und gute Lehrerinnen. Nebenher können sie auch Mütter sein. Mutterschaft schließt akademische Arbeit nicht aus, sie macht lediglich die Zeitplanung etwas schwieriger.

Dafür gibt es finanzielle Hilfen für Frauen, die Mütter sind. Es gibt spezielle Stipendien für Frauen mit Kindern. In Kanada gibt es finanzielle Unterstützung für alleinerziehende Mütter, die sich weiterbilden möchten. Die Universitäten haben selbstverständlich Kindertagesstätten für Studierende und MitarbeiterInnen. Professorinnen (von denen es viele gibt) und Studentinnen mit kleinen Kindern bekommen mehr Zeit, ihre Arbeit zu absolvieren: Ich vermute, die Idee von der 'biologischen Uhr' ist eine nordamerikanische Erfindung. In Nordamerika ist es illegal für potentielle Arbeitgeber, nach Kindern, Ehepartnern oder anderen persönlichen Details wie Alter, sexueller Orientierung, Rasse oder Religion zu fragen. Job-Information ist öffentliche Information. Diskriminierung aufgrund des Geschlechts ist illegal.

Mir selbst sind viele Vorteile dieser Integration von Frauen in die nordamerikanische akademische Gesellschaft zugute gekommen. Hier eine nur unvollständige Liste:

— Ich hatte die Möglichkeit, halbtags zu unterrichten, an meinem 'Master of Arts' zu arbeiten und dies mit vier Kindern im Alter bis zu sieben Jahren. Dies zwei jüngsten waren zwei Tage pro Woche in einer von der Universität subventionierten Kindertagesstätte, die anderen zwei waren auf einer Ganztagschule, wie alle Kinder in Kanada. Sie haben keinerlei Traumata in dieser Zeit erlitten.

— Die University of Michigan hat mich an ihrer 'graduate school' aufgenommen und mir einen Lehrauftrag gegeben, ohne sich zu erkundigen, ob ich einen Babysitter oder einen Professor als Sponsor hätte.

— Die kanadische Regierung zahlte mir ein Stipendium für ein Forschungsvorhaben auf der Basis eines ausgearbeiteten Plans, Zeugnissen, Referenzen und minimaler persönlicher Informationen. Ich mußte kein Lichtbild vorlegen.

— Es war möglich, ein Jahr in Marburg als Gastlektorin zu verbringen, obwohl die Kinder, damals zwischen vier und 11 Jahren, mitkamen; in Michigan hatte niemand nach ihnen gefragt. In Marburg waren sie ein Ding der Unmöglichkeit, die Wohnungssituation war eine Katastrophe; in Deutschland sind Gastakademiker normalerweise Gentlemen, die ihre Kinder zu Hause lassen.

— Die Teilnahme an Konferenzen, internationalen Kolloquien, literarischen und kulturellen Veranstal-

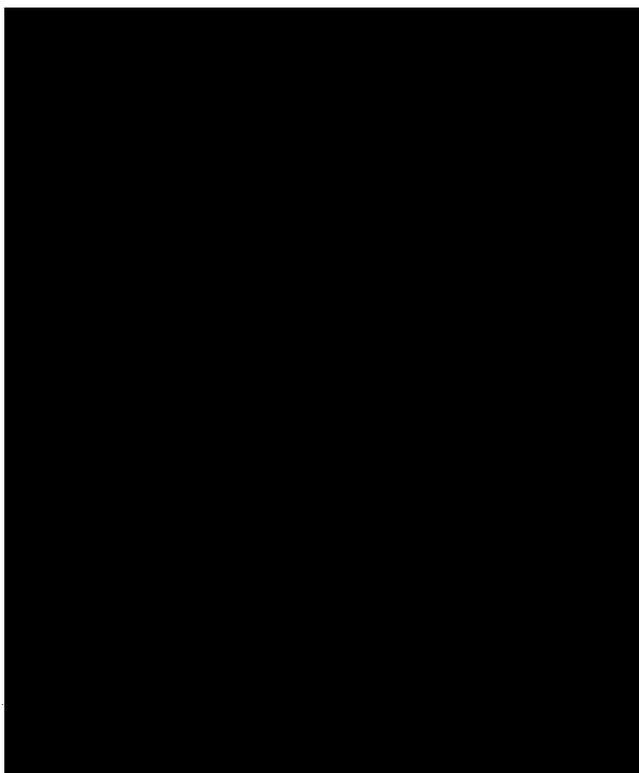
tungen wurde als ein selbstverständlicher Aspekt von Lehre und Forschung angesehen und von der Universität finanziell unterstützt. Es standen spezielle Mittel zur Verfügung, die es mir möglich machten, zwei längere Forschungsaufenthalte in der DDR zu verbringen – unabhängig von meinem Geschlecht oder der Anzahl meiner Kinder. Dieses war besonders wertvoll, da es mir ermöglichte, allein zu verreisen, Forschung zu betreiben und darüber zu schreiben, und, als zusätzliches Bonbon, eine Zeitlang zu vergessen, daß ich Mutter bin.

Akademische Arbeit bedeutet nicht nur, ein Einkommen zu haben. Es ist immer auch eine Art Urlaub von der Schuferei im Haushalt und von den nicht immer faszinierenden Aktivitäten kleiner und mittelgroßer Kinder.

Und jetzt, da meine Kinder fast erwachsen sind, zwischen 12 und 18 Jahren, können akademische Interessen das Loch auffüllen, in das so viele Vollzeit-Mütter hineinfallen, wenn die Kinder außer Haus sind. Darüberhinaus hat mich akademische Arbeit davor bewahrt, jahrelang auf einer Ecke des Sandkastens zu sitzen, um Nicholas beim Spielen zuzusehen, Leonore zu Tanz- oder Schwimmstunden zu chauffieren, Plätzchen zu backen für Charlottes Klasse oder hinter Lewis und seine Freunde her zu schnüffeln. Hätte ich die letzten 15 Jahre meines Lebens in Deutschland verbracht, wäre ich sicherlich in gerade diesen Sachen Expertin geworden. Außerdem würde ich jetzt von Sozialhilfe leben.

In Deutschland stellt der Titel Dr. Mama und vor allem der dazugehörige Job einen Widerspruch in sich dar, denn es wird erwartet, daß Frauen mit Kindern von ihren Männern ausgehalten werden. Das merkwürdige an der Sache ist, daß die meisten Frauen durch eigene Erfahrungen und gerade studierte Frauen aus der Frauengeschichte, der Literatur, aus den Sozial- und Naturwissenschaften wissen, daß männlicher 'Schutz' niemals garantiert ist. Sie müßten sich ebenso darüber im Klaren sein, daß ein solcher 'Schutz', ob von privater oder öffentlicher Seite, z.B. in Form der deutschen *Mutterschutzhaft*, schnell zu Kontrollmechanismen, Herablassung und Entmündigung ausarten kann. Meiner Erfahrung nach sind viele Frauen an deutschen Universitäten immer noch willig, Diskriminierung zu tolerieren, und viele Männer sind bereit, dies zu verwalten und für sich zu nutzen. Dadurch werden Frauen davon abgehalten, gleichberechtigt an akademischer Arbeit teilzunehmen.

Nordamerika ist kein Paradies, jedoch nehmen die wissenschaftliche Gemeinschaft und die akademischen Institutionen dort Mütter und andere behinderte Menschen, eben alle an Bildung Interessierten, mit offenen Armen auf.



Beschluß
AG Ratzeburg, § 1666 BGB
„Go-Order“

Dem Antragsgegner wird im Wege der einstweiligen Anordnung aufgegeben:

Der Antragsgegner darf die in der X.-Straße in Ratzeburg gelegene Wohnung solange nicht betreten bzw. nutzen, wie das Kind J. in dieser Wohnung lebt.

Dem Antragsgegner wird der Umgang mit J. untersagt und ihm wird aufgegeben, sich J. nicht näher als 500 m zu nähern.

Dem Antragsgegner wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die Anordnung ein Zwangsgeld in Höhe von 10.000,- DM angedroht.

Beschluß des AG Ratzeburg vom 2.6.1995 – 2 X Sch 510 -

Aus den Gründen:

Die Mutter der Antragstellerin ist mit dem Antragsgegner in zweiter Ehe verheiratet. Ein Scheidungsverfahren ist rechtshängig. Die Antragstellerin J. ist ein Kind der Ehefrau des Antragsgegners aus erster Ehe. Der Antragsgegner befindet sich aufgrund des Haftbefehls des Amtsgerichts Ratzeburg vom 30.1.1995 in Untersuchungshaft wegen sexuellen Mißbrauchs der Tochter J. Die oben angeordneten Schutzmaßnahmen sind erforderlich, um eine Gefährdung des Kindeswohls auszuschließen. Es besteht die Möglichkeit, daß der Haftbefehl außer Vollzug gesetzt wird.

Mitgeteilt von RAinnen Brunner und Grahl, Mölln

Urteil mit Anmerkung

BAG, Art. 3, 33 GG; §§ 611 a, 823, 847 BGB; § 4 Gesetz zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen vom 20. November 1990 (GBl. 1990 S. 433); Art. 2 EG-Richtlinie 76/207 vom 9. Februar 1976; Art. 177 Abs. 3 EG-Vertrag

Bevorzugung ja, aber nicht automatisch („Kalanke-Urteil“)

1. Die Quotenregelung des Bremer Landesgleichstellungsgesetzes (§ 4 Abs. 2 LGG) ist mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaft unvereinbar, weil sie weiblichen Bewerbern um eine Beförderungsstelle automatisch den Vorrang einräumt, wenn sie gleichqualifiziert sind wie männliche Mitbewerber. Die Regelung darf bei Auswahlentscheidungen nicht angewandt werden.

2. Die Gerichte der EU-Mitgliedstaaten sind verpflichtet, nationales Recht soweit als möglich gemeinschaftsrechtskonform auszulegen. Sie dürfen aber dabei den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht verändern, sondern nur den Spielraum nutzen, den die allgemeinen Auslegungsregeln lassen.

3. Der Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Diskriminierung wegen des Geschlechts setzt ein Verschulden des Arbeitgebers voraus (Bestätigung von BAGE 61, 209 und 220 = AP Nr. 5 und 6 zu § 611 a BGB). Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der §§ 823, 847 BGB, wonach in Diskriminierungsfällen kein Verschulden erforderlich wäre, ist nicht möglich.

4. Die Verpflichtung nach Art. 177 Abs. 3 EGV, den Europäischen Gerichtshof anzurufen, bezieht sich nur auf die Auslegung von Normen des Gemeinschaftsrechts. Die Auslegungsbedürftigkeit von Rechtssätzen, mit denen der Europäische Gerichtshof ein Vorabentscheidungsersuchen beantwortet hat, reicht allein nicht aus, um zu einer erneuten Vorlage zu verpflichten.

(amtl. Leitsätze)

BAG, Urt. v. 5.3.1996 – AZR 590/92 (A) (LAG Bremen)

Zum Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Besetzung der Stelle eines Sachgebietsleiters beim Gartenbauamt der bekl. Stadt. Für diese Stelle haben sich sowohl der Kläger als auch die Streitverkündete beworben. Der Kläger ist Diplom-Ingenieur für Garten- und Landschaftspflege. Er arbeitet seit 1973 im Gartenbauamt der Bekl. im Sachgebiet 21 (Referat 21-1) als gartenbautechnischer Angestellter in der VergGr. III BAT. (...)

Im Beiblatt zum Amtsblatt Nr. 17 der Freien Hansestadt Bremen vom 24. Juli 1990 schrieb die Beklagte die Sachgebietsleiterstelle für das Sachgebiet 21 des Gartenbauamtes aus.

Aufgrund dieser Stellenbeschreibung sind der Kläger und die Streitverkündete in die engere Wahl gekommen. Außerdem hatten sich noch ein weiterer Mann und eine weitere Frau beworben. Auf Stellen der VergGr. II a/I b BAT sind Frauen bei der Beklagten erheblich unterrepräsentiert. Dies gilt insbesondere im Bereich des Gartenbauamtes.

Die Amtsleitung schlug den Kläger zur Beförderung vor. Der Personalrat verweigerte nach einem Vorstellungsgespräch mit den Bewerbern die Zustimmung zu diesem Vorschlag. Die angerufene

Schlichtung ergab eine Empfehlung zugunsten des Klägers. Der Personalrat erklärte daraufhin die Schlichtung für gescheitert und rief die Einigungsstelle an. Diese entschied am 20. Februar 1991 wie folgt:

„Die Zustimmung des Personalrats zu der Maßnahme der Besetzung der Stelle des Leiters/der Leiterin des Sachgebiets 21 des Gartenbauamtes mit Herrn K. wird nicht ersetzt. Begründung: Die Einigungsstelle ist mehrheitlich der Auffassung, daß beide Bewerber gleiche Qualifikation für diesen Dienstposten besitzen und daher – auch auf der Grundlage des Landesgleichstellungsgesetzes – der weiblichen Bewerberin der Vorrang gebührt.“

Dieses Ergebnis teilte die Beklagte dem Kläger am 5. 3. 1991 mit. Auf Antrag des Klägers hat daraufhin das Arbeitsgericht Bremen der Beklagten im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, die ausgeschriebene Stelle bis zu einer Entscheidung des Arbeitsgerichts in der Hauptsache zu besetzen. Auf die hiergegen von der Beklagten eingelegte Berufung wurde zwischen den Parteien vor dem LAG am 31. 7. 1991 ein Vergleich geschlossen, der der arbeitsgerichtlichen Entscheidung entsprach. Die Beklagte übertrug die Aufgaben kommissarisch der Streitverkündeten. Mit seiner am 15. 3. 1991 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat der Kläger von der Beklagten verlangt, die ausgeschriebene Stelle mit ihm zu besetzen, und hilfsweise begehrt, an ihn ein angemessenes Schmerzensgeld zu zahlen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klageziel weiter.

Mit Beschluß vom 22. Juni 1993 hat der Senat das Verfahren ausgesetzt und den Europäischen Gerichtshof gem. Art. 177 Abs. 3 EGV angerufen. Zu klären war die Vereinbarkeit von Quotenregelungen mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 4 der Richtlinie des Rates vom 9. Februar 1976 (76/207/EWG) zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (BAGE 73, 269 = AP Nr. 193 zu Art. 3 GG). Der Europäische Gerichtshof hat die Auslegungsfragen beantwortet mit Urteil vom 17. Oktober 1995 – Rs C-450/93 – Kalanke -. ¹

Aus den Gründen:

Die Revision hat nur teilweise Erfolg.

Der Kläger hat nicht deshalb Anspruch auf Übertragung der erstrebten Beförderungsstelle, weil schon jetzt feststünde, daß jede andere Entscheidung der Beklagten fehlerhaft wäre (A). Die Beklagte durfte ihrer Auswahlentscheidung jedoch nicht § 4 II des Gesetzes zur Gleichstellung von Frau und Mann im öffentlichen Dienst des Landes Bremen vom 20. 11. 1990 – LGG (GBl. 1990, 433) zugrunde legen, weil diese Regelung gegen das Recht der Europäischen

1 s. STREIT 1995, S. 159 ff. m. Anm. Colneric

Gemeinschaft verstößt. Sie ist vielmehr verpflichtet, eine neue Auswahlentscheidung zu treffen, bei der § 4 II LGG keine Berücksichtigung finden darf (B). Die unrichtige Auswahlentscheidung der Beklagten begründet keinen Anspruch des Klägers auf Schmerzensgeld (C).

A. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Übertragung der begehrten Beförderungsstelle.

1. Art. 33 Abs. 2 GG eröffnet jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ergeben sich für den einzelnen Bewerber hieraus unmittelbare Rechte. Jeder kann verlangen, bei seiner Bewerbung nur nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Kriterien beurteilt zu werden. Die Behörde darf insbesondere nicht nach den in Art. 3 Abs. 3 GG mißbilligten Merkmalen differenzieren und einen Bewerber deshalb benachteiligen. Dies gilt nicht nur für Einstellungen, sondern auch für Beförderungen innerhalb des öffentlichen Dienstes.

Aus dem Verbot unzulässiger Differenzierung ergibt sich aber im Regelfall für einen benachteiligten Bewerber nur das Recht, daß der auf rechtlich nicht zu billigende Gesichtspunkte gestützte Ablehnungsbescheid aufgehoben wird. Der Bewerber ist so zu stellen, wie er stünde, wenn die Behörde die Grundsätze des Art. 33 Abs. 2 GG nicht verletzt hätte. Seine Bewerbung ist dann neu zu beurteilen. Ein unmittelbarer Anspruch auf Einstellung oder Beförderung kann sich allerdings ausnahmsweise dann ergeben, wenn sich nach den Verhältnissen im Einzelfall jede andere Entscheidung als rechtswidrig oder ermessensfehlerhaft darstellt und mithin die Berücksichtigung dieses Bewerbers die einzig rechtmäßige Entscheidung ist (ständige Rechtsprechung, vgl. nur BAG Urteil vom 31.3.1976 – 5 AZR 104/74 – BAGE 28, 62 = AP Nr. 2 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Urteil vom 5.8.1982 – 2 AZR 1136/79 – BAGE 40, I = AP Nr. 18 zu Art. 33 Abs. 2 GG; Urteil vom 9.11.1994 – 7 AZR 19/94 – AP Nr. 33 zu Art. 33 Abs. 2 GG).

2. Das Auswahlmessen der Beklagten ist im vorliegenden Fall nicht auf die vom Kläger gewünschte Entscheidung reduziert. Dies käme nur in Betracht, wenn der Kläger im Vergleich zu der Streitverkündeten als der einzigen verbliebenen Mitbewerberin nach den in Art. 33 Abs. 2 GG genannten Eignungskriterien qualifizierter wäre. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Beklagte ist bei ihrer Entscheidung vielmehr davon ausgegangen, daß beide Bewerber gleichqualifiziert seien. Im Rahmen der eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung ist das nicht zu beanstanden.

Bei dieser Sachlage war die Besetzung der Stelle mit dem Kläger nicht die einzig rechtmäßige Ent-

scheidung, die die Beklagte treffen durfte. Der Kläger hat daher keinen unmittelbaren Anspruch auf Übertragung der Stelle.

Sind zwei Bewerber gleichqualifiziert im Sinne des Art. 33 Abs. 2 GG, verbleibt dem öffentlichen Arbeitgeber ein Auswahlmessen. Er kann Hilfskriterien zur Entscheidung heranziehen. Diese sind nicht zwingend festgelegt. Sie dürfen allerdings nicht sachwidrig sein, insbesondere nicht gegen die Grundsätze des Art. 3 Abs. 3 GG verstoßen. Geht der Arbeitgeber dennoch von unzulässigen Hilfskriterien aus, so ergibt sich daraus allein noch kein Anspruch des benachteiligten Bewerbers auf Übertragung der Stelle. Vielmehr kann dieser nur eine erneute Bescheidung unter Zugrundelegung anderer Hilfskriterien verlangen. Der Hauptantrag war danach abzuweisen, soweit er auf die Verurteilung der Beklagten gerichtet ist, dem Kläger die begehrte Stelle zu übertragen.

B. Die Beklagte ist hingegen verpflichtet, die Bewerbung des Klägers neu zu bescheiden. Auf der Basis gleicher Eignung der Bewerber hat sie ihrer Auswahlentscheidung allein die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG zugrunde gelegt. Das war unzulässig.

Die Beklagte durfte ihre Entscheidung nicht auf die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG stützen. Nach dieser Vorschrift sind Bewerberinnen mit gleicher Qualifikation bei der Übertragung von Tätigkeiten einer höheren Vergütungsgruppe vorrangig zu berücksichtigen, wenn Frauen in den entsprechenden Funktions- oder Vergütungsebenen unterrepräsentiert sind. Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen dieser Regelung sind zwar erfüllt; § 4 Abs. 2 LGG ist jedoch nicht anzuwenden, da er gegen europäisches Gemeinschaftsrecht verstößt. Das folgt aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 17. 10.1995 – Rs C-450/93 -Kalanke – (NZA 1995, 1095 = EuGRZ 1995, 546).

1. Der Senat hatte mit Beschluß vom 22. Juni 1993 im vorliegenden Verfahren dem Europäischen Gerichtshof die Frage vorgelegt, ob Art. 2 Abs. 4 der EG-Richtlinie 76/207 vom 9. 2.1976 dahin auszulegen sei, daß er auch Regelungen wie § 4 LGG zulasse, oder ob Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie solche Regelungen ausschließe (zur genauen Fragestellung s. Senatsbeschluß vom 22. Juni 1993 – BAGE 73, 269 = AP Nr. 193 zu Art. 3 GG). Zu dieser Vorlage sah sich der Senat gem. § 177 EGV verpflichtet. Er ging zwar davon aus, die Richtlinie erlaube eine solche Regelung, aber er hielt diese Auslegung nicht für offenkundig eindeutig.

Mit Urteil vom 17.10.1995 (a.a.O.) hat der Europäische Gerichtshof die Frage des Senats wie folgt beantwortet:

Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 ... steht einer nationalen Regelung entgegen, nach der, wie im vorliegenden Fall, bei gleicher Qualifikation von Bewerbern unterschiedlichen Geschlechts um eine Beförderung in Bereichen, in denen die Frauen unterrepräsentiert sind, den weiblichen Bewerbern automatisch der Vorrang eingeräumt wird, wobei eine Unterrepräsentation dann vorliegen soll, wenn in den einzelnen Vergütungsgruppen der jeweiligen Personalgruppe nicht mindestens zur Hälfte Frauen vertreten sind und dies auch für die nach dem Geschäftsverteilungsplan vorgesehenen Funktionsebenen gelten soll.

Der Europäische Gerichtshof ist davon ausgegangen, daß die Richtlinie 76/207 in Art. 2 Abs. 4 Maßnahmen zuläßt, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind (also nach Abs. 1 verboten wären), aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen. Das gelte für spezifisch Frauen begünstigende nationale Maßnahmen bei Beschäftigungszugang und Beförderung, soweit sie darauf gerichtet sind, die Fähigkeiten von Frauen zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter gleichen Bedingungen wie Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen (Nr. 18 und 19 der Gründe). Die geltenden Rechtsvorschriften über die Gleichbehandlung seien nicht ausreichend, um faktische Ungleichheiten zu beseitigen (Nr. 20 der Gründe). Der Gerichtshof hebt aber hervor, daß Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie als Ausnahme von dem in Art. 2 Abs. 1 enthaltenen individuellen Diskriminierungsverbot eng auszulegen sei (Nr. 21 der Gründe). Unter Nr. 22 und Nr. 23 der Gründe stellt der Europäische Gerichtshof folgendes fest:

(22) Eine nationale Regelung, die den Frauen bei Ernennungen oder Beförderungen absolut und unbedingt den Vorrang einräumt, geht über eine Förderung der Chancengleichheit hinaus und überschreitet damit die Grenzen der in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie vorgesehenen Ausnahme.

(23) Außerdem setzt eine solche Regelung insofern, als sie darauf abzielt, daß in allen Vergütungsgruppen und auf allen Funktionsebenen einer Dienststelle mindestens ebensoviel Frauen wie Männer vertreten sind, an die Stelle der in Art. 2 Abs. 4 vorgesehenen Förderung der Chancengleichheit das Ergebnis, zu dem allein die Verwirklichung einer solchen Chancengleichheit führen könnte.

2. Bei Anwendung dieser Auslegungsgrundsätze enthält § 4 Abs. 2 LGG eine Regelung, die unzulässig ist, weil sie Frauen bei gleicher Qualifikation automatisch den Vorrang einräumt. Sie sieht nämlich keine regelmäßige Berücksichtigung von Härtefällen vor, die ihre automatische Wirkung aufheben könnte.

a) Die Unvereinbarkeit mit Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie ergibt sich nicht schon daraus, daß § 4 Abs. 2 LGG die personelle Entscheidung selbst beeinflußt. Allerdings hatte der Generalanwalt in seinen Schlußanträgen diese Auffassung vertreten. Er meinte, Förderung der Chancengleichheit könne immer nur im Vorfeld von Einstellungen und Beförderun-

gen zugelassen werden, weil sonst das durch die Frauenförderung angestrebte Ergebnis selbst geregelt werde. Diese Unterscheidung von Chance und Ergebnis ist nicht angebracht. Bei Einstellungen und Beförderungen läßt sie sich schon rein tatsächlich nicht durchhalten, weil die Auswahlentscheidung selbst unmittelbar durch Umstände, Erwartungen und Vorurteile beeinflußt wird, die die Chancen von Frauen typischerweise mindern. Aber auch rechtlich hat die Unterscheidung keine Grundlage. Sie läuft auf die These hinaus, daß die Chancennachteile der Frauen nicht durch Sanktionen kompensiert werden dürfen, die die entscheidenden Personen unmittelbar binden, die drohende Benachteiligung also verhindern. Ein solcher Grundsatz findet in Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie keine Stütze.

Auch der Europäische Gerichtshof ist der Auffassung des Generalanwalts offensichtlich nicht gefolgt. Er vermerkt zwar in Nr. 23 der Entscheidungsgründe ebenfalls, daß das Ergebnis einer Quotenregelung über die bloße Förderung der Chancengleichheit hinausgehen kann, wenn ein zu weitreichender Einfluß auf das Auswahlergebnis genommen wird. Diese Feststellung wird aber ausdrücklich auf eine automatisch wirkende Quotenregelung beschränkt („eine solche Regelung“). Hätte der Gerichtshof dem weitergehenden Begründungsansatz des Generalanwalts folgen wollen, wären die vorangestellten Überlegungen, auf die es entscheidend ankommen sollte, überflüssig und irreführend gewesen. Das kann nicht gemeint sein (ähnlich Colneric, BB 1996, 265, 268; Dieball/Schiek, EuroAS 1995, 185, 186 f.).

b) § 4 Abs. 2 LGG ist dennoch mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG unvereinbar. Nach der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs steht das Gemeinschaftsrecht einer nationalen Regelung entgegen, die Bewerberinnen bei gleicher Qualifikation mit männlichen Mitbewerbern *automatisch* den Vorrang einräumt. Dies ist hier der Fall, weil bei Erfüllung der genannten Tatbestandsmerkmale der Vorrang ohne weitere Prüfung eingreift, die Vorschrift also keine regelhaften Ausnahmen vorsieht und damit absolut und unbedingt wirkt (vgl. a.a.O., Nr. 22 der Gründe).

aa) Der Senat ist allerdings in seinem Vorlagebeschluß davon ausgegangen, § 4 Abs. 2 LGG könne verfassungskonform dahin ausgelegt werden, daß er Härtefälle nicht erfassen wolle. Er hat zwar in diesem Zusammenhang beispielhaft eine nordrhein-westfälische Regelung erwähnt, aber nicht präzisiert und auch nicht präzisieren müssen, wann ein Härtefall im Sinne des Bremer Gesetzes anzunehmen ist, unter welchen Voraussetzungen also eine Ausnahme in Betracht käme. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Begründung die vom Senat erwogene verfas-

sungskonforme Auslegung lediglich referiert (Nr. 9 der Gründe). Er hat sich jedoch im Entscheidungsteil auf die Fragen des Senats beschränkt und keine Aussage zu Regelungen mit Härteklauseln getroffen. Die Bezugnahme auf „Regelungen wie im vorliegenden Fall“ rechtfertigt nicht die Annahme, der Europäische Gerichtshof habe damit Quotenregelungen generell beurteilen und beanstanden wollen, gleichgültig, welche Ausnahmen und Einschränkungen sie enthalten. Dagegen spricht, daß der Senat in seiner Vorlagefrage die verfassungskonforme Auslegung der bremischen Regelung nicht erwähnt und auch in seiner Begründung den Umfang etwaiger Ausnahmen nicht näher thematisiert hat.

Ist deshalb davon auszugehen, daß sich die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs nur auf automatisch wirkende Regelungen bezieht, bleibt zu prüfen, ob § 4 LGG einschränkend dahin ausgelegt werden kann, daß er Ausnahmen zuläßt, die eine unzulässige Automatik vermeiden. Dies ergibt sich aus dem Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs muß ein nationales Gericht die Auslegung innerstaatlichen Rechts soweit wie möglich am Wortlaut und Zweck einschlägiger Richtlinien ausrichten, um das mit ihnen verfolgte Ziel zu erreichen und auf diese Weise Art. 189 Abs. 3 EGV zu genügen (EuGH Urteil vom 14.7.1994 – Rs C-91/92 – Faccini Dori – Slg. 1994 I, 3347, 3357). Dazu verpflichtet schon das rechtsstaatliche Gebot, die Einheit der Rechtsordnung zu wahren.

bb) Der Senat bleibt dabei, daß auch der bremische Gesetzgeber nicht jede Ausnahme ausschließen wollte. Die insoweit schon im Beschluß vom 22.6.1993 angesprochenen „Härtefälle“ sind jedoch im Hinblick auf die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu präzisieren. Dabei zeigt sich, daß die denkbaren Ausnahmetatbestände nicht weit genug sind, um den Konflikt mit dem Gemeinschaftsrecht zu vermeiden.

(1) Die Grenzen einer gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung werden bestimmt durch die allgemeinen Auslegungsregeln. Insoweit gilt nichts anderes als für die verfassungskonforme Auslegung. Die Auslegung darf jedoch den erkennbaren Willen des Gesetzgebers nicht verändern (vgl. zuletzt etwa BVerfG Beschluß vom 24.5.1995, BVerfGE 93, 37, 79 f.; BVerfGE 35, 263, 278 ff.).

(2) Das bremische Gesetz sieht nach seinem Wortlaut Ausnahmen nicht vor. Die Formulierung, Frauen seien vorrangig zu berücksichtigen, läßt für einen allgemeinen Regel-Ausnahme-Tatbestand keinen Raum. Dies entsprach auch dem gesetzgeberischen Willen. Ausnahmetatbestände mit unbestimmten Rechtsbegriffen können unversehens zu mittelbarer Diskriminierung führen (Pfarr in Anm.

zu AP Nr. 193 zu Art. 3 GG, unter IV). Es ist davon auszugehen, daß der bremische Gesetzgeber § 4 Abs. 2 LGG von vergleichbaren Regelungen in anderen Gleichstellungsgesetzen bzw. bereits vorliegenden Entwürfen abheben wollte, um diese Gefahr zu vermeiden (vgl. auch Colneric, BB 1996, 265, 266). Er kannte die vergleichbare Vorschrift in Nordrhein-Westfalen (§ 25 Abs. 5 Satz 2 LBG NW i.d.F. vom 31.10.1989), die einen allgemein gefaßten Ausnahmetatbestand enthält (vgl. auch Sitzungsprotokoll der Bremischen Bürgerschaft, 12. Wahlperiode, 74. Sitzung vom 7.11.1990, S. 5024 ff.).

Wortlaut und erkennbarer gesetzgeberischer Wille stehen danach einer Auslegung des Gesetzes entgegen, wonach in jedem Einzelfall eine Abwägung nach individuellen Besonderheiten vorzunehmen wäre. Das ist ein entscheidender Unterschied z.B. zu der nordrhein-westfälischen Quotenregelung, der nicht durch eine einschränkende Auslegung eingeengt werden darf. Soweit wollte der Senat auch in seinem Vorlagebeschluß vom 22. 6.1993 (a.a.O.) nicht gehen.

(3) Andererseits folgt weder aus den gesetzgeberischen Materialien noch aus sonstigen Umständen, daß der bremische Gesetzgeber selbst dann keine Ausnahmen zulassen wollte, wenn die Bevorzugung einer Bewerberin dem Zweck des Gesetzes gerade zuwiderliefe oder wenn verfassungsrechtlich gleichrangig geschützte Positionen betroffen sind. Zu denken ist einmal an Fälle, in denen Frauen mit männlichen Bewerbern konkurrieren, die eine geschlechtsuntypische Berufsbiographie haben, z.B. alleinerziehende Väter. Zu denken ist ferner an den Schutz Schwerbehinderter, der jetzt ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG erwähnt wird, aber auch schon zuvor zu den unverzichtbaren Aufgaben eines Sozialstaates gehörte (vgl. BVerfGE 84, 133 = AP Nr. 70 zu Art. 12 GG). Auch hier kann unterstellt werden, daß der Gesetzgeber ein Abweichen von der Vorrangregelung zugelassen hätte, wenn ihm das Problem bewußt gewesen wäre. Eine einschränkende Auslegung in so krassen Fallgestaltungen würde nämlich Sinn und Zweck des § 4 Abs. 2 LGG nicht verändern.

Aber angesichts des offensichtlich bewußten Verzichts auf eine differenzierte Härterege- lung können weitergehende Ausnahmetatbestände nicht ergänzt werden, ohne den gesetzgeberischen Willen zu verfälschen. Die möglichen Ausnahmen beschränken sich somit auf atypische Fälle, bei denen die Zweckwidrigkeit des Ergebnisses und die Ungerechtigkeit einer starren Handhabung auf der Hand liegen. Eine derart begrenzte Abschwächung hebt aber die nach dem Wortlaut des Gesetzes vorgesehene automatische Bevorzugung weiblicher Bewerber nicht auf. Das Gesetz begründet keine Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung des Ergebnisses und fordert infolgedes-

sen auch kein regelhaftes Prüfprogramm. Die Erfüllung der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen hat vielmehr ohne weitere Prüfung der Konsequenzen unmittelbar zur Folge, daß die Bewerberin vorrangig zu berücksichtigen ist. Diese Rechtsfolge ergibt sich automatisch. Ausnahmen, die das Ergebnis noch beeinflussen könnten, sind gerade dadurch gekennzeichnet, daß sie sich durch das Gewicht ihrer Programmwidrigkeit von selbst aufdrängen. Sie sind gleichsam „Störfälle“ des automatischen Entscheidungsprozesses, stellen aber die gesetzlich vorgeschriebene Automatik nicht in Frage.

3. Die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG ist daher mit Art. 2 Abs. 1 und Abs. 4 der Richtlinie nicht vereinbar. Zu dieser Feststellung bedarf es keiner erneuten Vorlage an den Europäischen Gerichtshof. Die Vorlagepflicht nach Art. 177 Abs. 3 EGV bezieht sich nur auf die Auslegung von Normen des Gemeinschaftsrechts, nicht dagegen auf alle hierzu in Vorabentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs aufgestellten Rechtssätze, mögen diese auch ihrerseits – wie im vorliegenden Fall – interpretationsbedürftig sein. Der Europäische Gerichtshof entscheidet im Verfahren nach Art. 177 EGV nicht darüber, wie die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf den Ausgangsfall anzuwenden sind. Er präzisiert vielmehr nur in Form abstrakter Rechtssätze den Inhalt der gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift, nach dem er gefragt wurde. Die Subsumtion des konkreten Sachverhalts unter die Rechtssätze ist dann Sache des nationalen Gerichts (ständige Rechtsprechung, zuletzt z.B. EuGH Urteil vom 31.5.1995 – Rs C-400/93 – Royal Copenhagen – EuZW 1995, 575). Würde die Vorlagepflicht des Art. 177 Abs. 3 EGV auch auf alle Unklarheiten und Restzweifel erstreckt, die trotz der Antworten des Europäischen Gerichtshofs im Vorabentscheidungsersuchen noch verbleiben, so liefe das vielfach – und auch hier – darauf hinaus, ihm die Entscheidung des Einzelfalls zu übertragen. Das aber ist von Art. 177 EGV gerade nicht gewollt.

Inwieweit andere nationale Gleichstellungsvorschriften mit einer weitergehenden Ausnahmeregelung als sie hier durch Auslegung festzustellen ist, mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sind, hat der Senat nicht zu entscheiden (vgl. dazu etwa Colneric, BB 1996, 265, 268; Dieball/Schiek, EuroAS 1995, 185, 186; Heilmann/Hoffmann, AuA 1995, 406; s. auch VerwG Gelsenkirchen Beschluß vom 21.12.1995 – 1 K 6303/94 – (n.v.) einerseits und OVG NRW Beschluß vom 19.12.1995 – 6 B 2688/95 – (EuZW 1996, 158) andererseits, jeweils zur Frauenförderungsregelung in § 25 Abs. 5 Satz 2 LBG NRW). Es ist jedoch festzuhalten, daß die gemeinschaftsrechtlichen Bedenken, die die bremische Quotenregelung

unanwendbar machen, gegenüber anderen Gleichstellungsregelungen nicht bestehen, soweit diese eine regelhafte Prüfung in jedem Einzelfall vorsehen. Der notwendige Zwischenschritt einer Prüfung nach bestimmten Kriterien – in den verschiedenen Gesetzen unterschiedlich gewichtet –, der im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit ein Abweichen von der Bevorzugung von Frauen nicht nur zuläßt, sondern u.U. sogar fordert, hebt die Automatik auf, die nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG unvereinbar ist. Es handelt sich nicht nur um einen graduellen, sondern um einen wesentlichen Unterschied im Vergleich zu der bremischen Regelung.

4. Ist eine Norm des nationalen Rechts mit Gemeinschaftsrecht unvereinbar, führt das zwar nicht zu ihrer Nichtigkeit. Sie darf aber nicht angewandt werden (vgl. schon Vorlagebeschluß vom 22.6.1993, a.a.O., unter C III der Gründe). Die Beklagte durfte also ihre auf der Basis gleicher Qualifikation zu treffende Auswahlentscheidung nicht auf § 4 Abs. 2 LGG stützen. Damit ist ihre Entscheidung rechtsfehlerhaft. Der Kläger hat Anspruch darauf, daß die

Beklagte eine erneute Auswahlentscheidung trifft, wobei die Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG nicht mehr zugrunde gelegt werden darf.

C. Die Revision ist unbegründet, soweit das Landesarbeitsgericht den Antrag des Klägers auf Verurteilung zur Zahlung von Schmerzensgeld abgewiesen hat. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung seines Persönlichkeitsrechts nicht zu.

Die Beklagte hat den Kläger allerdings wegen seines Geschlechts benachteiligt, indem sie die Auswahlentscheidung auf die europarechtswidrige Quotenregelung des § 4 Abs. 2 LGG stützte. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts liegt in der Diskriminierung wegen des Geschlechts eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Ist dem Arbeitgeber ein Schuldvorwurf zu machen, kann gem. § 823 Abs. 1 i.V.m. § 847 BGB ein Anspruch auf Geldentschädigung begründet sein, wenn der Eingriff erheblich ist. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist abhängig vom Grad des Verschuldens, von Art und Schwere der Benachteiligung, von Nachhaltigkeit und Fortdauer der Interessenschädigung sowie von Anlaß und Beweggrund des Handelnden (vgl. BAG Urteile vom 14.3.1989 – 8 AZR 447/87 und 8 AZR 351/86 – BAGE 61, 209 und 220 = AP Nr. 5 und Nr. 6 zu § 611 a BGB).

Die Voraussetzungen eines Schmerzensgeldanspruchs sind danach hier nicht erfüllt. Auch wenn man davon ausgeht, daß in der geschlechtsspezifischen Diskriminierung eines Stellenbewerbers normalerweise eine erhebliche Persönlichkeitsverletzung liegt (so BAG, a.a.O.), ist der vorliegende Fall anders zu beurteilen. Es fehlt bereits an dem gem. § 823 Abs. 1 BGB erforderlichen Verschulden. Die Beklagte hat ein Gesetz angewandt, von dessen Gültigkeit sie zum damaligen Zeitpunkt ausgehen durfte. Ob ein Verschulden in Betracht käme, wenn die Unanwendbarkeit der Regelung offensichtlich gewesen wäre, bedarf hier keiner Entscheidung. Gegen die Annahme solcher Offensichtlichkeit spricht schon der Gang des vorliegenden Verfahrens (vgl. nur den Vorlagebeschluß des Senats vom 22.6.1993, a.a.O.). Ebenso fehlt das Merkmal eines schweren Eingriffs. Die Beklagte wollte sich gesetzestreu verhalten. Anlaß und Beweggründe ihres Handelns waren nicht zu beanstanden. Eine schwerwiegende Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Klägers kann danach nicht angenommen werden.

Eine andere Anspruchsgrundlage ist nicht gegeben. § 611 a BGB in der zum hier maßgeblichen Zeitpunkt (1991) geltenden Fassung sah keinen allgemeinen Entschädigungsanspruch vor. Ein solcher ist erst durch die zum 1.9.1994 in Kraft getretene Neufassung in das Gesetz eingefügt worden. Auch in

seiner Neufassung setzt § 611 a BGB Verschulden voraus. Es erscheint zwar zweifelhaft, ob diese Einschränkung mit dem Recht der Europäischen Gemeinschaft vereinbar ist, oder ob dieses nicht vielmehr eine verschuldensunabhängige Sanktion verlangt (vgl. EuGH Urteil vom 8.11.1990 – Rs C-177/88 – Dekker – NZA 1991, 171; ebenso Vorlagebeschluß des Arbeitsgerichts Hamburg vom 22.5.1995 – 21 Ca 74/95 – EzA § 611 a BGB Nr. 10). Dies ändert aber nichts daran, daß es zum Zeitpunkt der hier zu beurteilenden Diskriminierung an einer gesetzlichen Grundlage fehlte, die diesen Anforderungen genügen könnte. Eine gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung der §§ 823 Abs. 1, 847 BGB, wonach in Fällen der Diskriminierung auf ein Verschulden zu verzichten wäre, ist nicht möglich.

Anmerkung

Das BAG-Urteil soll nachfolgend unter zwei Gesichtspunkten betrachtet werden:

1. Welche Auswirkungen hat/hatte es für den Kläger.
2. Welche Veränderungen bringt es für vergleichbare gesetzliche Regelungen.

zu 1:

Der Kläger hat „automatisch“ keinen unmittelbaren Anspruch auf die angestrebte Beförderungsstelle, da das Auswahlverfahren der Beklagten – der Stadt Bremen – , bei gleicher Qualifikation der BewerberInnen, nicht auf den Kläger reduziert ist. Allerdings muß über die Bewerbung neu entschieden werden, unter Außerachtlassung des EG-rechtswidrigen „Hilfskriteriums“ des § 4 Abs. 2 BremLGG. Eine erneute Auswahlentscheidung findet nur zwischen den verbliebenen gleichqualifizierten Bewerbern (der Kläger/die Streitverkündete) statt. Dem öffentlichen Arbeitgeber bleibt dabei ein Auswahlverfahren, er kann zulässige Hilfskriterien heranziehen. Desweiteren hat der Kläger in diesem vorliegenden Fall keinen Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, auch wenn normalerweise in der geschlechtsspezifischen Diskriminierung bei Stellenbewerbung von einer erheblichen Persönlichkeitsverletzung auszugehen ist.¹ Verschulden des Arbeitgebers ist nicht gegeben, ebenso fehlt es am Merkmal des schweren Eingriffs. Nach der Rechtsprechung des BAG hat die beklagte Stadt ein Gesetz angewandt, von dessen Gültigkeit sie zum damaligen Zeitpunkt ausgehen konnte. Das BAG

1 vgl. BAG, Urt. v. 14.3.1989, AP Nr. 5 und 6 zu § 611 a BGB

geht kurz auf die verschuldensunabhängige Haftung eines Arbeitgebers bei Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ein, wie sie der EuGH in seiner Entscheidung „Dekker“ vom 8. 11. 1990² herausgearbeitet hat, eine gemeinschaftskonforme Auslegung der §§ 823 Abs. 1, 847 BGB sei aber nicht möglich. An dieser Stelle wäre zu prüfen, inwieweit diese Auffassung des BAG vor dem EuGH Bestand hätte. Ein Vorabentscheidungsverfahren (gemäß Art. 177 Abs. 3 EGV) müßte diese Frage klären.

Mittlerweile wurden neue Bewerbungsgespräche mit dem Kläger und der Streitverkündeten Frau G. geführt. Die Tatsache, daß die Streitverkündete die Beförderungsstelle bereits mehrere Jahre „besetzte“, durfte bei der erneuten Entscheidung nicht berücksichtigt werden. Befördert wurde allerdings abermals Frau G., da sie „für den Dienstposten persönlich besser geeignet sei“, so ein Sprecher der Bremer Umweltbehörde.³

Der Anwalt des Klägers teilte daraufhin der Presse mit, sein Mandant werde auch gegen diese Entscheidung klagen, da er das Bremische Personalvertretungsgesetz für verfassungswidrig hält.⁴

zu 2:

§ 4 Abs. 2 BremLGG, wonach Frauen „bei der Übertragung einer Tätigkeit in einer höheren Lohn-, Vergütungs- und Besoldungsgruppe (...) bei gleicher Qualifikation wie ihre männlichen Mitbewerber vorrangig zu berücksichtigen“ sind, wenn eine Unterrepräsentation (4 Abs. 5 S. 1 BremLGG) vorliegt, ist EG-rechtswidrig,⁵ weil sie keine sog. „Härteklausele“ enthält (interessant sind die in diesem Zusammenhang vom BAG gemachten Ausführungen im Vorabentscheidungsverfahren sowie in der vorliegenden Entscheidung). Die Bindungswirkung dieser EuGH-Entscheidung bezieht sich nur auf gleichgelagerte Rechtsfragen.⁶ Allein die Regelung des § 5 NGG (Niedersächsisches Gleichberechtigungsgesetz) ist vergleichbar mit der leistungsabhängigen Entscheidungsquote ohne Härteklausele des § 4 Abs. 2 BremLGG.⁷ Alle anderen Gleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder sind von dieser EuGH-Ent-

scheidung nicht betroffen, weil sie eine sog. „Härtefallregelung“ beinhalten.⁸

Das BAG hebt hervor, daß der EuGH seine Entscheidung ausdrücklich auf automatisch wirkende Quotenregelung beschränkt hat und somit auch nicht den weitreichenderen Ausführungen des Generalanwalts im Verfahren vor dem EuGH⁹ gefolgt sei. An anderer Stelle heißt es: „Das ist ein entscheidender Unterschied z.B. zu der nordrhein-westfälischen Quotenregelung, der nicht durch einschränkende Auslegung eingegeben werden darf“... oder: „Es ist jedoch festzustellen, daß die gemeinschaftsrechtlichen Bedenken, die die bremische Quotenregelung unanwendbar machen, gegenüber anderen Gleichstellungsregelungen nicht bestehen, soweit diese eine regelhafte Prüfung in jedem Einzelfall vorsehen. Der notwendige Zwischenschritt einer Prüfung nach bestimmten Kriterien – in den verschiedenen Gesetzen unterschiedlich gewichtet –, der im Sinne der Einzelfallgerechtigkeit ein Abweichen von einer Bevorzugung von Frauen nicht nur zuläßt, sondern u.U. sogar fordert, hebt die Automatik auf, die nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207 unvereinbar ist. Es handelt sich nicht nur um einen graduellen, sondern um einen wesentlichen Unterschied im Vergleich zu der bremischen Regelung“.

Bestehen Zweifel an der Vereinbarkeit rechtlicher Regelungen mit EG-Recht, so sollten dem EuGH diese Zweifel im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens in Frageform vorgelegt werden,¹⁰ wie es das VG Gelsenkirchen in seinem Beschluß v. 21. 12. 1995¹¹ getan hat. In diesem Jahr ist mit einer Entscheidung des EuGH zu rechnen, um über die Vorlage des VG Gelsenkirchen zu befinden, ob § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG NRW mit EG-Recht im Einklang steht.¹²

Heike Dieball, Diekholzen/Hildesheim

2 NZA 91, 171

3 siehe: FR 25.10.96, S. 4

4 Weser Kurier v. 31.10.96

5 EuGH, Urt. v. 17.10.1995, „Kalanke“, STREIT 1996, S. 159ff. m. Anm. Ninon Colneric; ausführl.: siehe oben

6 ausführl.: Heike Dieball/Dagmar Schiek, EuroAS 95, S. 185 ff.

7 vgl.: Nieders. Ministerialblatt v. 8.11.95, Nr. 39/95, 1173, in dem in einem gemeinsamen Runderlaß der Staatskanzlei und des Frauenministeriums v. 27.10.95 daraufhingewiesen wird, § 5 NGG so auszulegen, „daß den weiblichen Bewerbern nicht automatisch“ beim Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen der Vorrang eingeräumt wird

8 ausführlich: Heike Dieball/Dagmar Schiek, ebenda

9 STREIT 96, S. 159 ff.

10 zur Verpflichtung eines Vorabentscheidungsersuchen: Art. 177 Abs. 3 EGV; ausführlich: Heike Dieball, in Schiek/Buhr/Dieball u.a., Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Kommentar für die Praxis, Köln 1996, Rn. 80 ff.

11 abgedruckt in diesem Heft, S. 72 ff.

12 anders: OVG Münster, EuZW 96, 158, VG Trier sowie VG Saarlouis; siehe dazu auch: ArbG Berlin, STREIT 1996, S. 79; bestätigt durch: LAG Berlin, Urt. v. 8.8.96

Beschluß

VG Gelsenkirchen, Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie 76/207/EWG, § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG NRW

Frauenförderung bei Beförderungstellen der Landesbeamten/-beamtinnen in Nordrhein-Westfalen – Verstoß gegen EG-Recht?

Dem EuGH wird folgende Frage vorgelegt:

Steht Art. 2 Abs. 1 und 4 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (76/207/EWG) einer nationalen Regelung entgegen, nach der in behördlichen Geschäftsbereichen, in denen im jeweiligen Beförderungsamte einer Laufbahn weniger Frauen als Männer beschäftigt sind, bei gleicher Qualifikation (Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung) männlicher und weiblicher Bewerber Frauen bevorzugt befördert werden müssen, sofern nicht in der Person eines männlichen Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen?

Beschluß des VG Gelsenkirchen v. 21.12.1995 – 1 K 6303/94

Aus den Gründen:

I.

Der Kläger steht als beamteter Lehrer im Dienste des Beklagten. Er wird im Eingangsamte aus der Besoldungsgruppe A 12 besoldet.

Am 8.2.1994 bewarb sich der Kläger um eine der Besoldungsgruppe A 13 zugeordnete Beförderungsstelle („Lehrer mit der Befähigung für das Lehramt der Sekundarstufe I bei entsprechender Verwendung“) an der Gesamtschule S.. Unter dem 8.6.1994 teilte ihm die Bezirksregierung A. mit, daß beabsichtigt sei, die Stelle mit einer Konkurrentin zu besetzen. Dagegen erhob der Kläger rechtzeitig Widerspruch. Auf seinen Antrag vom 27.6.1994 untersagte das vorlegende Gericht dem Beklagten durch – inzwischen rechtskräftigen – Beschluß vom 6.7.1994 – 1 L 1272/94 – im Wege der einstweiligen Anordnung, die streitige Stelle der Konkurrentin zu übertragen, bevor über die Bewerbung des Klägers unanfechtbar entschieden sei. Den Widerspruch des Klägers wies die Bezirksregierung A. durch Widerspruchsbescheid vom 29.7.1994 zurück: Der Kläger und die ausgewählte Konkurrentin seien – bei Zugrundelegung der maßgeblichen dienstlichen Beurteilungen – für die Stelle gleich geeignet. Da aber in dem Beförderungsamte der Besoldungsgruppe A 13 der in Frage stehenden Laufbahn bei der Ausschreibung der Stelle weniger Frauen als Männer beschäftigt gewesen seien, müsse die Konkurrentin im Hinblick auf § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen befördert werden.

Mit seiner rechtzeitig erhobenen Klage begehrt der Kläger, den Beklagten zu verpflichten, ihm die streitige Beförderungsstelle zu übertragen.

II.

Da der Kläger und die ausgewählte Konkurrentin nach der nicht zu beanstandenden Einschätzung des Beklagten für die zu besetzende Beförderungsstelle gleich qualifiziert sind, kommt es für die Entscheidung über das Klagebegehren maßgeblich darauf an,

ob § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 des Beamtengesetzes für das Land Nordrhein-Westfalen in der Fassung der Bekanntmachung vom 1.5.1981 (Gesetz und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen – GV.NW – S. 234), zuletzt geändert durch Art. 1 des Siebten Gesetzes zur Änderung dienstrechtlicher Vorschriften vom 7. Februar 1995 (GV.NW S. 102), – LBG – rechtlichen Bedenken entzogen ist. Die genannte Bestimmung hat folgenden Wortlaut:

„Soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamte der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind, sind Frauen bei gleicher Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung bevorzugt zu befördern, sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen; ...“

Das Gericht hat Zweifel, ob diese Regelung mit Art. 2 Abs. 1 und 4 der im Beschlußausspruch näher bezeichneten Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften – im folgenden: Richtlinie – vereinbar ist.

Die in § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG grundsätzlich vorgeschriebene Bevorzugung von Frauen gegenüber gleich qualifizierten Mitbewerbern männlichen Geschlechts dürfte einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie darstellen. Dieser Vorschrift zufolge darf mit Rücksicht auf den in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 der Richtlinie präzisierten Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen unter anderem hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, einschließlich des Aufstiegs, keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung auf Grund des Geschlechts erfolgen. Eine ausschlaggebend auf § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG gestützte Besetzung einer Beförderungsstelle hat jedoch einen solchen diskriminierenden Charakter, weil ein männlicher Mitbewerber danach bei gleicher Qualifikation im Regelfall allein wegen seines Geschlechts gegenüber einer Mitbewerberin zurückstehen muß, soweit im Bereich der für die Beförderung zuständigen Behörde im jeweiligen Beförderungsamte der Laufbahn weniger Frauen als Männer sind.

Daß § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG eine sog. Öffnungsklausel enthält, vermag an diesem Ergebnis Wesentliches nicht zu ändern. Der Öffnungsklausel gemäß ist dem männlichen Mitbewerber ausnahmsweise dann der Vorzug gegenüber einer Mitbewerberin einzuräumen, wenn in seiner Person liegende Gründe gegenüber dem prinzipiell vorrangigen Gesichtspunkt der Frauenförderung überwiegen. Durch

diese Klausel wird eine Diskriminierung der Männer nicht ausgeschlossen; sie wird vielmehr lediglich dahin relativiert, daß ein männlicher Mitbewerber im Ausnahmefall doch einmal zum Zuge kommen kann. Die Diskriminierung verlagert sich bei Berücksichtigung der Öffnungsklausel nur dahin, daß für einen männlichen Mitbewerber, wenn er befördert werden soll, „überwiegende“ Gründe sprechen müssen, wohingegen eine Bevorzugung der gleich qualifizierten Konkurrentin bereits allein wegen ihres Geschlechts stattfindet. „Überwiegende“ Gründe können nach Sinn und Zweck des § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG nur solche Gründe sein, die die *im Grundsatz* gewollte – und damit richtlinienwidrige – Diskriminierung *im Einzelfall* als nicht mehr vertretbar erscheinen lassen.

Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie führt nicht zu einer abweichenden rechtlichen Sicht. Diese Vorschrift dient dem bestimmten und begrenzten Zweck der Zulassung von Maßnahmen, die zwar dem Anschein nach diskriminierend sind, tatsächlich aber in der sozialen Wirklichkeit bestehende faktische Ungleichheiten beseitigen oder verringern sollen. So sind danach nationale Maßnahmen im Bereich des Zugangs zur Beschäftigung einschließlich des Aufstiegs zulässig, die die Frauen spezifisch begünstigen und darauf ausgerichtet sind, deren Fähigkeit zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie die Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen. Dem ist freilich hinzuzufügen, daß Art. 2 Abs. 4 als Ausnahme von einem in der Richtlinie verankerten individuellen Recht eng auszulegen ist. (Vgl. zum Ganzen: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, Urteil vom 17. Oktober 1995 – Rs. C-450/93 –, Deutsches Verwaltungsblatt 1995, S. 1231 (1232), mit weiteren Nachweisen.)

Es erscheint mindestens äußerst fraglich, ob § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG den Anforderungen der Ausnahmeregelung genügt. Insbesondere erheben sich jedenfalls Zweifel, ob die angesprochene Norm, gemessen an Art. 2 Abs. 4 der Richtlinie, nicht schon deshalb zweckwidrig ist, weil sie nur auf das zahlenmäßige Verhältnis von Frauen und Männern im Beförderungsamte abstellt. Die bisherige berufliche Entwicklung der jeweiligen männlichen und weiblichen Bewerber einschließlich der Rahmenbedingungen, unter denen sie sich vollzogen hat, wird damit ausgeblendet. Namentlich werden die geschlechtsspezifischen Chancen zur Zeit der erstmaligen Bewerbung um Einstellung in den öffentlichen Dienst, zur Zeit der Einstellung selbst und zur Zeit etwaiger früherer Beförderungen nicht in den Blick gefaßt. Auch die Situation in dem jeweils von den Bewerbern innegehaltenen Amt wird nicht in die Überlegungen einbezogen. § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG leidet von

daher in bezug auf die mittelfristig zu betrachtende und zu würdigende soziale Wirklichkeit am Mangel einer sachwidrigen Verkürzung der Erkenntnisgrundlage.

Außerdem drängt sich die Frage auf, ob § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG überhaupt darauf gerichtet ist, die Fähigkeit der Frauen zu verbessern, auf dem Arbeitsmarkt mit anderen zu konkurrieren und unter den gleichen Bedingungen wie die Männer eine berufliche Laufbahn zu verwirklichen. Denn die gesetzliche Regelung intendiert gerade eine vom Befähigungsprofil und dessen Optimierung abgelöste, lediglich an das Geschlecht anknüpfende Bevorzugung der Frauen.

Schließlich ist es offen, ob im Zusammenhang mit § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG noch von einer „Förderung der Chancengleichheit“ die Rede sein kann. In der Normierung einer zahlenmäßig gleichen Besetzung von Beförderungsstellen mit Männern und Frauen wird nämlich bereits ein Ergebnis vorweggenommen und festgeschrieben, das erst durch Maßnahmen erreicht werden soll, wie sie dem Richtliniengeber bei Art. 2 Abs. 4 ersichtlich vorschwebten.

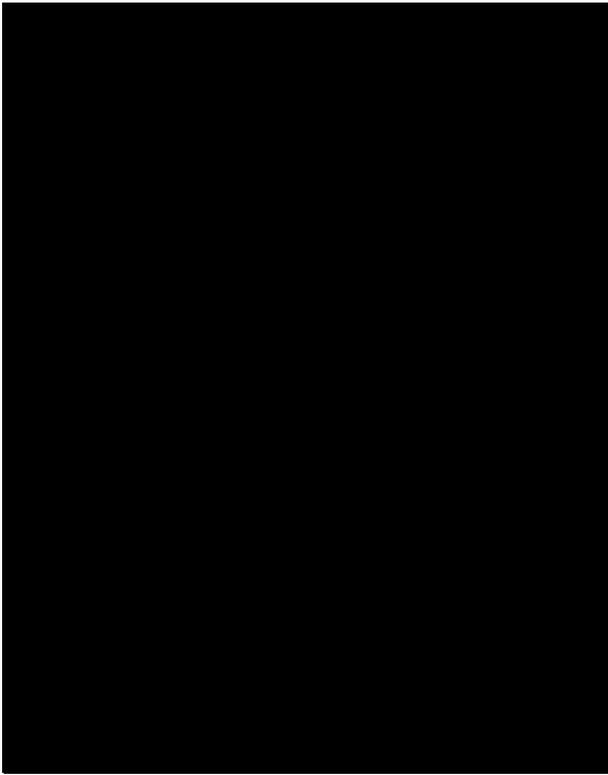
In Anbetracht dessen hat sich die Kammer in Würdigung der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom 17. Oktober 1995 – Rs. C – 450/93 – aus doppeltem Grunde zu der Vorlage entschlossen:

- Zum einen geht es im vorliegenden Rechtsstreit, verglichen mit der rechtlichen Ausgangssituation, die dem eben erwähnten Urteil zugrunde lag, um die entscheidungserhebliche Frage der Vereinbarkeit einer anderen, wenn auch sachverwandten gesetzlichen Bestimmung mit der Richtlinie.
- Zweitens führt die in dem Urteil unter (22) verwendete Wortfolge „absolut und unbedingt“ zu der dort jedenfalls nicht *expressis verbis* behandelten Frage, ob eine nationale gesetzliche Regelung als mit der Richtlinie vereinbar anzusehen ist, wenn sich in ihr – wie in § 25 Abs. 5 Satz 2 Halbs. 1 LBG – eine sog. Öffnungsklausel findet, nach der es möglich ist, einen männlichen Mitbewerber bei überwiegenden, in seiner Person liegenden Gründen in einer Beförderungskonkurrenz ausnahmsweise gegenüber einer gleich qualifizierten Frau vorzuziehen.

Mitgeteilt von Heike Dieball, Hildesheim

Anmerkung

Im Oktober 1995 entschied der Europäische Gerichtshof (EuGH), in der Rechtssache „Kalanke“ (STREIT 4/95, S. 159 ff.), daß die Regelung gem. § 4 Abs. 2 Bremer Landesgleichstellungsgesetz (BremLGG), welche Frauen bei gleicher Qualifikation wie männliche Mitbewerber bei einer Beförderungsstelle in einem Bereich, in dem Frauen bisher



unterrepräsentiert sind, bevorzugt, gegen Art. 2 Abs. 1 und 4 der sog. Gleichbehandlungsrichtlinie der EG verstößt, wenn Frauen beim Vorliegen dieser Voraussetzungen automatisch der Vorrang eingeräumt wird. Das Urteil geht zurück auf ein Vorabentscheidungsverfahren des BAG (die abschließende Entscheidung des BAG lag beim Abfassen dieser Anmerkung noch nicht vor).

Gegner und Gegnerinnen sog. Quotenregelungen „witterten Morgenluft“ und stimmten in einem lautstarken Chor der pauschalen EG-Rechtswidrigkeit aller Frauenförderregelungen ein, ohne auf die Stimmen der Expertinnen zu achten. Denn es sei daran zu erinnern, daß der Gerichtshof gem. Art. 177 EGV nicht befugt ist, im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung des innerstaatlichen Rechts zu befinden (u.a.: Rs. C-307/95 – Max Mara – Urt. v. 21.12.1995). Diese Auslegung obliegt dem innerstaatlichen Gericht, das bis zur Beantwortung der Vorlagefragen das laufende nationale Verfahren aussetzt.

Vorabentscheidungen des EuGH haben für das vorliegende Gericht eine Bindungswirkung, die sich auf gleichgelagerte Rechtsfragen erstreckt (ausführlich: Dieball in : Schieck, Buhr, Dieball u.a., Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder, Kommentar für die Praxis, Köln 1996, Rn. 80 ff.).

Vor diesem Hintergrund muß der Beschluß des VG Gelsenkirchen eingeordnet werden. Dem VG erscheint es „äußerst fraglich“, ob § 25 Abs. 5 S. 2 Halbs. 1 LBG den Anforderungen einer Ausnahmeregelung, wie sie Art. 2 Abs. 4 der Gleichbehandlungsrichtlinie vorschreibt, genügt. § 25 Abs. 5 Satz

2 Halbs. 1 LBG NRW bestimmt, daß Frauen bei Unterrepräsentanz im jeweiligen Beförderungsamte der zuständigen Behörde und beim Vorliegen gleicher Qualifikationsvoraussetzungen bevorzugt zu befördern sind, „sofern nicht in der Person eines Mitbewerbers liegende Gründe überwiegen; ...“.

Hier besteht also ein gravierender Unterschied zur expliziten Beförderungsregelung des BremLGG, das eine leistungsabhängige Entscheidungsquote ohne Härteklausele bei Beförderungen vorschreibt. (Das BAG hat allerdings im Vorlagebeschluß ausgeführt, § 4 Abs. 2 BremLGG sei verfassungskonform dahingehend auszulegen, daß zur Vermeidung von Härten im Einzelfall von der Quotierungspflicht abgewichen werden könne; kritisch hierzu: Pfarr Anm. zu BAG AP Nr. 193 zu Art. 3 GG).

Die Entscheidung des EuGH kann also nicht postwendend auf das LBG NRW angewandt werden (ausführlich zu den Auswirkungen auf alle bundesdeutschen Frauengleichstellungsgesetze: Dieball/Schieck „Bevorzugung ja – allerdings nicht automatisch“, EuroAS 1995, S. 183 ff.), wie es das OVG Münster in seinem Beschluß vom 19.12.1995 getan hat.

Das VG Gelsenkirchen wird mit seiner Vorlage dazu beitragen, vom EuGH ausloten zu lassen, wie „weich“ eine Gleichstellungsgesetzgebung sein muß, um den Anforderungen des EG-Rechts zu genügen (s. Colneric, Anm. zur „Kalanke-Entscheidung des EuGH, STREIT 1995, S. 168 f.). Einen anderen Weg ist das ArbG Berlin in seiner Entscheidung v. 10.1.1995 (in diesem Heft) gegangen, in dem es klar entschieden hat, daß § 8 Abs. 2 Berliner LGG im Einklang mit dem EG-Recht steht, da es anders als § 4 Abs. 2 BremLGG eine Härtefallklausele zugunsten eines gleichqualifizierten männlichen Mitbewerbers beinhaltet.

Wie die Ausnahmeregelung beschaffen sein muß, damit Frauen bei Unterrepräsentanz nicht „automatisch“ sowie „absolut und unbedingt“ vor einem gleichqualifizierten Mitbewerber bevorzugt werden, hat der EuGH nicht vorgegeben. Es sind mehrere denkbare Ausnahmen möglich, wie z.B. die sog. „Härteklausele“ oder individuelle Lösungen, die im Interesse der jeweiligen Behörde stehen (weiterführend: Sporrer, „Automatische“ Frauenquoten widersprechen EU-Recht, DRdA 1996, S. 79 ff.).

Möglich wäre aber auch die Ausweitung des primären EG-Rechts, welches um einen Rechtsanspruch auf Frauenförderung erweitert werden könnte. Hierzu bietet sich die Regierungskonferenz 1996 („Maastricht II“) geradezu an.

Nur ... der Wind weht aus einer anderen Richtung ..., hoffen wir, daß er sich dreht!

Heike Dieball

Urteil

EuGH, Art. 119 EGV, sog. Entgeltgleichheitsrichtlinie 75/117/EWG v. 10.2.1975 Berücksichtigung von Lohnerhöhungen während des Mutterschaftsurlaubs

Der in Artikel 119 EWG-Vertrag niedergelegte und in der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen näher ausgestaltete Grundsatz des gleichen Entgelts verlangt weder, daß Arbeitnehmerinnen während des Mutterschaftsurlaubs weiter das volle Arbeitsentgelt erhalten, noch ergeben sich aus ihm bestimmte Kriterien für die Bestimmung der Höhe der den Arbeitnehmerinnen während dieses Zeitraums zu zahlenden Leistungen, sofern diese Leistungen nicht so niedrig festgesetzt werden, daß dadurch der Zweck des Mutterschaftsurlaubs gefährdet wird. Soweit jedoch bei der Berechnung dieser Leistungen auf einen Lohn abgestellt wird, den die Arbeitnehmerin vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs erhalten hat, sind in diese Leistungen Lohnerhöhungen, die zwischen dem Beginn des Zeitraums, für den die Referenzlöhne gezahlt worden sind, und dem Ende des Mutterschaftsurlaubs erfolgt sind, ab ihrem Inkrafttreten einzubeziehen.

EuGH, Urt. v. 13.2.1996, Rs. C-342/93 (Gillespie), Slg. 1996, S. I 492

Aus dem Sachverhalt:

Der Court of Appeal in Northern Ireland hat mit Beschluß vom 25. Juni 1993, beim Gerichtshof eingegangen am 5. Juli 1993, gemäß Artikel 177 EWG-Vertrag vier Fragen nach der Auslegung des Artikels 119 dieses Vertrages, der Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen (Abl. L 45, S. 19) und der Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen (Abl. L 39, S. 40) zur Vorabentscheidung vorgelegt.

Diese Fragen stellen sich in einem Rechtsstreit zwischen den siebzehn Klägerinnen des Ausgangsverfahrens und ihren Arbeitgebern, verschiedenen nordirischen Gesundheitsdiensten (Health Services), über die Höhe der ihnen während ihres Mutterschaftsurlaubs gezahlten Leistungen.

Im Laufe des Jahres 1988 befanden sich die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens in Mutterschaftsurlaub. Während dieses Zeitraums erhielten sie gemäß einem Tarifvertrag, genauer: nach Section 6 Nr. 9 des von den Joint Councils for the Health and Personal Social Services (Northern Ireland) erlassenen General Council Handbook, folgende Leistungen: vier Wochen lang ihren vollen Wochenlohn, zwei Wochen lang neun Zehntel ihres vollen Wochenlohns und schließlich zwölf Wochen lang die Hälfte ihres vollen Wochenlohns.

Diese Bedingungen waren günstiger als die in den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen vorgesehenen. Die Social Security (Northern Ireland) Order 1986 und die Statutory Maternity

Pay (General) Regulations (Northern Ireland) 1987 sehen nämlich für einen Zeitraum von sechs Wochen die Zahlung von neun Zehnteln des vollen Wochenlohns und dann für weitere zwölf Wochen eine Pauschalleistung von 47,95 UKL wöchentlich vor.

Im November 1988 führten Tarifverhandlungen im Gesundheitswesen zu rückwirkenden Lohnerhöhungen ab 1. April 1988. Aufgrund der im General Council Handbook vorgesehenen Methode für die Berechnung des Entgelts während des Mutterschaftsurlaubs konnten die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens jedoch nicht in den Genuß dieser Erhöhungen kommen.

Wie sich aus dem Urteil des Industrial Tribunal, auf das der Vorlagebeschluß Bezug nimmt, ergibt, wird nämlich die während des Mutterschaftsurlaubs zu zahlende Geldleistung aufgrund des durchschnittlichen Wochenlohns festgelegt, der gemäß Artikel 21 des Statutory Maternity Pay (General) Regulations (Northern Ireland) 1987 aufgrund der letzten beiden Monatslöhne (nachstehend: Referenzlöhne) berechnet wird, den die Betroffenen während der beiden der Referenzwoche vorangehenden Monate erhielten. Als Referenzwoche wird die fünfzehnte Woche vor Beginn der Woche der voraussichtlichen Niederkunft bestimmt. Für den Fall einer nachträglichen Lohnerhöhung war keine Erhöhung der Referenzlöhne vorgesehen.

Im Jahr 1989 erhoben die Klägerinnen des Ausgangsverfahrens Klage beim Industrial Tribunal (Northern Ireland) und machten geltend, sie seien aufgrund des Geschlechts diskriminiert worden, da ihr Lohn während ihres Mutterschaftsurlaubs gekürzt worden sei und sie aufgrund der Methoden für die Berechnung der ihnen während dieses Zeitraums zu zahlenden Geldleistung nicht in den Genuß der rückwirkenden Lohnerhöhung gekommen seien.

Nachdem ihre Klage vom Industrial Tribunal abgewiesen worden war, legten die Klägerinnen Rechtsmittel beim Court of Appeal in Northern Ireland ein.

Der Court of Appeal hält für die Entscheidung des Rechtsstreits die Auslegung des Artikels 119 des Vertrages sowie der Richtlinien 75/117 und 76/207 für erforderlich und hat daher das Verfahren ausgesetzt und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Verlangen die folgenden Regelungen oder eine von ihnen, nämlich i) Artikel 119 EWG-Vertrag, ii) die Richtlinie über gleiches Entgelt (75/117/EWG) oder iii) die Gleichbehandlungsrichtlinie (76/207/EWG), daß eine Frau während der Zeit, in der sie sich in dem im nationalen Recht oder in ihrem Arbeitsvertrag vorgesehenen Mutterschaftsurlaub befindet, das volle Arbeitsentgelt erhält, auf das sie Anspruch gehabt hätte, wenn sie während dieser Zeit normal für ihren Arbeitgeber gearbeitet hätte?

2. Bei Verneinung der ersten Frage: Verlangen die genannten Regelungen, daß das Arbeitsentgelt einer Frau während der Zeit, in der sie sich im Mutterschaftsurlaub befindet, anhand bestimmter Kriterien festgelegt wird?

3. Bei Bejahung der zweiten Frage: Welches sind diese Kriterien?

4. Bei Verneinung der ersten und der zweiten Frage: Verhält es sich so, daß keine der genannten Regelungen irgendeine Geltung oder Auswirkung hinsichtlich der Höhe des Arbeitsentgelts hat, auf das eine Frau im Mutterschaftsurlaub Anspruch hat?

Diese vier Fragen des nationalen Gerichts, die zusammen behandelt werden sollten, gehen im wesentlichen dahin, ob der in Artikel 119 des Vertrages niedergelegte und in der Richtlinie 75/117 näher ausgestaltete Grundsatz des gleichen Entgelts oder der in der Richtlinie 76/207 vorgesehene Schutzanspruch der schwangeren Frau verlangt, daß Arbeitnehmerinnen während des Mutterschaftsurlaubs weiter das volle Arbeitsentgelt erhalten und ihnen gegebenenfalls eine vor oder während des Mutterschaftsurlaubs erfolgte Lohnerhöhung zugute kommt. Für den Fall, daß keine solche Verpflichtung besteht, fragt das vorlegende Gericht, ob das Gemeinschaftsrecht dennoch bestimmte Kriterien – und

gegebenenfalls, welche – für die Bestimmung der Höhe der den Arbeitnehmerinnen während dieses Zeitraums zu zahlenden Leistung aufstellt.

Aus den Gründen:

Artikel 119 des Vertrages und die Richtlinie 75/117

Gemäß Artikel 1 der Richtlinie 75/117 bedeutet der in Artikel 119 des Vertrages genannte und in der Richtlinie näher ausgestaltete Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit oder bei einer Arbeit, die als gleichwertig anerkannt wird, die Beseitigung jeder Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in bezug auf sämtliche Entgeltbestandteile und -bedingungen.

Nach der in Artikel 119 Absatz 2 enthaltenen Definition sind unter dem Begriff des Entgelts im Sinne der genannten Bestimmungen alle Vergünstigungen zu verstehen, die der Arbeitgeber aufgrund des Dienstverhältnisses dem Arbeitnehmer mittelbar und unmittelbar zahlt. Für die Anwendung von Artikel 119 kommt es auf die Rechtsnatur dieser Vergünstigungen nicht an, sofern sie im Zusammenhang mit dem Dienstverhältnis gewährt werden (vgl. Urteil vom 9. Februar 1982 in der Rechtssache 12/81, Garland, Slg. 1982, 359, Randnr. 10).

Zu den als Entgelt qualifizierten Vergünstigungen gehören insbesondere die vom Arbeitgeber aufgrund von Rechtsvorschriften und aufgrund des Vorliegens von Arbeitsverträgen gezahlten Vergünstigungen, die den Arbeitnehmern ein Einkommen sichern sollen, selbst wenn sie in besonderen gesetzlich vorgesehenen Fällen keine in ihrem Arbeitsvertrag vorgesehene Tätigkeit ausüben (Urteil vom 4. Juni 1992 in der Rechtssache C-360/90, Bötel, Slg. 1992, I-3589, Randnrn. 14 und 15; siehe auch die Urteile vom 27. Juni 1990 in der Rechtssache C-33/89, Kowalska, Slg. 1990, I-2591, Randnr. 11 und vom 17. Mai 1990 in der Rechtssache C-262/88, Barber, Slg. 1990, I-1889, Randnr. 12).

Da die Leistung, die der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin aufgrund der gesetzlichen Vorschriften oder der Tarifverträge während ihres Mutterschaftsurlaubs zahlt, auf dem Arbeitsverhältnis beruht, stellt sie ein Entgelt im Sinne des Artikels 119 des Vertrages und der Richtlinie 75/117 dar.

Artikel 119 des Vertrages und Artikel 1 der Richtlinie 75/117 stehen also einer Regelung entgegen, die es erlaubt, Männern und Frauen ein unterschiedliches Entgelt zu zahlen, obwohl sie gleiche Arbeit oder eine gleichwertige Arbeit verrichten.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine Diskriminierung vor, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird (siehe insbesondere Urteil vom 14.

Februar 1995 in der Rechtssache C-279/93, Schumacker, Slg. 1995, I-225, Randnr. 30).

Im vorliegenden Fall befinden sich die Frauen während eines in den nationalen Rechtsvorschriften vorgesehenen Mutterschaftsurlaubs in einer besonderen Situation, die verlangt, daß ihnen ein besonderer Schutz gewährt wird, die jedoch nicht mit der Situation eines Mannes oder mit der einer Frau, die tatsächlich an ihrem Arbeitsplatz arbeitet, gleichgesetzt werden kann.

Zu der Frage, ob das Gemeinschaftsrecht verlangt, daß Arbeitnehmerinnen während des Mutterschaftsurlaubs weiter das volle Arbeitsentgelt erhalten oder daß bei der Bestimmung der Höhe des während des Mutterschaftsurlaubs zu zahlenden Leistung bestimmte Kriterien angewandt werden, ist zunächst daran zu erinnern, daß die Richtlinie 92/85/EWG des Rates vom 19. Oktober 1992 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz (zehnte Einzelrichtlinie im Sinne des Artikels 16 Absatz 1 der Richtlinie 89/391/EWG) (Abl. L 348, S. 1) verschiedene Maßnahmen zum Schutz namentlich der Sicherheit und der Gesundheit von Arbeitnehmerinnen insbesondere vor und nach der Niederkunft vorsieht. Hierzu gehören im Rahmen der mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte u.a. ein Mutterschaftsurlaub von mindestens vierzehn Wochen ohne Unterbrechung, der einen obligatorischen Mutterschaftsurlaub von mindestens zwei Wochen einschließt, und die Fortzahlung eines Arbeitsentgelts und/oder der Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung für die Arbeitnehmerinnen, auf die die Richtlinie anwendbar ist.

Da diese Richtlinie aus Gründen ihrer zeitlichen Geltung auf den Sachverhalt des Ausgangsverfahrens nicht anwendbar ist, war es Sache des nationalen Gesetzgebers, unter Berücksichtigung der Dauer des Mutterschaftsurlaubs und des eventuellen Vorliegens anderer sozialer Vergünstigungen, die Höhe der während des Mutterschaftsurlaubs zu zahlenden Leistung festzulegen.

Angesichts dieser Befugnis ist festzustellen, daß in dem im Ausgangsverfahren maßgeblichen Zeitpunkt weder Artikel 119 EWG-Vertrag, noch Artikel 1 der Richtlinie 75/117 verlangten, daß Arbeitnehmerinnen während des Mutterschaftsurlaubs weiter das volle Arbeitsentgelt erhalten. Diese Vorschriften stellten auch keine besonderen Kriterien für die Bestimmung der Höhe der den Arbeitnehmerinnen während dieser Zeit zu zahlenden Leistungen auf. Jedoch durften diese Leistungen nicht so niedrig sein, daß dadurch der Zweck des Mutterschaftsurlaubs, der Schutz der Arbeitnehmerinnen vor und nach der

Niederkunft, gefährdet worden wäre. Bei der Beurteilung der Höhe der streitigen Leistung unter diesem Gesichtspunkt hat das nationale Gericht nicht nur die Dauer des Mutterschaftsurlaubs, sondern auch andere Formen des sozialen Schutzes zu berücksichtigen, die in den nationalen Rechtsvorschriften für den Fall gerechtfertigter Abwesenheit des Arbeitnehmers vom Arbeitsplatz vorgesehen sind. Nichts deutet darauf hin, daß die gewährte Leistung im Ausgangsstreit etwa so niedrig gewesen wäre, daß dadurch der Zweck des Mutterschaftsurlaubs gefährdet worden wäre.

Die Frage, ob eine Arbeitnehmerin während ihres Mutterschaftsurlaubs in den Genuß einer vor oder während dieses Zeitraums erfolgten Lohnerhöhung gelangen muß, ist zu bejahen.

Da die während des Mutterschaftsurlaubs gezahlte Leistung ein Wochenlohn ist, der aufgrund des durchschnittlichen Lohns berechnet wird, den die Arbeitnehmerin in einem bestimmten Zeitpunkt, als sie tatsächlich an ihrem Arbeitsplatz arbeitete, erhielt und der ihr Woche für Woche wie jedem anderen Arbeitnehmer ausgezahlt wurde, verlangt das Diskriminierungsverbot, daß Arbeitnehmerinnen, die während des Mutterschaftsurlaubs weiter durch den Arbeitsvertrag oder das Arbeitsverhältnis an ihren Arbeitgeber gebunden sind, ebenso wie jeder andere Arbeitnehmer gegebenenfalls sogar rückwirkend in den Genuß einer Lohnerhöhung gelangen, die zwischen dem Beginn des Zeitraums, für den der Referenzlohn gezahlt worden ist, und dem Ende des Mutterschaftsurlaubs erfolgt ist. Würde die Arbeitnehmerin nämlich von einer solchen Lohnerhöhung während ihres Mutterschaftsurlaubs ausgeschlossen, so würde sie allein in ihrer Arbeitnehmereigenschaft diskriminiert, da sie, wenn sie nicht schwanger gewesen wäre, den erhöhten Lohn erhalten hätte.

Die Richtlinie 76/207

Das vorliegende Gericht fragt ferner, ob die Richtlinie 76/207 im vorliegenden Fall anwendbar ist.

Hierzu ist daran zu erinnern, daß die während des Mutterschaftsurlaubs gezahlte Leistung ein Entgelt darstellt und somit unter Artikel 119 des Vertrages und unter die Richtlinie 75/117 fällt. Sie kann daher nicht außerdem unter die Richtlinie 76/207 fallen. Wie sich nämlich insbesondere aus der zweiten Begründungserwägung dieser Richtlinie ergibt, betrifft diese nicht das Entgelt im Sinne der vorgenannten Bestimmungen.

Nach alledem ist auf die vier Vorlagefragen des Court of Appeal in Northern Ireland zu antworten, daß der in Artikel 119 des Vertrages niedergelegte und in der Richtlinie 75/117 näher ausgestaltete Grundsatz des gleichen Entgelts weder verlangt, daß Arbeitnehmerinnen während des Mutterschaftsurlaubs

weiter das volle Arbeitsentgelt erhalten, noch daß sich aus ihm bestimmte Kriterien für die Bestimmung der Höhe der den Arbeitnehmerinnen während dieses Zeitraums zu zahlenden Leistungen ergeben, sofern diese Leistungen nicht so niedrig festgesetzt werden, daß dadurch der Zweck des Mutterschaftsurlaubs gefährdet wird. Soweit jedoch bei der Berechnung dieser Leistungen auf einen Lohn abgestellt wird, den die Arbeitnehmerin vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs erhalten hat, sind in diese Leistungen Lohnerhöhungen, die zwischen dem Beginn des Zeitraums, für den die Referenzlöhne gezahlt worden sind, und dem Ende des Mutterschaftsurlaubs erfolgt sind, ab ihrem Inkrafttreten einzubeziehen.

Urteil

BAG, Art. 19 EG-Vertrag, § 14 I 2 MuSchG Höherer Zuschuß zum Mutterschaftsgeld

Allgemeine Erhöhungen des Arbeitsentgeltes während der Schutzfristen sind bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld zu berücksichtigen.

Urteil des BAG vom 31.7.1996 – 5 AZR 9/95 -

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin begehrt einen höheren Zuschuß zum Mutterschaftsgeld.

Das beklagte Land zahlte der Klägerin für die Dauer der Beschäftigungsverbote zum kalendertäglichen Mutterschaftsgeld einen Zuschuß, den es aufgrund der Nettobezüge der Klägerin für die Zeit vom 1. September 1992 bis zum 30. November 1992 ermittelt hatte. Die Klägerin hat geltend gemacht, das beklagte Land hätte bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld für die Zeit ab 1. Januar 1993 die Tariflohnerhöhung ebenso berücksichtigen müssen wie die Erhöhung des Ortszuschlages infolge der Geburt ihrer Tochter. Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht haben die Klage abgewiesen.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg. Dem Grunde nach hat die Klägerin für die Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld Anspruch auf Berücksichtigung der allgemeinen Entgelterhöhungen, wie sie während der Mutterschutzfristen eingetreten sind. Dies gilt für die allgemeine Erhöhung der tarifvertraglichen Vergütung ebenso wie für eine Erhöhung des Ortszuschlages. Nach Art. 119 EG-Vertrag hat die Klägerin Anspruch darauf, daß in die Berechnung des ihr zustehenden Zuschusses zum Mutterschaftsgeld die ab 1. Januar 1993 in Kraft getretenen tariflichen Erhöhungen des Grundgehaltes und des Ortszuschlages einbezogen werden. Soweit dem die Regelung in § 14 Abs. 1 Satz 2 MuSchG entgegensteht, ist sie wegen Unvereinbarkeit mit dem höherrangigen Europäischen Recht nicht anzuwenden.

Auch bei dem Zuschuß zum Mutterschaftsgeld nach § 14 Abs. 1 Satz 1 MuSchG handelt es sich um Entgelt i.S.d. Art. 119 EG-Vertrag bzw. der Richtlinie 75/117/EWG. Der Zuschuß ist eine Leistung des Arbeitgebers und beruht auf dem Arbeitsverhältnis.

Die nach § 14 Abs. 1 Satz 2 MuSchG vorgeschriebene Berechnung des Zuschusses nur nach dem kalendertäglichen Verdienst in der Zeit vor Beginn der Schutzfristen hat zur Folge, daß alle Entgelterhöhungen außer Betracht bleiben, die erst nach Beginn der Schutzfristen wirksam werden. Dies ist mit dem Grundsatz des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen, wie er in Art. 119 EG-Vertrag und der Richtlinie 75/117/EWG niedergelegt ist, insoweit nicht zu vereinbaren, als während der Schutzfristen wirksam werdende allgemeine Erhöhungen des Arbeitsentgeltes unberücksichtigt bleiben. Das betrifft sowohl allgemeine Erhöhungen der Tarifvergütung als auch allgemein vorgesehene Entgelterhöhungen, die – wie hier beim Ortszuschlag – auf die Geburt des Kindes zurückzuführen sind. Insoweit ist § 14 Abs. 1 Satz 2 MuSchG nicht anzuwenden. Während männliche Arbeitnehmer an beiden Erhöhungen gleichermaßen teilhaben, sind Frauen hiervon wegen der Schutzfristen ausgeschlossen, auch wenn sie noch im Arbeitsverhältnis stehen. Daher sind bei der Berechnung des Zuschusses zum Mutterschaftsgeld die allgemeinen Erhöhungen vom jeweiligen Wirksamkeitszeitpunkt an gleichermaßen zu berücksichtigen, wie sie auch Männern zuteil werden.

In seinem Urteil vom 13. Februar 1996 – Rs C-342/93 – hat der Europäische Gerichtshof erkannt, daß Leistungen, die der Arbeitgeber einer Arbeitnehmerin aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder aufgrund eines Tarifvertrages während ihres Mutterschaftsurlaubs zahlt, unter dem Begriff Entgelt im Sinne des Art. 119 EG-Vertrag bzw. der Richtlinie 75/117/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgeltes für Männer und Frauen fallen. Soweit bei der Berechnung dieser Leistungen auf einen Lohn abgestellt werde, den die Arbeitnehmerin vor Beginn des Mutterschaftsurlaubs erhalten hat, seien in diese Leistungen solche Lohnerhöhungen einzubeziehen, die zwischen dem Beginn des Zeitraums, für den die Referenzlöhne gezahlt worden sind, und dem Ende des Mutterschaftsurlaubs erfolgt sind, und zwar ab Inkrafttreten der jeweiligen Lohnerhöhung. Nach Ansicht des Europäischen Gerichtshofs liegt eine Geschlechtsdiskriminierung vor, wenn die Arbeitnehmerin von einer solchen Lohnerhöhung während ihres Mutterschaftsurlaubs ausgeschlossen würde. Wenn sie nämlich nicht schwanger gewesen wäre, hätte sie den höheren Lohn erhalten.

Beschluß

BAG, § 10 GleichstG BE Arbeitszeitreduzierung wegen Kinderbetreuung

Durch die Einschulung ihrer Kinder kann für eine Arbeitnehmerin ein dringendes Interesse an einer Arbeitszeitverkürzung entstehen.

§ 10 GleichstG BE gibt einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Antrag auf Arbeitszeitverkürzung für die Arbeitnehmerin.

Die Ausübung einer Leitungsfunktion steht der Arbeitszeitverkürzung nicht entgegen.

Beschluß des BAG vom 29.11.1995 – 5 AZR 753/94 –

Aus den Gründen

I.

Die Parteien haben darüber gestritten, ob das beklagte Land verpflichtet war, die regelmäßige Arbeitszeit der Klägerin für die Zeit vom 1. August 1993 bis zum 31. August 1995 auf 3/4 eines Vollzeitverhältnisses zu reduzieren. Die Parteien haben den Rechtsstreit in der Revisionsinstanz für erledigt erklärt.

Die Klägerin ist bei dem beklagten Land als Leiterin einer Kindertagesstätte für Kinder im Vorschulalter angestellt. Sie ist

vollzeitbeschäftigt; ihre regelmäßige wöchentliche Arbeitszeit beträgt 38,5 Stunden. Sie ist mit einem Grundschullehrer verheiratet und hat zwei Kinder. Der Sohn ist etwa elf Jahre alt; die 1986 geborene Tochter wurde im August 1993 eingeschult.

Die Klägerin hat beantragt, zur Betreuung ihrer Tochter ihre Arbeitszeit vorübergehend auf 75 % der regelmäßigen vollen Arbeitszeit herabzusetzen. Die Klägerin berief sich auf § 10 des Berliner Landesantidiskriminierungsgesetzes (später Landesgleichstellungsgesetz – GleichstG BE) vom 31. Dezember 1990 (GVBl. 1991 S. 8, zuletzt geändert durch Gesetz vom 21. Juni 1994 – GVBl. 1994 S. 182). Die Vorschrift lautet auszugsweise:

„§ 10 Arbeitszeit

(1) Unter Beachtung der dienstlichen Belange soll das Interesse der Dienstkräfte an flexibler, auf die individuellen Bedürfnisse zugeschnittener Gestaltung der Arbeitszeit berücksichtigt werden. ...

(3) Die Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit zur Betreuung von Kindern und pflegebedürftigen Angehörigen steht der Wahrnehmung von gehobenen und Leitungspositionen nicht entgegen.

(4) Bei einer befristeten Arbeitszeitverkürzung zur Betreuung von Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen ist der Dienstkraft nach Ablauf der Frist ein gleichwertiger Vollzeit-arbeitsplatz anzubieten. ...“

Das beklagte Land lehnte den Antrag der Klägerin mit Schreiben vom 18. Mai 1993 ab; aus dienstlicher Sicht sei eine Reduzierung der Arbeitszeit beim Leitungspersonal in Kindertagesstätten nicht zu vertreten.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie abgewiesen. Mit ihrer Revision hat die Klägerin ihren ursprünglichen Klageantrag weiterverfolgt.

II.

Nach dem bisherigen Sach- und Streitstand hätte die Revision der Klägerin Erfolg haben müssen. Der Klage wäre entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts stattzugeben gewesen.

1. Das Landesarbeitsgericht hat die Klage abgewiesen, da sich weder aus § 10 GleichstG BE noch aus anderen Rechtsgrundlagen ein Anspruch auf Herabsetzung der Arbeitszeit ergeben könne. Dieser Auffassung folgt der Senat nicht.

§ 10 GleichstG BE enthält entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht lediglich einen rechtsfolgenlosen politischen Programmsatz, sondern eine bindende Anweisung an die zuständigen Dienststellen. Ein Rechtsanspruch eines Arbeitnehmers auf Modifizierung seiner Arbeitszeit kann entstehen, wenn das Land das Gesetz nicht rechtsfehlerfrei anwendet, sei es, daß das Land seinen Entscheidungsspielraum nicht richtig anwendet, etwa sich von unsachlichen Erwägungen leiten läßt, sei es, daß es die Vorgaben des Gesetzes nicht hinreichend berücksichtigt.

Da es sich um eine Sollvorschrift handelt, steht die Entscheidung über das Gesuch eines Arbeitnehmers um Gewährung einer modifizierten Arbeitszeit nicht im freien Ermessen oder gar Belieben des Landes. Von einer Sollvorschrift darf nur abgewichen werden, wenn es hierfür einsichtige und vernünftige

Gründe gibt (BAG Beschluß vom 13. November 1991 – 7 ABR 8/91 – BAGE 69, 41, 47 = AP Nr. 9 zu § 26 BetrVG 1972, zu B 2 der Gründe, m.w.N.).

§ 10 Abs. 1 GleichstG BE, der von „flexibler Gestaltung der Arbeitszeit“ spricht, betrifft nicht nur die Lage, sondern auch den Umfang der Arbeitszeit. Das folgt entgegen der Auffassung des beklagten Landes aus den weiteren Gesetzesbestimmungen. In § 10 Abs. 1 Satz 3 und in den Absätzen 2 bis 6 GleichstG BE ist jeweils auch die Arbeitszeitreduzierung ausdrücklich als Fall der flexiblen Arbeitszeitgestaltung genannt.

Nach § 10 Abs. 3 GleichstG BE steht die Wahrnehmung von gehobenen oder Leitungsfunktionen der Reduzierung der wöchentlichen Arbeitszeit dann nicht entgegen, wenn die Reduzierung begehrt wird, um Kinder oder pflegebedürftige Angehörige zu betreuen. In dieser Regelung kommt zum Ausdruck („steht ... nicht entgegen“), daß allein die gehobene oder Leitungsfunktion bei der Abwägung dann nicht zugunsten der dienstlichen Belange durchschlagen darf, wenn Kinder oder pflegebedürftige Angehörige Ursache dafür sind, eine herabgesetzte Arbeitszeit zu begehren. Sollen die dienstlichen Belange in solchen Fällen stärker gewichtet werden als das individuelle Interesse, bedarf es zusätzlicher Gründe.

2. Hieran gemessen hätte das beklagte Land dem Antrag der Klägerin auf zeitweise Herabsetzung ihrer wöchentlichen Arbeitszeit von 38,5 auf 28,9 Stunden stattgeben müssen.

a) Das beklagte Land hat nicht in Abrede gestellt, daß die Klägerin ein durchaus verständliches, wenn nicht dringendes Interesse daran hatte, anlässlich der Einschulung ihrer Tochter ihre familiären Probleme durch eine Verkürzung ihrer Arbeitszeit zu lösen. Die Klägerin hat ihre Schwierigkeiten detailliert und nachvollziehbar dargestellt, die sich aus der Berufstätigkeit ihres Ehemannes, der Schulpflichtigkeit ihres Sohnes und der Notwendigkeit einer Betreuung der gerade erst schulpflichtigen Tochter ergaben. Gleichwohl hat das beklagte Land den dienstlichen Belangen den Vorrang eingeräumt. Zur Begründung hat das Land im Grunde nur ausgeführt, die Stellung der Klägerin als Leiterin der Kindertagesstätte dulde keine Reduzierung der Arbeitszeit.

Diese Begründung reichte nicht aus, den Antrag der Klägerin abzulehnen. Das beklagte Land hat unbeachtet gelassen, daß nach § 10 Abs. 3 GleichstG BE die Wahrnehmung einer Leitungsposition gerade nicht genügt, eine Arbeitszeitverkürzung zu verweigern.

b) Zudem läßt das beklagte Land unberücksichtigt, daß die von der Klägerin geleitete Kinderta-

gesstätte ohnehin länger geöffnet ist, als die Vollzeitarbeit der einzelnen dort beschäftigten Mitarbeiter beträgt. So ist die Kindertagesstätte auch schon morgens zwei Stunden vor dem Dienstbeginn der Klägerin geöffnet. Auch in diesen Zeiten muß, nach der Darstellung des beklagten Landes, die Leitungsfunktion ausgeübt werden. Das kann dann aber nur durch die Stellvertreterin der Klägerin geschehen. Warum bei einer Reduzierung der Arbeitszeit der Klägerin um ca. zehn Stunden wöchentlich, also ca. zwei Stunden täglich, nicht auch insoweit eine Vertretungsregelung Platz greifen könnte, hat das beklagte Land nicht einsichtig machen können. Der nach Darstellung des beklagten Landes unabdingbare Informationsaustausch zwischen Leiterin und stellvertretender Leiterin der Kindertagesstätte kann nicht nennenswert beeinträchtigt sein, wenn die Klägerin zwei Stunden am Tag weniger an ihrer Arbeitsstätte anwesend ist. Überdies hat die Klägerin gerade hierzu zusammen mit ihrer Vertreterin von sich aus eine Konzeption erarbeitet, die den diesbezüglichen Bedenken des beklagten Landes Rechnung trägt. Schlüssige Einwendungen dagegen hat das beklagte Land nicht vorgetragen. Schließlich hat das beklagte Land unberücksichtigt gelassen, daß es der Klägerin nicht um eine unbefristete Herabsetzung der Arbeitszeit ging, sondern nur um eine Übergangszeit von zwei Jahren.

Urteil

ArbG Hamburg, §§ 615, 626 BGB Arbeitszeitreduzierung wegen Kinderbetreuung

Ein Arbeitgeber darf an den Arbeitnehmer keine betrieblich nicht zwingenden Ansprüche stellen, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf verhindern.

Urteil des ArbG Hamburg v. 4.12.1995 – 21 Ca 290/95 – n.rk.

Aus dem Sachverhalt:

Die Parteien verband ein Arbeitsverhältnis. Sie streiten um die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung sowie um die Zahlung von Arbeitsentgelt.

Die Beklagte betreibt gewerbsmäßig Arbeitnehmerüberlassung. Sie beschäftigt ungefähr 300 Arbeitnehmer.

Seit dem 21. März 1991 ist die Klägerin für die Beklagte als Hilfskraft tätig. Im Arbeitsvertrag heißt es, daß sich die Arbeitszeit nach den Bedürfnissen des Kunden richtet. Es ist eine wöchentliche Arbeitszeit von 37 Stunden vereinbart, der Bruttostundenlohn beträgt 11,50 DM.

Die Klägerin wohnte zunächst in Hamburg. Sie zog dann nach K. um. In der Zeit vom 23.6.1992 bis 22.6.1995 hatte sie Mutterschafts- und Erziehungsurlaub. Am 23.6.1995 meldete sie sich bei der Beklagten, um ihren Arbeitseinsatz zu besprechen. Die Klägerin kann ihre zwischenzeitlich geborene Tochter morgens um 7.00 Uhr zu einer Tagesmutter bringen und kann ungefähr um 8.00 Uhr am Hauptbahnhof in Hamburg sein. Dies teilte sie der Beklagten mit. Die Beklagte hielt der Klägerin vor, daß sie ihr eine Arbeit, die erst um 8.30 Uhr beginne, nicht

anbieten könne. Sie riet der Klägerin zu kündigen. Damit war die Klägerin nicht einverstanden.

Mit Schreiben vom 26.6.1995 erteilte die Beklagte der Klägerin eine Abmahnung. Darin warf die Beklagte der Klägerin vor, daß sie erst Einsätze ab 8.00 Uhr wahrnehmen könne und wies darauf hin, daß die Einsätze der Beklagten bei den Kunden in der Regel zwischen 6.00 und 7.00 Uhr beginnen würden. Mit Schreiben vom 27.6.1995 kündigte die Beklagte fristgemäß zum 31.7.1995. Mit Telegramm und Schreiben vom 30.6.1995 kündigte die Beklagte fristlos.

Mit ihrer am 21.7.1995 bei Gericht eingegangenen Klage macht die Klägerin geltend, daß die fristlose Kündigung unwirksam sei. Im Hinblick darauf, daß sie die Frist des § 4 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) in bezug auf die fristgemäße Kündigung nicht einhielt, akzeptiert sie die Wirksamkeit der fristgemäßen Kündigung. Die Klägerin verlangt des weiteren Arbeitsvergütung für die Zeit vom 23.6. bis 31.7.1995. Für 27 Tage à 8 Stunden à 11,50 DM brutto ergibt sich ein Betrag von 2.484,- DM brutto. Diese Summe ist der Höhe nach zwischen den Parteien unstrittig.

Aus den Gründen:

Die Klage ist zulässig und begründet. Die fristlose Kündigung der Beklagten ist rechtsunwirksam. Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand bis zum 31.7.1995 fort. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin Arbeitsentgelt für die Zeit vom 23.6. bis 31.7.1995 in Höhe von 2.484,- DM brutto zu zahlen. Diese Entscheidung beruht in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht kurz zusammengefaßt im wesentlichen auf folgenden Erwägungen:

Die fristlose Kündigung der Beklagten vom 30.6.1995 ist rechtsunwirksam, weil ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 Abs. 1 BGB nicht besteht und die Klägerin die Kündigung innerhalb der Frist des § 4 KSchG gerichtlich angegriffen hat.

A. Das Gericht hat die fristlose Kündigung in zweierlei Hinsicht geprüft. Zum einen war geltend gemacht worden, daß die Klägerin dauerhaft wegen ihres Kindes nicht mehr imstande sei, die von ihr geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. Des weiteren ist das Gericht dem Vorwurf der Beklagten nachgegangen, die Klägerin habe mehrfach ihr zugewiesene Arbeit nicht angetreten. Beide Vorwürfe erwiesen sich als nicht stichhaltig:

1. Die Klägerin hat die Arbeit nicht beharrlich verweigert. Die Beklagte hat nicht bewiesen, daß sie der Klägerin überhaupt in der Zeit zwischen dem 23.6.1995 und dem 30.6.1995 Arbeit zugewiesen hätte.

2. Die Klägerin ist auch weiterhin imstande, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Der Umstand, daß sie bis morgens 7.00 Uhr durch die Ausübung der elterlichen Sorge gegenüber ihrem Kind gebunden ist, macht die Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht unmöglich. Die Beklagte kann sie ab 7.30 Uhr im Norden Hamburgs, ab 8.00 Uhr in Hamburg und ab 8.30 Uhr im Süden Hamburgs einsetzen. Dies ist der Beklagten möglich. Die Beklagte ist auch gehalten

ten – vgl. sogleich unter B. –, auf die persönliche Situation der Klägerin Rücksicht zu nehmen.

3. Ein wichtiger Grund im Sinne des § 626 BGB besteht daher nicht. Die fristlose Kündigung der Beklagten ist rechtsunwirksam. Das Arbeitsverhältnis der Parteien bestand bis zum 31.7.1995 fort.

B. Auch der Zahlungsantrag ist gemäß § 615 BGB begründet. Die Beklagte ist verpflichtet, der Klägerin die Arbeitsvergütung in der geltend gemachten Höhe zu zahlen. Dies gilt, obwohl die Klägerin in der Zeit vom 23.6. bis zum 31.7.1995 nicht gearbeitet hat. Die Beklagte befand sich in dieser Zeit im Annahmeverzug.

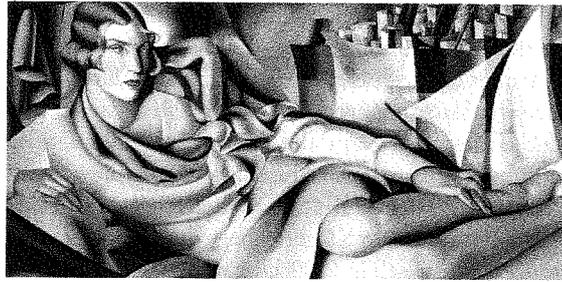
1. Voraussetzungen des Annahmeverzuges sind grundsätzlich, daß ein erfüllbares Dienstverhältnis vorliegt, der Dienstpflichtige seine Dienste angeboten hat, die Leistung der Dienste im Zeitpunkt des Angebots möglich ist und der Dienstberechtigte die Dienste nicht annimmt. Eine Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt, daß die Beklagte der Klägerin nicht wirksam einen Arbeitsplatz zugewiesen hat und daß die Klägerin ihre Arbeitskraft ordnungsgemäß angeboten hat. Im einzelnen:

2. Die Beklagte hat auch für die Zeit ab dem 23.6.1995 von der Klägerin verlangt, daß sie mit ihrer Arbeit um 6.00 Uhr beginnt. Sie hat damit einseitig die Lage der täglichen Arbeitszeit der Klägerin bestimmt.

a) Dazu war die Beklagte auch grundsätzlich befugt. Denn der Arbeitsvertrag der Parteien sieht Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit nicht vor. Es heißt dort lediglich, daß sich die Arbeitszeit nach den Bedürfnissen der Kunden richtet. Das Arbeitsverhältnis hat sich hier nicht durch langjährige gleichförmige Handhabung dahingehend konkretisiert, daß die tägliche Arbeitszeit um 6.00 Uhr beginnen würde, weil die Klägerin etwa jahrelang um 6.00 Uhr begonnen hätte. Dafür besteht das Arbeitsverhältnis noch gar nicht lange genug. Während der Zeit des Erziehungsurlaub hat es geruht.

b) Inhaltlich hält das Beharren der Beklagten auf einem Arbeitsbeginn um 6.00 Uhr einer gerichtlichen Überprüfung indessen nicht stand. Die Anordnung der Beklagten ist vielmehr rechtsunwirksam. Die Festlegung der täglichen Arbeitszeit bedeutet eine Verfügung über Lebenszeit und greift damit weit in den privaten Bereich des Arbeitnehmers ein. Die Entscheidungen des Arbeitgebers müssen billigem Ermessen entsprechen (vgl. Hromadka, Das Leistungsbestimmungsrecht des Arbeitgebers, DB 1995, 1609).

aa) Das auf dem Arbeitsvertrag beruhende Direktionsrecht gehört zum wesentlichen Inhalt eines jeden Arbeitsverhältnisses. Bei dessen Ausübung steht



Porträt Arlette Boucard, 1928

dem Arbeitgeber regelmäßig ein weiter Raum zur einseitigen Gestaltung der Arbeitsbedingungen zu. Im übrigen darf das Direktionsrecht nur nach billigem Ermessen (§ 315 BGB) ausgeübt werden, was voraussetzt, daß die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden (BAG AP Nr. 38 zu § 611 BGB Direktionsrecht).

Die Beweislast dafür, daß seine Entscheidung der Billigkeit genügt, trägt nach ständiger Rechtsprechung der Arbeitgeber (vgl. BGH AP Nr. 11 zu § 315 BGB). Der Arbeitnehmer muß darlegen, welche besonderen Umstände auf seiner Seite zu berücksichtigen sind. Es ist sodann Sache des Arbeitgebers, darzulegen und zu beweisen, daß ihm ein solcher Arbeitsplatz nicht zur Verfügung steht.

bb) Eine Anwendung dieser Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt für die Interessenabwägung folgendes Bild:

Die Klägerin befand sich im vorliegenden Fall in einem Dilemma: Gemäß § 1627 BGB hatte sie ihr kleines Kind zu versorgen und war deshalb bis 7.00 Uhr morgens gebunden, andererseits verlangte die Arbeitgeberin von ihr, daß sie wie in der Zeit vor der Geburt des Kindes die Arbeit bereits um 6.00 Uhr morgens aufnehme. Dies konnte die Klägerin unstrittig nicht. Die Beklagte hat durch ihr Verhalten deutlich gemacht, daß sie nicht bereit ist, die Klägerin später als 6.00 Uhr einzusetzen. Sie hat damit eine Zäsur gesetzt.

Das Interesse der Beklagten geht dahin, ihre Arbeitnehmer möglichst flexibel einsetzen zu können. Zeitliche Beschränkungen beeinträchtigen die Dispositionsmöglichkeiten. Das Interesse der Beklagten ist jedoch notwendigerweise mit einer gegenläufigen Bedingung verschränkt: Bei der Akquisition von Aufträgen ist die Beklagte im ureigensten Interesse von vornherein gehalten, die beruflichen Qualifikationen und Vorkenntnisse ihrer eigenen Arbeitnehmer zu berücksichtigen.

Die Klägerin hat andere Interessen. Sie hat dargelegt, daß sie sich in einer Pflichtenkollision befand. Sie hatte einerseits das Kind zu versorgen. Zwar trägt

sie nicht allein die Sorgepflicht, sondern auch ihr Ehemann. Die Klägerin und ihr Ehemann haben dem aber dadurch Rechnung getragen, daß sie angemessene Vorsorge getroffen haben. Denn sie haben eine Tagesmutter mit der Versorgung des Kindes tagsüber beauftragt. Der Ehemann ist bereit, sich an der Betreuung des Kindes zu beteiligen. Die Einschränkung für die Klägerin liegt darin, daß sie nur in der Zeit zwischen 8.00 Uhr und 22.00 Uhr tätig sein kann. Dabei ist zu berücksichtigen, daß die Klägerin bereits vor 7.30 anfangen könnte, wenn ihr eine Arbeit im Norden Hamburgs zugewiesen werden würde. Die Beklagte unterhält eine Filiale in P. P. liegt in der Nähe des Wohnortes der Klägerin.

Ein sachgerechter und verhältnismäßiger Interessenausgleich kann nach Auffassung des Gerichts nur darin liegen, daß die Beklagte darauf Rücksicht nimmt, daß die Klägerin mittlerweile Mutter geworden ist. Dem Arbeitgeber oblag hier demgemäß eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf schwerwiegende, rechtlich zwingende private Verpflichtungen seiner Arbeitnehmerin (§ 1627 BGB). Er durfte keine Ansprüche, die nicht betrieblich zwingend waren, stellen, die die Vereinbarkeit von Familie und Beruf verhindern. Im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten war deshalb bei der Festlegung der zeitlichen Lage der täglichen Arbeitszeit Rücksicht auf Erziehungs- und Betreuungspflichten einer Arbeitnehmerin gegenüber ihrem Kind zu nehmen.

Die Beklagte mußte im übrigen wissen, daß Flexibilität keine Einbahnstraße ist. Ein billig und gerecht denkender Arbeitgeber kann kaum meinen, daß ihm ein Monopolanspruch auf Flexibilität zustehen könne. Es mußte der Beklagten von vornherein klar sein, daß die Nachteile, die mit flexiblen Arbeitszeiten verbunden sind, nicht einzig und allein bei den Arbeitnehmern angesiedelt werden dürfen. Auch im Leiharbeitsverhältnis trägt immer noch der Arbeitgeber das Beschäftigungsrisiko (vgl. BAG AP Nr. 29 zu § 615 BGB Betriebsrisiko). Der von der Beklagten einseitig aufgestellte Formulararbeitsvertrag sieht eine völlige Flexibilisierung der Arbeitszeiten der Klägerin vor, weil sich die Arbeitszeit nach den Wünschen der Kunden richtet. Der notwendige Wermutstropfen in diesem Arbeitszeitparadies der Beklagten liegt darin, daß auch ihr ein Stück Flexibilität beim Einsatz ihrer Mitarbeiter zuzumuten ist. Ob etwas anderes gelten kann, wenn dem Arbeitnehmer als Ausgleich für die totale Flexibilisierung eine adäquate finanzielle Kompensation geboten wird, brauchte nicht entschieden zu werden, weil die Beklagte der Klägerin einen Stundenlohn von 11,50 DM brutto zahlt.

Eine Rücksichtnahme der Beklagten auf die Situation der Klägerin war der Beklagten im vorliegenden Fall auch möglich. Die Beklagte hat den Vortrag

der Klägerin, daß sie ab 8.00 Uhr hätte eingesetzt werden können, nicht substantiiert entkräftet. Es ist in der mündlichen Verhandlung im Gegenteil deutlich geworden, daß über einen Einsatz der Klägerin ab 14.00 Uhr gesprochen worden war. Zu dieser Beschäftigung ist es wegen der fristlosen Kündigung dann nicht mehr gekommen. Nach der Lebenserfahrung wäre es auch unwahrscheinlich, daß die Beklagte nur und regelmäßig Arbeitseinsätze für gewerbliche Hilfskräfte ab 6.00 Uhr morgens hätte. Die Beklagte hätte sich substantiiert und detailliert mit der Behauptung der Klägerin auseinandersetzen müssen, daß sie im Großraum Hamburg über Einsatzmöglichkeiten ab 8.00 Uhr verfügt habe. Dies hat die Beklagte unterlassen. Die Beklagte hat damit nicht substantiiert dargelegt, daß ihr Verlangen nach einer Arbeitsaufnahme um 6.00 Uhr gemäß § 315 BGB nach billigem Ermessen getroffen worden ist.

cc) Eine Inhaltskontrolle der Maßnahme der Beklagten war daneben nicht vorzunehmen.

Unter Inhaltskontrolle wird die Kontrolle vertraglicher Regelungen auf ihre Angemessenheit und Ausgewogenheit nach generalisierenden Maßstäben verstanden.

Die Vertragsparität ist offenkundig gestört. Aber nicht die Vertragsklausel, daß sich die Arbeitszeit nach den Wünschen der Kunden richtet, ist als solche generell unwirksam, sondern es geht allein um die Frage, ob im konkreten Einzelfall die Leistungsbestimmung des Arbeitgebers der Billigkeit entspricht.

dd) Die Annahme eines Billigkeitsverstößes wird durch eine weitere, weitergehende Überlegung gestützt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers gebietet es, persönliche Pflichtenkollisionen rechtlich als subjektives Unvermögen zu behandeln mit der Folge, daß die Arbeitspflicht erlischt, eine Vertragsverletzung des Arbeitnehmers also nicht gegeben ist (vgl. Kohte, Gewissenskonflikt am Arbeitsplatz, NZA 1989, 161 m.w.N.). Vielmehr ist es Sache des Arbeitgebers, die Arbeitsorganisation so zu gestalten, daß die auf öffentlich-rechtlichen, familien-rechtlichen oder sozialetischen Pflichten beruhenden Kollisionen vermieden werden. Auch das Bundesarbeitsgericht bleibt bei der Feststellung, daß sich Unmöglichkeit und Annahmeverzug ausschließen, nicht stehen, sondern prüft, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht (vorübergehend) anders einsetzen kann (vgl. BAG, DB 1987, 1359).

Bei dieser Betrachtungsweise bestünde nicht einmal eine Kollision von Rechtspflichten der Klägerin, weil die Beklagte gar nicht wirksam einen Arbeitsplatz zugewiesen hätte.

ee) Die Klägerin hat ihre Arbeitskraft schließlich auch angeboten. Sie war bereit zu arbeiten. Daß das Angebot erst für eine Zeit nach 6.00 Uhr erfolgte,

macht es nicht mangelhaft, weil es nicht zur rechten Zeit bestand. Denn die Beklagte war verpflichtet, darauf einzugehen.

Im Ergebnis ergibt sich, daß sich die Beklagte in der Zeit vom 23.6.1995 bis zum 31.7.1995 im Annahmeverzug befand.

3. Die Rechtsordnung erschöpft sich auch sonst keineswegs in starren Rechtsnormen, die dem besonderen Einzelfall oder der Interessenlage ganzer Personengruppen keine Rechnung tragen würden. Besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer sind darauf angewiesen, daß auf ihre Belange Rücksicht genommen wird. Der Gesetzgeber hat dem beispielhaft Rechnung in § 14 Schwerbehindertengesetz (SchwbG) und in § 2 Abs. 1 Mutterschutzgesetz (MuSchG) getragen.

Der Gesetzgeber hat insbesondere auch erkannt, daß Arbeitszeiten und Familienpflichten miteinander kollidieren können. § 6 Abs. 4b Arbeitszeitgesetz (ArbZG) normiert einen Umsetzungsanspruch auf einen geeigneten Tagesarbeitsplatz für Nachtarbeitnehmer, wenn ein Kind unter 12 Jahren zu betreuen ist.

Die Rechtsordnung hat sich darüber hinaus in zahlreichen Konstellationen dem Problem gestellt, daß Arbeitnehmer mehreren Ansprüchen und Pflichten ausgesetzt sind, die nicht miteinander zu vereinbaren sind:

- einem ausländischen Arbeitnehmer, für den das Arbeitsplatzschutzgesetz nicht gilt, steht gegenüber seinem Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht zu, wenn er zum Wehrdienst in sein Heimatland einberufen wird (vgl. BAG EzA § 123 BGB Nr. 20);
- besteht bei dem Arbeitnehmer eine unverschuldete Zwangslage wegen der Personensorge für ein Kind, ist eine verhaltensbedingte Kündigung ausgeschlossen (vgl. BAG, ArbuR 1993, 153);
- einem Angehörigen des öffentlichen Dienstes, dem seine politische Überzeugung wichtiger ist als die Beachtung der „Treuepflicht“, darf wegen der Vereinigungsfreiheit nicht gekündigt werden (vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, ArbuR 1995, 471);
- einem Hafendarbeiter, der sich aus Gewissensgründen weigert, Kriegsmaterial zu verladen, darf nicht gekündigt werden (vgl. LAG Hamburg, AP 1952 Nr. 105);
- bei erforderlichen Vertragsänderungen leitet das Bundesarbeitsgericht aus § 242 BGB Einschränkungen des Direktionsrechts ab, wenn es durch besondere in der Person des Arbeitnehmers liegende Gründe geboten und dem Arbeitgeber zumutbar ist. Dann sei eine Abwägung der berechtigten beiderseitigen Interessen entscheidend.

Dies könne im Einzelfall zu der Verpflichtung des Arbeitgebers führen, die Arbeitnehmerin an einem anderen als dem vertraglich vereinbarten Ort zu beschäftigen (vgl. BAG AP Nr. 27 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht). In seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung weist Hueck zutreffend darauf hin, daß der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät, wenn er seiner Pflicht zur Versetzung der Arbeitnehmerin nicht nachgekommen ist, während das Bundesarbeitsgericht einen Schadenersatzanspruch der Arbeitnehmerin bejahte.

4. Zusammengefaßt ergibt sich, daß die Beklagte eine Rechtspflicht traf, auf die persönliche Situation der Klägerin Rücksicht zu nehmen. Die Beklagte durfte die Konfliktsituation nicht einfach ignorieren. Sie hat gleichwohl einseitig allein ihre eigenen Interessen zum Tragen gebracht. Es fehlt damit an einer rechtlich zu beachtenden Zurverfügungstellung eines Arbeitsplatzes durch die Beklagte. Die Beklagte befand sich deshalb in der Zeit vom 23.6.1995 bis zum 31.6.1995 im Annahmeverzug. Die Klägerin war leistungswillig, leistungsbereit und hat ihre Arbeitskraft ordnungsgemäß angeboten. Auch dem Leistungsantrag war daher in vollem Umfang stattzugeben. Der Höhe nach ist die Summe zwischen den Parteien unstrittig.

Mitgeteilt von RAin Susanne Pötz-Neuburger, Hamburg

Urteil

BVerwG, § 79a BBG

Freistellung und Erziehungsurlaub

Auch aus einem Urlaub aus familienpolitischen Gründen (zur Kinderbetreuung) heraus kann Anspruch auf Gewährung von – in einigen Regelungen günstigerem – Erziehungsurlaub bestehen.

Urteil des BVerwG v. 21.3.1996 – 2 C 8.95 –

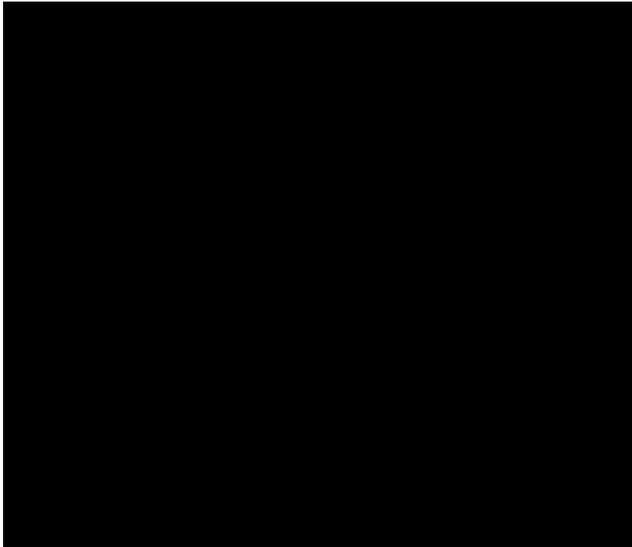
Aus den Gründen:

I.

Die Klägerin ist Postoberschaffnerin im Dienste der Beklagten. Nach der Geburt ihres ersten Kindes im August 1986 wurde ihr antragsgemäß Urlaub aus familienpolitischen Gründen gewährt, zuletzt bis zum 1. Juni 1992. Aus Anlaß der bevorstehenden Geburt ihres zweiten Kindes (17.9.1991) beantragte die Klägerin, den Urlaub ohne Dienstbezüge vorzeitig zu beenden und ihr statt dessen Erziehungsurlaub zu gewähren. Die Oberpostdirektion N. lehnte den Antrag ab.

Die Klage mit dem Antrag, unter Aufhebung der entgegenstehenden Bescheide die Beklagte zur Gewährung des begehrten Erziehungsurlaubs, hilfsweise zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts, zu verpflichten, hat das Verwaltungsgericht abgewiesen.

Auf die Berufung der Klägerin hat der Verwaltungsgerichtshof das erstinstanzliche Urteil und die angegriffenen Bescheide aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, der Klägerin für die Zeit vom 13.11.1991 bis 1.6.1992 Erziehungsurlaub zu gewähren.



Gegen dieses Urteil hat die Beklagte die vom Senat zugelassene Revision eingelegt.

II.

Die Revision ist unbegründet. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, daß die angefochtenen Bescheide rechtswidrig sind und die Beklagte zur nachträglichen Gewährung des begehrten Erziehungsurlaubs anstelle des bestehenden Urlaubs aus familienpolitischen Gründen verpflichtet ist.

Das Klagebegehren auf Gewährung von Erziehungsurlaub hat sich trotz des zwischenzeitlichen Ablaufs der begehrten Beurlaubungszeit nicht erledigt, weil die Klägerin aufgrund der ursprünglichen Beurlaubung nach § 79 a BBG in der streitigen Zeit tatsächlich keinen Dienst geleistet hat und im Falle des Erfolgs ihrer Klage die Rechtswirkungen dieser ursprünglichen Beurlaubung durch die teilweise günstigeren Rechtswirkungen des begehrten Erziehungsurlaubs auch für eine in der Vergangenheit liegende Zeit beseitigt werden können (vgl. BVerwGE 79, 336 f.; 94, 94 f., jeweils m.w.N.). Der geltend gemachte Anspruch auf Erziehungsurlaub anstelle des ursprünglichen Urlaubs ist auch begründet.

Allerdings bedurfte es für die Gewährung des begehrten Erziehungsurlaubs einer gleichzeitigen Beendigung des der Klägerin nach § 79 a BBG bereits gewährten Urlaubs, die diese auch beantragt hat. Der Klägerin konnte der Erziehungsurlaub nicht neben dem bereits gewährten Urlaub für einen Teil desselben Zeitraums gewährt werden. Das ergibt sich aus dem Begriff des Urlaubs als einer Freistellung von der Verpflichtung zur Dienstleistung. Soweit ein Beamter von der Verpflichtung zur Dienstleistung bereits vollständig freigestellt ist, insbesondere durch einen längerfristigen Urlaub, besteht für eine weitere Freistellung von der gleichen Verpflichtung weder Bedarf noch Raum (vgl. insoweit OVG Münster, Urteil vom 16. Dezember 1994 – 1 A 1718/ 90 – ZBR 1995,

312). Dies gilt insbesondere, wenn es sich – wie hier – um Urlaub aus unterschiedlichen Rechtsgründen mit voneinander teilweise abweichenden Rechtsfolgen handelt.

Nach den vom Senat entwickelten Grundsätzen in dem in BVerwGE 79, 336 abgedruckten Urteil lag die Entscheidung über die von der Klägerin beantragte Beendigung des bestehenden Urlaubs nach § 79 a BBG im pflichtgemäßen Ermessen der Beklagten; der Klägerin stand nach allgemeinen Grundsätzen ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung zu. Die angefochtenen Bescheide sind schon deshalb rechtswidrig, weil sie aus der Sicht der Klägerin als Empfängerin nicht erkennen lassen, daß die Beklagte überhaupt Ermessenserwägungen angestellt hat; sie erwecken vielmehr den Eindruck, die Beklagte habe sich bereits rechtlich für gehindert gehalten, dem Antrag zu entsprechen.

Darüber hinaus war im vorliegenden Falle die Beklagte im Ergebnis verpflichtet, antragsgemäß den nach § 79 a BBG gewährten Urlaub zu beenden und statt dessen Erziehungsurlaub zu gewähren, da kein Gesichtspunkt erkennbar ist, aus dem sie ermessensgerecht den Widerruf des ursprünglichen Urlaubs zur Inanspruchnahme des Erziehungsurlaubs hätte ablehnen können. In dem erwähnten Urteil des Senats hat dieser maßgeblich darauf abgestellt, daß Erwägungen der Personalwirtschaft die Ermessensausübung bestimmen und die Ablehnung des Antrags auf vorzeitige Beendigung eines Urlaubs nach § 79 a BBG rechtfertigen. Derartige personalwirtschaftliche Überlegungen greifen bei einer vorzeitigen Beendigung des Urlaubs nach § 79 a BBG nicht, wenn anschließend für den gleichen oder einen längeren Zeitraum Erziehungsurlaub gewährt werden soll. Auch dienen beide Arten des Urlaubs ohne Dienstbezüge grundsätzlich gleichgerichteten familienpolitischen Zielen, werden in gleicher Weise auf das Besoldungsdienstalter und die ruhegehaltfähige Dienstzeit angerechnet und räumen eine eingeschränkte Beihilfeberechtigung ein.

Der Erziehungsurlaub, auf den ein Rechtsanspruch besteht, ist jedoch für einen befristeten Zeitraum nach der Geburt des Kindes im Zusammenhang mit den Regelungen über die Sonderzuwendung, das Urlaubsgeld und die vermögenswirksamen Leistungen günstiger ausgestaltet und wird vor allem nicht auf die Höchstdauer des Urlaubs nach § 79 a Abs. 2 BBG angerechnet. Der Antrag auf vorzeitige Beendigung des ursprünglichen Urlaubs ohne Dienstbezüge ist zudem nicht darauf gerichtet, volle Dienstbezüge zu erhalten, sondern auf die zeitweise Ersetzung des zur Kinderbetreuung bereits gewährten Urlaubs durch den spezielleren, gesetzlich mit einem Vorrang ausgestatteten Erziehungsurlaub.

Urteil

LAG Hamm, Betriebsvereinbarung zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung Wiedereinstellung nach Kindererziehung

Die Auslegung einer Betriebsvereinbarung, den Mitarbeiterinnen, die von den Begünstigungen der Betriebsvereinbarung Gebrauch machen, die Wiedereinstellung auf unabhsehbare Zeit zu verweigern, läßt sich mit dem Zweck der Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung und dem Ziel, Familie und Beruf besser miteinander verbinden zu können, nicht vereinbaren.

Urteil des LAG Hamm vom 15.2.1996 – 16 Sa 1407/95 –

Aus dem Sachverhalt:

Die Klägerin verfolgt in der Hauptsache einen Anspruch auf Wiedereinstellung.

Die Klägerin war seit dem 10.9.1980 als Chemielaborantin bei der Beklagten beschäftigt. Bei der Beklagten handelt es sich um ein Unternehmen der Chemieindustrie.

Die Klägerin wurde am 19.10.1989 von ihrem ersten Kind entbunden. Sie nahm im Anschluß an das Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz Erziehungsurlaub in dem zu dieser Zeit gesetzlich vorgesehenen Umfang von 15 Monaten in Anspruch. Dies teilte sie der Beklagten mit. Hierauf erwiderte die Beklagte mit Schreiben vom 12.12.1989, in dem es u.a. heißt:

„... Am 10.11.1989 trat bei der H... AG (Werk M...) eine Betriebsvereinbarung zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung in Kraft. Danach bieten wir Ihnen an – verbunden mit einer Wiedereinstellungszusage – über den gesetzlichen Erziehungsurlaub hinaus, weitere Jahre zum Zwecke der Kinderbetreuung ihre Beschäftigung bei uns zu unterbrechen. Einzelheiten entnehmen Sie bitte der in Kopie beigefügten Betriebsvereinbarung. Wenn Sie von dieser Regelung Gebrauch machen wollen, müssen Sie spätestens drei Monate vor dem Ende des Erziehungsurlaubs die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses beantragen. Hierzu fügen wir als Anlage eine Erklärung bei, die Sie uns für diesen Fall zusenden. ...“

Die in diesem Schreiben der Beklagten in Bezug genommene Betriebsvereinbarung vom 10.11.1989 hat den folgenden Inhalt (*Auszüge, Anm. d. Red.*):

„Betriebsvereinbarung zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung

Mit dieser Betriebsvereinbarung verfolgen Unternehmensleitung/Geschäftsführung und Betriebsräte das Ziel, Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern die Möglichkeit zu eröffnen, Familie und Beruf besser miteinander verbinden zu können.

1. Wiedereinstellungszusage

- a) persönlicher Geltungsbereich
Mitarbeiterinnen/Mitarbeitern, die im Anschluß an den gesetzlichen Erziehungsurlaub zur Kinderbetreuung die Aufhebung ihres Arbeitsverhältnisses mit der H... AG / B... vereinbaren, erhalten eine Wiedereinstellungszusage, wenn
- sie in einem ungekündigten und unbefristeten Arbeitsverhältnis stehen,
 - das Arbeitsverhältnis vor der Geburt des Kindes ununterbrochen mindestens 3 Jahre bestanden hat,
 - die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses mindestens 3 Monate

vor Beendigung beantragt wurde.

Diese Zusage gilt für verheiratete sowie ledige Mütter oder Väter, denen das Personensorgerecht zusteht.

b) Umfang der Wiedereinstellungszusage

Die Wiedereinstellungszusage gilt für einen mit der früheren Tätigkeit vergleichbaren Arbeitsplatz am Standort M..., nicht für den Arbeitsplatz vor Beendigung der Tätigkeit. Wenn im Einzelfall kein vergleichbarer Arbeitsplatz vorhanden ist, kann auch ein Arbeitsplatz geringerer Wertigkeit angeboten werden.

c) Erhaltung der beruflichen Qualifikation

Die Wiedereinstellungszusage hängt davon ab, daß die Bereitschaft besteht, zur Erhaltung der beruflichen Qualifikation vorgeschlagene Weiterbildungsmaßnahmen der H... AG / B... anzunehmen.

2. Dauer der Beschäftigungsunterbrechung

Die Beschäftigungsunterbrechung dauert längstens bis zur Vollendung des 5. Lebensjahres des Kindes. Bei weiteren Geburten innerhalb der Beschäftigungsunterbrechung kann auf Antrag die Beschäftigungsunterbrechung bis insgesamt 7 Jahre nach der Geburt des Kindes, für dessen Betreuung die Wiedereinstellungszusage erteilt wurde, ausgedehnt werden.

3. Wiederaufnahme der Beschäftigung

Die Wiedereinstellung muß mindestens 6 Monate vor Beginn der beabsichtigten Wiederaufnahme der Beschäftigung beantragt werden. Gleiches gilt für den Wunsch nach Teilzeitarbeit.

4. Aussetzung der Wiedereinstellung

Die Wiedereinstellung wird ausgesetzt, wenn die durch Tatsachen begründete Besorgnis besteht, daß infolge der Wiedereinstellung im Betrieb beschäftigte Mitarbeiter gekündigt bzw. Auszubildende nicht übernommen werden oder Mitarbeiter sonstige Nachteile erleiden, ohne daß dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist.

Entfallen die Gründe, die zu einer Aussetzung der Wiedereinstellung geführt haben, so wird mit dem Mitarbeiter ein neuer Wiedereinstellungstermin vereinbart. Beim Zusammentreffen mehrerer Ansprüche auf Wiedereinstellung erfolgen diese in der Reihenfolge der ursprünglich beantragten Wiedereinstellungstermine.

Die Aussetzung einer Wiedereinstellung wird dem Betriebsrat mitgeteilt.“

Mit Schreiben vom 14.8.1990 erklärte sich die Klägerin bereit, ihr Arbeitsverhältnis im gegenseitigen Einvernehmen am 19.1.1991 aufzulösen. Die Beklagte teilte hierzu am 15.8.1990 mit, daß sie bereit sei, die Klägerin entsprechend der Betriebsvereinbarung vom 10.11.1989 zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung wieder einzustellen, falls die Klägerin dies wünsche und rechtzeitig beantrage.

Unter dem 12.5.1993 beantragte die Klägerin die Wiedereinstellung. Diesen Antrag lehnte die Beklagte unter Hinweis auf die seinerzeitige Personalsituation ab. Mit Schreiben vom 10.3.1994 stellte die Klägerin erneut einen Antrag auf Wiedereinstellung. Auch dieses Mal lehnte die Beklagte mit derselben Begründung ab.

Am 7.6.1994 wurde zwischen der Beklagten und dem Gesamtbetriebsrat ein Interessenausgleich mit dem Ziel der Kostensenkung und ein Sozialplan vereinbart. Beide Vereinbarungen enthalten ein Maßnahmenbündel, u.a. ist der Ausspruch betriebsbedingter Kündigungen vorgesehen.

Mit der vorliegenden Klage verfolgt die Klägerin ihr Wiedereinstellungsbegehren weiter.

Durch Urteil vom 11.5.1995 hat das Arbeitsgericht nach dem Klageantrag entschieden. Die Beklagte hat hiergegen Berufung eingelegt.

Aus den Gründen:

In der Sache hat die Berufung keinen Erfolg.

Zu Recht hat das Arbeitsgericht die Beklagte verurteilt, der Klägerin mit sofortiger Wirkung eine Wiedereinstellungszusage gemäß Ziffer 1 b der Betriebsvereinbarung vom 10.11.1989 zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung zu erteilen.

Der Anspruch der Klägerin auf Wiedereinstellung folgt aus der Betriebsvereinbarung vom 10.11.1989 in Verbindung mit dem Schreiben der Beklagten vom 15.8.1990. Nach dem Inhalt dieses Schreibens hat sich die Beklagte bereit erklärt, die Klägerin entsprechend der Betriebsvereinbarung vom 10.11.1989 zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung wieder einzustellen, falls die Klägerin dies wünscht und dies rechtzeitig beantragt.

a) Nach den Ziffern 1 und 2 der Betriebsvereinbarung hat die Klägerin einen Anspruch auf Wiedereinstellung, dem gegenüber die Beklagte allerdings einwendet, daß sie nach Ziffer 4 der Vereinbarung berechtigt sei, diese auszusetzen. Diese Bestimmung der Betriebsvereinbarung kommt jedoch nach Ablauf der in Ziffer 2 vorgesehenen Höchstdauer der Beschäftigungsunterbrechung nicht mehr zum Zuge.

In Ziffer 2 der Betriebsvereinbarung ist bestimmt, daß die Beschäftigungsunterbrechung längstens bis zur Vollendung des fünften bzw. siebten Lebensjahres des Kindes dauert. Gegenstand dieser Regelung ist also die Dauer der Beschäftigungsunterbrechung als solche, nicht dagegen ein Anspruch des Arbeitnehmers bzw. der Arbeitnehmerin auf Wiedereinstellung oder ein Recht des Arbeitgebers, die Wiedereinstellung zu bewilligen oder zu verweigern. Die Bestimmung der Betriebsvereinbarung wendet sich nach ihrem Wortlaut in gleicher Weise und mit derselben Verbindlichkeit an beide Seiten. Weder enthält sie einen Ansatz für Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer, unter Umständen für einen längeren Zeitraum als die vorgesehene Höchstdauer die Beschäftigungsunterbrechung beanspruchen zu können, noch eröffnet sie dem Arbeitgeber die Möglichkeit, über die vorgesehene Zeitdauer hinaus die Wiedereinstellung abzulehnen. Die Bestimmung bildet somit den für beide Seiten verbindlichen Rahmen, in dem die weiteren Regelungen der Betriebsvereinbarung ihre Bedeutung entfalten.

b) Dieses aufgrund des Wortlauts einer einzelnen Bestimmung der Betriebsvereinbarung gefundene Ergebnis wird durch das mit der Betriebsvereinbarung verfolgte Ziel bestätigt.

Der Wortlaut einer Betriebsvereinbarung ist wegen des normativen Charakters eines solchen Regel-

werkes von besonderer Bedeutung. Betriebsvereinbarungen sind nach den für die Tarifauslegung geltenden Grundsätzen auszulegen (BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 77 BetrVG Auslegung; Fitting, 18. Aufl., § 77, Rdnr. 15 m.w.N.). So ist eine vom Wortlaut abweichende Auslegung einer Betriebsvereinbarung nur bei Vorliegen besonderer Umstände zulässig. Andererseits ist auf den in der Betriebsvereinbarung selbst zum Ausdruck kommenden Willen der Betriebsparteien abzustellen, zu dessen Ermittlung der mit der Betriebsvereinbarung verfolgte Zweck, sofern er in ihr einen Niederschlag gefunden hat, heranzuziehen ist.

Die Betriebsparteien haben die Betriebsvereinbarungen vom 10.11.1989 „zur Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung“ abgeschlossen. Sie haben das mit der Betriebsvereinbarung verfolgte Ziel in einer Präambel dahingehend formuliert, daß Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern die Möglichkeit eröffnet werden soll, Familie und Beruf besser miteinander verbinden zu können. Zur Erreichung dieses Ziels ist eine fünfjährige Freistellung bei der Geburt eines Kindes und eine siebenjährige Freistellung bei weiteren Geburten vorgesehen. In einem Zeitraum von fünf bzw. sieben Jahren kann die Betreuung und Versorgung eines oder mehrerer Kinder in der Regel sichergestellt werden. In dieser Zeit steht mit großer Wahrscheinlichkeit ein Kindergartenplatz zur Verfügung. Die Zeitspanne von fünf bzw. sieben Jahren bietet ansonsten der Arbeitnehmerin bzw. dem Arbeitnehmer die Gelegenheit, auf andere Weise die Kinderbetreuung zu organisieren, wenn die Wiederaufnahme der Arbeit angestrebt wird. Dies zu ermöglichen, ist das ausdrückliche Ziel der Betriebsvereinbarung.

Der Sache nach ist mit einer auf fünf bzw. sieben Jahre begrenzten Beschäftigungsunterbrechung der gesetzliche Erziehungsurlaub, der zum Zeitpunkt des Abschlusses der Betriebsvereinbarung 15 Monate betrug (§ 4 BErzGG in der Fassung der Bekanntmachung vom 25.7.1989 – BGBl. I S. 1550), verlängert worden. Dies läßt sich der Bestimmung unter Ziffer 1 a der Betriebsvereinbarung entnehmen. Danach erhalten Mitarbeiterinnen/Mitarbeiter, die „im Anschluß an den gesetzlichen Erziehungsurlaub zur Kinderbetreuung“ die Aufhebung ihres Arbeitsverhältnisses vereinbaren, eine Wiedereinstellungszusage. Die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses ist also zweckgebunden, nämlich zur Kinderbetreuung.

Technisch ist das angestrebte Ziel allerdings nicht mit einer Verlängerung des Erziehungsurlaubs bei Ruhen des Arbeitsverhältnisses, sondern mit einer Aufhebung des Arbeitsverhältnisses bei gleichzeitiger Wiedereinstellungszusage umgesetzt worden. Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen, die auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung aus dem Arbeitsverhältnis ausgeschieden sind, haben jedoch einen besonderen

Status, mit einer besonderen Bindung an die Beklagte, der sie von anderen möglichen Bewerbern um eine Arbeit bei der Beklagten unterscheidet. Dies kommt terminologisch darin zum Ausdruck, daß die Betriebsparteien das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis als „Beschäftigungsunterbrechung“ betrachten, es spiegelt sich in der Formulierung „Wiederaufnahme der Beschäftigung“ wieder. Über die bloße Terminologie hinaus besteht auf Arbeitnehmerseite die Verpflichtung, an vorgeschlagenen Weiterbildungsmaßnahmen teilzunehmen. Andererseits bleiben Rechte erhalten. So kann während der Laufzeit der Wiedereinstellungszusage das Mietverhältnis über eine Werkmietwohnung nicht gekündigt werden. Ein Arbeitnehmerdarlehen wird während der Laufzeit der Wiedereinstellungszusage unverändert weiter geführt, es ist zudem dafür Sorge getragen, daß die Ansprüche auf betriebliche Altersversorgung keinen Schaden nehmen. Das Band des Arbeitsvertrages mag mit der Aufhebung des Arbeitsverhältnisses zwar formal durchschnitten sein, rechtliche Beziehungen, die ihre Grundlage in eben diesem Arbeitsvertrag haben, bestehen jedoch in mehrfacher Hinsicht fort.

c) In einem solchen Gesamtzusammenhang steht die Regelung unter Ziffer 4 der Betriebsvereinbarung vom 10.11.1989, die die Beklagte dazu berechtigt, die Wiedereinstellung auszusetzen. Nach der äußeren Form der Betriebsvereinbarung ist Ziffer 4 eine von neun gleichwertigen Bestimmungen, die alle der Präambel, die das mit der Betriebsvereinbarung verfolgte Ziel darstellt, nachgeordnet sind. An diesem Ziel hat sich, wie der äußere Aufbau der Betriebsvereinbarung verdeutlicht und wie es den oben dargestellten Auslegungsregeln entspricht, die Auslegung der Ziffer 4 der Betriebsvereinbarung zu orientieren.

Eine Auslegung, die darauf hinausläuft, den Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen, die von den Begünstigungen der Betriebsvereinbarung Gebrauch gemacht haben, die Wiedereinstellung auf unabsehbare Zeit zu verweigern, läßt sich mit dem Zweck der Förderung der beruflichen Wiedereingliederung nach der Kindererziehung und dem Ziel, ihnen die Möglichkeit zu eröffnen, Familie und Beruf besser miteinander verbinden zu können, nicht vereinbaren. Nach dem Wortlaut der in Ziffer 4 getroffenen Regelung wäre eine solche Auslegung freilich möglich. Eine zeitliche Begrenzung, in der die Wiedereinstellung ausgesetzt werden kann, ist nicht vorgesehen. Die Berechtigung der Beklagten, die Wiedereinstellung auszusetzen, ist vielmehr allein an sachliche Kriterien gebunden. Dies ist die durch Tatsachen begründete Besorgnis, daß infolge der Wiedereinstellung im Betrieb beschäftigte Mitarbeiter gekündigt bzw. Auszubildende nicht übernommen werden oder Mitarbeiter sonstige Nachteile erleiden, ohne daß

dies aus betrieblichen oder persönlichen Gründen gerechtfertigt ist. Ein solcher Sachverhalt kann auf unbestimmte Zeit andauern. Denkgesetzlich ist es nicht ausgeschlossen, daß die Klägerin die Wiedereinstellungszusage für die Dauer ihres Berufslebens nicht realisieren könnte.

An dieser Konsequenz wird deutlich, daß die Aussetzung der beantragten Wiedereinstellung nur im Rahmen der in Ziffer 2 geregelten Höchstdauer der Beschäftigungsunterbrechung zulässig ist, die wiederum mit dem von den Betriebsparteien ausdrücklich formulierten Ziel der Betriebsvereinbarung im Einklang steht.

Mit einer solchen Auslegung der Ziffer 4 der Betriebsvereinbarung werden die Interessen von den auf der Grundlage der Betriebsvereinbarung vom 10.11.1989 ausgeschiedenen Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen und denjenigen, denen durch die Wiedereinstellung Nachteile drohen, durchaus angemessen ausgeglichen. Ausgeschiedene Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen müssen ihren Wunsch auf Wiedereinstellung für eine allerdings überschaubare Zeit zurückstellen. In dieser Zeit könnte sich die Situation für die von der Wiedereinstellung nachteilig betroffenen Arbeitnehmer verbessern. Sollte dies nicht der Fall sein, müßten sie spätestens mit der Wiedereinstellung mit betriebsbedingten Kündigungen oder sonstigen Nachteilen rechnen.

Mitgeteilt von Maria Hackmann,
Vorsitzende Richterin am LAG Hamm

Buchbesprechung

Susanne Baer: Würde oder Gleichheit? Zur angemessenen grundrechtlichen Konzeption von Recht gegen Diskriminierung am Beispiel sexueller Belästigung am Arbeitsplatz in der Bundesrepublik Deutschland und den USA

Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 1995, 352 S.

Die Dissertation von Susanne Baer – STREIT-Leserinnen (nicht nur) als kompetente Rezensentin einer Vielzahl von Publikationen in den letzten Jahren bekannt – erschien 1995 im Nomos-Verlag als Band 13 der Schriften zur Gleichstellung der Frau. Das Buch unter der Überschrift „Würde oder Gleichheit?“ enthält eine umfassende juristische Erörterung des Themas sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz und zugleich eine grundsätzliche Standortbestimmung zur Frage der angemessenen grundrechtlichen Verortung von Recht gegen Diskriminierung sowie zur feministisch-rechtswissenschaftlichen Diskussion um Gleichheit und/oder Differenz. Die juristische Praktikerin findet hier eine Fülle von Informationen, Rechtsprechungshinweisen und Details bzgl. des geltenden Rechts der sexuellen Belästigung, die Theoretikerin die Möglichkeit, sich exemplarisch am Thema sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz mit den unterschiedlichen Konzeptionen von Recht gegen Diskriminierung der Bundesrepublik Deutschland und der USA zu befassen.

Zentral für die Arbeit sind ein Verständnis von sexueller Belästigung als geschlechtsspezifische Diskriminierung und eine Interpretation von Gleichheit als Hierarchisierungsverbot, die Susanne Baer in Abgrenzung zu würdebezogenen Konzeptionen von Antidiskriminierungsrecht, aber auch zum geltenden symmetrischen Gleichheitsrecht favorisiert.

Nach der Einleitung (Kapitel A.) wird in Kapitel B. die soziale Wirklichkeit sexueller Belästigung am Arbeitsplatz dargestellt und analysiert. Idealtypisch können zwei Grundkonstellationen der sexuellen Belästigung unterschieden werden. So besteht sexuelle Belästigung zum einen in einem „feindseligen Arbeitsumfeld“, „das Frauen gegenüber Feindseligkeit, Abwertung und Ausschluß zum Ausdruck bringt. Es entsteht durch andauernde Sexismen, die den Alltag unerträglich machen, ohne daß es notwendig zu persönlichen, direkten oder im Einzelnen schwerwiegenden Übergriffen kommt“ (S. 48). Zum anderen existiert die „sexuelle Erpressung“, d.h. der „erzwungene Tausch von Sexualität gegen Arbeit oder die gegebenenfalls konkludente Drohung, ohne sexuelle Gefälligkeit Arbeit oder Arbeitsbedingungen zu verlieren“ (ebd.).

Beide Varianten stellen sich als geschlechtsspezifische Diskriminierung im Sinne sozialer Hierarchisierung dar. Kennzeichnend für ein derartiges Ver-

ständnis von Diskriminierung ist die Betonung des benachteiligenden Verhaltens als systemisch, alltäglich, gruppenbezogen und hierarchisch strukturiert, „insofern die geschlechtliche und berufliche Überlegenheit von Männern gegenüber Frauen die Täter-Opfer-Konstellation und die Folgen, die Reaktionen und die Handlungsmöglichkeiten der Betroffenen bestimmt“ (S. 49). Der dabei für sexuelle Diskriminierung relevante Geschlechtsbezug ist „ein Bezug auf die soziale Kategorie Geschlecht, nicht notwendig die biologische Geschlechtszugehörigkeit“ (ebd.).

Auf der Grundlage dieser Definition wird in Kapitel C. das Recht der Bundesrepublik Deutschland daraufhin untersucht, inwieweit es angemessen auf sexuelle Belästigungen am Arbeitsplatz reagiert. Das im Ergebnis negative Resultat verwundert die feministische Leserin nicht, interessant sind aber Aufbau und Blickwinkel der Autorin. Sie verläßt bei der Untersuchung des kollektiven und des individuellen Arbeitsrechts, des allgemeinen Zivilrechts (besd. Deliktsrecht), des Verwaltungs- und des Strafrechts sowie von Fragen des Prozeßrechts (besd. Beweislast) die Aufteilung der genannten Unterdisziplinen und ordnet diese neu unter die Rubriken I. „Unterlassen, Beendigung und Schutz“, II. „Kompensation des Diskriminierungsschadens“, III. „Strafe“, IV. „Prävention“ und V. „Rechtliche Folgen für das Opfer“. Konsequenterweise wendet sie ihren Diskriminierungsbegriff an und weist für jedes Rechtsgebiet erneut, ausführlich und differenziert nach, daß dieser im bundesdeutschen Recht gerade nicht gilt und daß hierin mindestens einer der Gründe für die mangelnde Effizienz derzeitiger rechtlicher Maßnahmen gegen sexuelle Belästigung liegt. Dabei gelangt sie unter Hinweis auf ein Zitat von Barbara Degen (in Holzbecher, Monika u.a.: Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz. Schriftenreihe des BMinJFFG, Band 260, 1991, S. 373, zit. n. Susanne Baer, S. 157) zu dem Zwischenergebnis, daß „ein krasser Widerspruch zwischen der theoretischen Anzahl von Schutzmöglichkeiten und der praktischen Um- und Durchsetzung“ besteht. Sämtliche Reaktions- und Präventionsmöglichkeiten des bundesdeutschen Rechts weisen hier strukturelle Defizite auf, die einen wirksamen Schutz vor Diskriminierung verhindern. Immer wieder wird deutlich, daß eine konzeptionelle Ausrichtung am Rechtsgut der Menschenwürde mit einer inadäquaten Definition sexueller Belästigung als

individuell bezogenes, vorsätzliches, deutlich sexuelles, Gegenwehr erforderns Verhalten korrespondiert. Wesentlich für die weitere Arbeit von Susanne Baer ist somit der Befund: „Sexuelle Belästigung wird überhaupt nicht als Problem der Gleichheit aufgefaßt, sondern zur geschlechtsneutralen Ausnahmeerscheinung der Verletzung der Würde, der Sittlichkeit, der Gesundheit und der Arbeitgeberinteressen. Sexuelle Belästigung wird damit nicht als hierarchisches, gruppenbezogenes, systemisches und negative Folgen zeitigendes Verhalten und damit auch nicht als Diskriminierung erkannt“ (S. 158).

Dem ausführlichen, dem Recht der Bundesrepublik gewidmeten Teil folgt in Kapitel D. der Vergleich zwischen den Konzeptionen des U.S.-amerikanischen und des bundesdeutschen Rechts und damit zugleich die Gegenüberstellung eines am Prinzip der Menschenwürde orientierten zu einem an Gleichheit als Maßstab gebundenen Recht.

Mit diskurstheoretischen Annahmen geht Susanne Baer davon aus, daß „Recht soziale Wirklichkeit (mit) konstituiert, also einer von mehreren konkurrierenden und doch ein spezifischer, nicht nur praktischer, sondern insbesondere auch vermachteter Diskurs ist“ (S. 159). Will Recht soziale Wirklichkeit nicht lediglich perpetuieren, sondern ein wirksames Instrument gegen Diskriminierung sein, muß deshalb der Perspektive der Diskriminierten (hier: der Frauen) zur Geltung verholfen werden.

An dieser Stelle trifft die Arbeit auf die feministisch-rechtswissenschaftliche Diskussion um Gleichheit und/oder Differenz im Recht, zu der sie folgerichtig Stellung nehmen muß. Dabei wählt sie – durch die U.S.-amerikanische Diskussion beeinflusst und unter Anlehnung an den machttheoretischen Denkansatz von Catherine MacKinnon – eine Lösung, die die traditionell deutsche Diskussion sprengt und gerade deshalb weiterführend ist. Sie wendet sich letztlich sowohl gegen die Position der Gleichheit als Differenzierungsverbot im Sinne der klassischen Auslegung zu Art. 3 GG als auch gegen differenztheoretische Auffassungen und fordert eine Interpretation von Gleichheit als Hierarchisierungsverbot (S. 221 ff.), die die gesamte Arbeit durchzieht: Gleichheit wird dabei über neuere Ansätze von Vera Slupik und Ute Sacksofsky hinausgehend als Recht verstanden, das helfen soll „einen Zustand herzustellen, in dem Geschlecht kein per se hierarchisiertes Konstrukt mehr ist“ (S. 235). Ausgangspunkt ist dabei nicht der Vergleich der unterschiedlichen Behandlung von Männern und Frauen, weil der auf ein neutrales Drittes bezogenen Interpretation stets der „männliche“ Maßstab inhärent ist. Dem setzt Susanne Baer unter Bezug auf Catherine MacKinnon ein „asymmetrisches“ Verständnis von Gleichheit als Hierar-

chisierungsverbot entgegen: „Asymmetrisch ist die Auslegung von Gleichheitsrecht, die sich für den Unterschied zwischen zwei Sachverhalten oder Menschen nur interessiert, wenn dieser Unterschied eine Hierarchie ist. Eine asymmetrische Theorie fragt nicht, ob Unterschiede sachlich gerechtfertigt sind oder wie sie begründet werden – so aber die Dogmatik zu Art. 3 GG –, sondern, ob ein hierarchisches Verhältnis vorliegt, das sich in Benachteiligung äußert. Damit wird die Perspektive der Betroffenen gegen die dominante Sicht gesetzt, ohne in subjektive Realität abzuleiten. Gleichzeitig wird damit entschieden, ob und wer bevorzugt oder benachteiligt wird.“ (S. 237).

Diese Sichtweise und ihre in Kapitel E. konsequente Anwendung auf das einfache Recht sind das Neue der Arbeit von Susanne Baer für die bundesdeutsche Diskussion. Sie liefert hier einen überzeugenden Denkansatz, der bereits de lege lata zu völlig neuen und anderen Ergebnissen führen kann und zugleich einen Ausweg aus dem schlichten Gleichheit/Differenz-Dilemma bietet. Zugleich wird damit dem historischen Ursprung von Gleichheitsrecht entsprochen, das als Recht gegen bestehende Ungleichheiten und nicht als Mittel zu deren Stabilisierung gedacht war.

Bei ihrer Suche nach angemessenem Recht gegen sexuelle Diskriminierung gelangt sie schließlich in Kapitel F. zu dem Ergebnis: „Effektives Recht gegen Diskriminierung sollte eher zivilrechtlich als strafrechtlich strukturiert werden, wenn es Diskriminierten Handlungskompetenzen eröffnen will und das Bedürfnis nach einer Kompensation von Schäden ernst nimmt“ (S. 323). Dabei propagiert sie aufgrund der Flexibilität und Sachnähe des Arbeitsrechts auf einen Einsatz dessen Instrumentariums, sofern Vorkehrungen getroffen werden, die vor freiheits- und gleichheitsgefährdenden Eingriffen durch Arbeitgeber schützen. Vorteile des Zivilrechts sind neben der Parteien- und Dispositionsmaxime die unterschiedlichen Gesetzeszwecke von Zivil- und Strafrecht und die Möglichkeiten, im Zivilrecht nicht nur andere Beweislastregelungen greifen zu lassen, sondern auch Sekundärwirkungen zu berücksichtigen. Symbolisch bringt eine „zivilrechtliche Reaktion auf sexuelle Diskriminierung (...) zum Ausdruck, daß es sich nicht um den ultimativen, strafrechtlich relevanten Exzeß, sondern um systemische, durch dominante Diskurse legitimierte Realität unterdrückter Gruppen handelt“ (S. 323).

Hier verbindet sich die eingangs erarbeitete Definition von sexueller Belästigung als Diskriminierung mit der rechtlichen Orientierung an Gleichheit

als Hierarchisierungsverbot und nicht an Menschenwürde als zentralem Paradigma, so daß die Arbeit mit den Worten endet: „Gleichheit als Recht gegen sexuelle Diskriminierung muß asymmetrisch als antihierarchisches Recht interpretiert werden. (...) Diskriminierung ist eine Rechtsverletzung, die in ihrer Dynamik so kollektiv bezogen ist, daß ein stark individuell orientiertes Grundrecht wie die Menschenwürde diese nicht adäquat fassen kann. Diskriminierung ist auch nicht nur der Eingriff in eine vorher bestehende Freiheit oder Autonomie, sondern oftmals die Vorenthaltung jeder Möglichkeit von Freiheit oder Selbstbestimmung. Insofern dient ein Gleichheitsrecht, das als Hierarchisierungsverbot interpretiert wird, auch der Herstellung derjenigen Bedingungen, die allen ein Leben in Würde gestatten“ (S. 329).

Der insgesamt sehr dicht und eigenwillig geschriebenen Arbeit, in der eine Fülle von Literatur verarbeitet wurde, wünsche ich viele Leserinnen und Leser, damit besonders die Interpretation von Gleichheit als Hierarchisierungsverbot Anerkennung und Weiterentwicklung in der bundesdeutschen Diskussion, Gesetzgebung und Rechtsprechung findet.

Sabine Platt

Buchbesprechung **Ingrid Alice Mayer: Die Frauenbeauftragte in der kommunalen Verwaltung**

Stuttgart 1996, 157 Seiten

Die Autorin ist die erste Juristin, die die Rechte der kommunalen Frauenbeauftragten zum Schwerpunkt ihrer wissenschaftlichen Arbeit gemacht hat. Bereits ihre Dissertation hat sie über dieses Thema geschrieben (Ingrid Alice Mayer, Die kommunale Frauenbeauftragte in Baden-Württemberg, Rechtsstatus, Aufgaben, Befugnisse, Dissertation Universität Gießen, Baden-Baden 1994)¹. Nunmehr hat sie ein zweites, mehr praxisorientiertes Buch über diese Rechtsfragen vorgelegt. Ihr Engagement und ihr Interesse an diesem Thema verdankt sie, wie sie in ihrem Vorwort schreibt, ihrer Mutter, einer engagierten Stadträtin und Kreisrätin in Ellwangen, die mit der 1979 gegründeten Ellwanger Frauenliste in die Kommunalpolitik eingestiegen ist.

1982 wurde in Köln das 1. kommunale Frauenbüro eröffnet. Im Juni 1995 gab es bereits bundesweit 1365 kommunale Frauenbeauftragte (S. 27), deren Rechtsstellung in den Landesgleichstellungsgesetzen, in den Kommunalordnungen, in Frauenförderplänen und – wie in Niedersachsen – in einem eigenen Frauenbeauftragtengesetz verankert ist. Wie kaum eine andere Tätigkeit in den Kommunen wird die Tätigkeit der Frauenbeauftragten argwöhnisch betrachtet, behindert und ihre Rechte zum Teil massiv in Frage gestellt und umgangen. Dies spiegelt sich auch in der Fülle der Rechtskonflikte wider, die in dem Buch behandelt werden. Sie reichen von den verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Arbeit der Frauenbeauftragten über Probleme der „Hauptamtlichkeit“, der Darstellung ihrer Aufgaben und Befugnisse bis hin zu wichtigen Einzelfragen wie das Akteneinsichtsrecht in Personalakten, die Vergütung der Frauenbeauftragten, Fragen ihrer Unterschriftenberechtigung, ihrer Informationsrechte etc.

In Streitfragen nimmt die Autorin einen bewußt frauenpolitischen Standpunkt ein. So vertritt sie zum Beispiel die Position, daß der Begriff „Frauenbeauftragte“ im Vergleich zu dem Begriff „Gleichstellungsbeauftragte“ vorzuziehen ist (S. 19) und daß eine Quotierung als Ausgleich für die erheblichen Demokratiedefizite in den Kommunalparlamenten notwendig ist (S. 29). In der umstrittenen Frage, was „Hauptamtlichkeit“ bedeutet, spricht sie sich klar und deutlich dafür aus, daß nur Vollzeitbeschäftigung dieses Kriterium erfülle. Die hauptamtliche Tätigkeit schließe grundsätzlich auch Teilzeitbeschäftigung aus (S. 48).

Das Buch ist übersichtlich gegliedert und gut lesbar. Im Anhang finden sich die wichtigsten gesetzlichen Grundlagen, das Literaturverzeichnis enthält die Literatur, die bisher zu diesem Thema veröffentlicht worden ist.

Da die Mehrheit der kommunalen Frauenbeauftragten keine Juristinnen sind, ist eine derartige Zusammenfassung der gegenwärtigen Rechtslage und Rechtsdiskussion außerordentlich sinnvoll. Als hilfreich werden es die Frauenbeauftragten auch werten, daß die Autorin sich ausführlich mit der Frage ihrer Vergütung auseinandersetzt und ihnen Argumentationshilfen für eine adäquate Eingruppierung und Besoldung bietet. Ebenso hilfreich sind ihre Empfehlungen für Hauptsatzungen und Dienstanweisungen (S. 134 f.).

Barbara Degen

1 S. Besprechung in STREIT 1/97, S. 41

*Buchbesprechung***Schiek, Dagmar / Buhr, Kornelia / Dieball, Heike / Fritsche, Ulrike / Klein-Schonefeld, Sabine / Mahlzahl, Marion / Wankel, Sybille: Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder. Kommentar für die Praxis.**

Bund-Verlag, Köln 1996

Die sieben Autorinnen sind mit einem Novum auf den juristischen Buchmarkt getreten. Ausschließlich Fachfrauen äußern sich wissenschaftlich zu einem Frauenthema. Sie schreiben damit Rechtsgeschichte. Die Frauenförderung im öffentlichen Dienst wurde aus dem Bereich der grauen Literatur herausgeholt, überschaubar und gut gegliedert zusammengetragen und ausführlich kommentiert. Bravo!

Im Teil A dieses umfangreichen Werkes (ohne Anhang 975 Seiten) sind nicht nur alle für Frauengleichstellung relevanten verfassungs- und EG-rechtlichen Normen mit den dazugehörigen Vorschriften für den öffentlichen Dienst dokumentiert, sondern auch das zweite Gleichberechtigungsgesetz der Bundesrepublik. Diese Übersicht ist für Rechtsanwenderinnen von unschätzbarem Wert, erspart sie doch das mühselige Zusammensuchen der einzelnen Vorschriften über viele verschiedene Einrichtungen in den unterschiedlichen Bundesländern.

Der Hauptteil (Teil B), die vergleichende Kommentierung, gliedert sich in acht Kapitel, die wiederum bei längeren Abschnitten in einzelne Unterpunkte geordnet wurden, so daß das Arbeiten mit dem Kommentar leicht und übersichtlich möglich ist.

Durch das Voranstellen einer verfassungs- und EG-rechtlichen Erläuterung im Kapitel B I erhält die Leserin eine gute Übersicht über den komplexen Zusammenhang, in dem die Frauengleichstellungsgesetze zu sehen sind.

Hier wird besonders deutlich, daß dieser Kommentar nicht nur eine Arbeitshilfe für die Praxis ist, sondern auch als „Lesebuch“ hervorragende Dienste leistet. Das vorliegende Werk soll mehr sein als ein juristischer Kommentar. Es bietet sich für ein vertieftes Lesen an nach dem Motto, „was ich immer schon mal wissen wollte“. Darüber hinaus gibt es sowohl Juristinnen als auch Nichtjuristinnen in gut lesbarer Form alle notwendigen Informationen und Hinweise, die für die Arbeit mit den Frauengleichstellungsgesetzen wissenswert sind.

Aufgrund der Tatsache, daß 14 (!) Gesetze vergleichend kommentiert werden mußten, war die differenzierte Unterteilung unabdingbar. Doch gerade diese feine Aufgliederung führt zu einem vielfältigen Blättern, um ein Gesetz vollständig zu erfassen. Fast würde ich mir wünschen, daß all das, was ich hier z.B. an 16 verschiedenen Stellen zu einem Gleichstellungsgesetz finde, herausgezogen und als Erläuterung

dem Gesetzestext beigelegt wird. Eine solche Kommentierung der einzelnen Landesgesetze fehlt in nahezu allen Bundesländern.

Durch die vergleichende Gegenüberstellung aller Frauenförderungsgesetze in konkreten fachlichen Zusammenhängen sind mögliche Argumentationen für eine Gesetzesnovellierung in jedem einzelnen Bundesland wunderbar abzulesen. Die Gegenüberstellung und Erläuterung der einzelnen Paragraphen der jeweiligen Landesgesetze zeigt zum einen den Stand des Gesetzes auf, seine Vor- und Nachteile und bietet gleichzeitig Hinweise, wie etwas ausgebaut bzw. verbessert werden könnte, um zu einer verstärkten Frauenförderung zu gelangen.

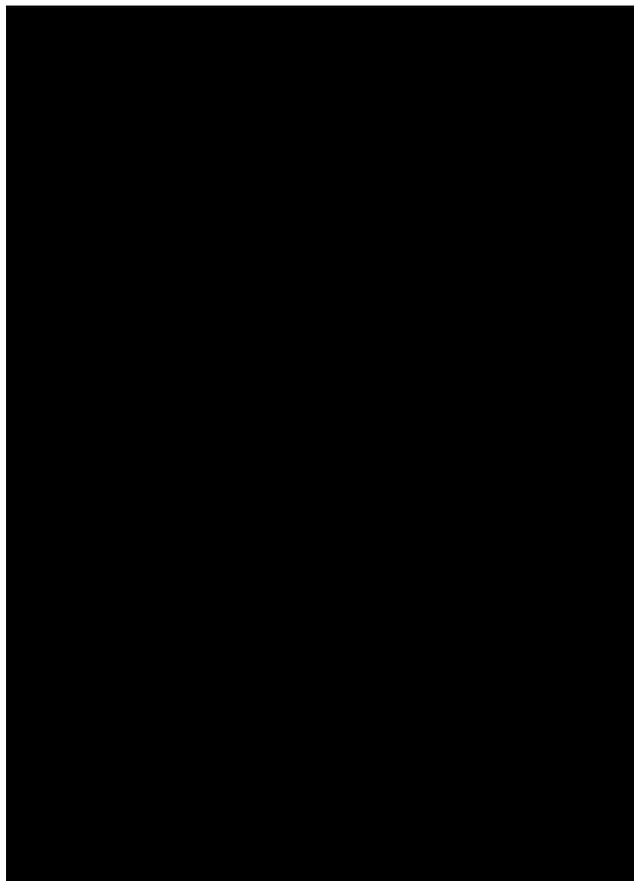
Jedes Kapitel und jeder Abschnitt beginnt mit einer Vorbemerkung, die in das Thema einführt, den aktuellen Diskussionsstand aufzeigt, den wesentlichen Inhalt skizziert, auf die relevanten Fragen hinweist und zum Teil statistisches Material aufbereitet und den historischen Werdegang beleuchtet. Diese Vorbemerkungen sind außerordentlich hilfreich, spannend zu lesen und erleichtern der Leserin die Einordnung der einzelnen Paragraphen.

Die Auslegung der Landesgleichstellungsgesetze wird ergänzt durch die im Kapitel VIII vorgenommene Kommentierung des Beschäftigtenschutzgesetzes und ähnlicher Vorschriften in Landesgesetzen. Dem Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz wird somit ein besonderer Stellenwert eingeräumt. Auch in diesem Kapitel sind die Vorbemerkungen von großer Bedeutung, da sie das gesamte Spektrum des Themas beleuchten.

Im Anhang (C) befindet sich eine Übersicht der rechtlichen Normen zu drei Spezialgebieten – Frauenförderung an Hochschulen, Kommunale Frauenbeauftragte und geschlechtsbezogene Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen. Damit wird der große Bereich der Frauenförderung im öffentlichen Dienst abgerundet.

Die gute Lesbarkeit dieses Buches wird u.a. durch die einheitliche Sprache und deren präzisen Gebrauch, die klare Gliederung und die komprimierten Inhalte bestimmt. Die Autorinnen haben ein Werk gemeinsam erarbeitet, das in dieser Form einmalig ist und vielen anderen Kommentatoren als Vorbild dienen könnte.

Sabine Scholz



bonnbonn

Gesetze und Gesetzentwürfe/Anträge

— Die Vorfälle in den letzten Monaten waren Anlaß zu verschiedenen Gesetzentwürfen bzw. Anträgen, die die *Reformierung des Strafrechts im Hinblick auf den sexuellen Mißbrauch von Kindern* zum Gegenstand haben:

Nach dem Gesetzentwurf der Koalitionsfraktionen CDU/CSU und F.D.P. zur Strafrechtsreform (13/7164), die diese zusammen mit Gesetzentwürfen zur besseren Bekämpfung von Sexualdelikten und anderer gefährlicher Straftaten (13/7163) sowie zum Zeugenschutz bei Vernehmungen im Strafverfahren (13/7165) vorgelegt haben, soll der sexuelle Mißbrauch eines Kindes in schweren Fällen künftig mit einer auf ein Jahr erhöhten Mindeststrafe und einer Höchststrafe von 15 Jahren geahndet werden. Bei schwerer Mißhandlung des Opfers oder Lebensgefahr droht danach eine Freiheitsstrafe von 5 Jahren. Stirbt das Kind, sieht der Entwurf lebenslange Haft oder Freiheitsstrafe nicht unter 10 Jahren vor.

Mit dem Reformentwurf will die Koalition an die fünf Strafrechtsreformgesetze aus den Jahren 1969 bis 1974 anknüpfen und das System der Strafrahen neu gestalten. Ziel der Harmonisierung der Strafrahen ist es, höchstpersönlichen Rechtsgütern wie Le-

ben, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung gegenüber materiellen Rechtsgütern ein größeres Gewicht zu geben und hier vorhandene Wertungswidersprüche und Ungleichgewichte zu beseitigen. Bei einer Bewährungsstrafe bzw. Haftentlassung soll vom Gericht auch ohne Einwilligung zur Unterziehung unter bestimmte Heilbehandlungen angewiesen werden können, die Sicherungsmaßnahmen gegen rückfällige Sexualstraftäter sollen verstärkt werden.

— Die SPD will in einem Antrag (13/7092) erreichen, daß die BR die Rechte von Kindern zum Bestandteil von Verhandlungen auch der internationalen Politik macht. Dazu hat sie ein 30-Punkte-Programm als Gesamtkonzept zum Schutz von Mädchen und Jungen vor sexueller Gewalt vorgelegt. In diesem Antrag sprechen sich die Abgeordneten auch für eine Mindeststrafe für sexuellen Mißbrauch von Kindern von 1 Jahr Freiheitsstrafe aus. Die Höchststrafe für einen besonders schweren Fall soll von 10 auf 15 Jahre erhöht werden. Die Fortbildung der hier tätigen Richter, Staatsanwälte und Ermittler soll verbessert, und die Voraussetzungen für eine kindergerechte Vernehmungssituation sollen optimiert werden.

Zur Begründung wird ausgeführt, Politik und Gesellschaft müßten alle Möglichkeiten ergreifen, um Kinder zu achten und zu schützen. Hierzu gehören auch, traditionelle Bilder von Männlichkeit zu revidieren, da nach der Täterforschung das Motiv von sexualisierter Gewalt gegen Kinder bei männlichen Tätern fast immer darin liege, sich mächtig zu fühlen und sexuelle Verfügung über einen unterlegenen Menschen auszuüben.

— Auch die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen legte ein Bündel von Maßnahmen vor. Nach ihrem Antrag vom 5. März (13/7087) soll nicht nur der besonders schwere Fall des Mißbrauchs als Verbrechen eingestuft und dafür eine Strafe von 1 bis 10 Jahren vorgesehen werden sowie das Therapieangebot im Strafvollzug ausgebaut werden. Sie hält es darüber hinaus auch für notwendig, Kinder im Ermittlungs- und Strafverfahren zu schützen und ihren Schutz durch Prävention und Betreuung zu verbessern. Auch soll künftig sexueller Mißbrauch von Kindern im Zusammenhang mit der Herstellung pornographischer Materialien als Verbrechen bestraft werden, wenn er gewerbs- oder bandenmäßig begangen wird.

Im BGB soll das Recht der Kinder auf gewaltfreie Erziehung festgeschrieben und im Familien- oder Vormundschaftsverfahren durch einen „Anwalt des Kindes“ dessen Rechte gestärkt werden.

— Der Antrag der PDS vom 13. März (13/7166) hat ebenfalls einen Maßnahmenkatalog im Bereich des sexuellen Mißbrauchs von Kindern zum Gegenstand.

Hier wird eine Mindeststrafe für sexuellen Mißbrauch von Kindern von einem Jahr und ein Anspruch auf Therapie für Täter und Opfer vorgesehen und unter anderem gefordert, die Rechte der Opfer im Verfahren zu erweitern. Die UN-Kinderkonvention von 1992 soll danach in nationales Recht umgesetzt und eine Aufklärungskampagne gegen sexualisierte Gewalt an Kindern gestartet werden.

— Mit einer Ergänzung des Grundgesetzes will die SPD-Fraktion die Rechtsstellung der Kinder verbessern. Nach einem von ihr vorgelegten Gesetzentwurf (13/7104) soll in den Artikel 6 der Verfassung als Absatz 2 eingefügt werden, daß Kinder ein Recht auf Wahrung und Entfaltung ihrer Grundrechte sowie auf Entwicklung zu selbstbestimmungs- und verantwortungsfähigen Persönlichkeiten haben. Darüber hinaus soll der bisherige Absatz 2 des Artikels 6 des Grundgesetzes als künftiger Absatz 3 um die Formulierung ergänzt werden, daß bei Pflege und Erziehung der Kinder deren wachsende Fähigkeit zu selbständigem, verantwortlichem Handeln zu berücksichtigen und sie gewaltfrei zu erziehen sind.

Ausschüsse

— Dem Rechtsausschuß und dem Ausschuß für Familie, Senioren, Frauen und Jugend wurden am 24. Februar die Auffassungen von Verbänden, der Jugendhilfe und aus der Gerichtspraxis zu dem von der BR (13/4899) eingebrachten Gesetzentwurf zur *Neuregelung des Kindschaftsrechts* dargelegt. Einig waren sich die Sachverständigen darüber, daß Kindern, insbesondere hinsichtlich des Umgangs mit Eltern oder Großeltern oder anderen Personen, Rechte eingeräumt werden müssen. Sie wiesen darauf hin, daß in dem Gesetzentwurf weder eigene Antragsrechte des Kindes vorgesehen sind, noch ihm ein Umgangsrecht gewährt werden soll.

Begrüßt wurde, daß nach der Scheidung die gemeinsame Verantwortung der Eltern für ihre Kinder angestrebt werden soll. Bezüglich der Ausgestaltung wurden unterschiedliche Stellungnahmen abgegeben. In die Diskussion wurden außerdem Anträge der SPD-Fraktion (13/1752) und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen (13/3341) einbezogen und Vorschläge des Bundesrates bewertet.

Nach Ansicht von Dr. Ingrid Groß vom Deutschen Anwaltsverein sind die Regelungen im Gesetzentwurf praktikabel.

Rechtsanwältin Jutta Bahr-Jendges führte aus, nach einer Scheidung die gemeinsame elterliche Sorge als Regelfall anzunehmen, werde von vielen als „Fiktion“ angesehen, weil sich die Wahrnehmung der elterlichen Verantwortung „insbesondere durch Väter“ mit einem solchen Rechtsinstitut nicht verwirklichen lasse. Kinder würden in rund 90 Prozent der

Fälle von den Müttern versorgt. Nach ihrer Auffassung könne unter diesen Umständen nur der Antrag der Eltern auf gemeinsame Sorge zu akzeptablen Lösungen führen. Bedenklich würde es, wenn sich der Staat unter dieser Fiktion aus dem Verfahren dadurch zurückziehen würde, daß er es den Eltern überlasse, ob Anträge für eine andere Verantwortlichkeit gestellt werden.

Dagegen sah Edith Weiser vom Verband der alleinstehenden Mütter und Väter in dem Vorrang des Mittels der gemeinsamen Sorge den Versuch, das Ziel „Vatererhalt“ zu erreichen.

Auf die Gefahr der privatrechtlichen Regelung der elterlichen Sorge machte die Amtsrichterin und Mitarbeiterin beim Bundesverfassungsgericht Sabine Heinke aufmerksam. Auch sie sah deren gesetzlich vermutetes Fortbestehen als Fiktion an, die die Standardfälle nicht betreffe, und befürwortete, im Verfahren auch Kinder vom zwölften Lebensjahr an zu hören.

Darin wurde sie vom Vertreter des Deutschen Familiengerichtstages Siegfried Willutzki und von Professor Dr. Ludwig Salgo vom Collegium Budapest unterstützt, der einerseits dem Regierungsentwurf die „sträfliche“ Vernachlässigung des Kindesrechts vorwarf und andererseits betonte, daß nach der UN-Konvention zum Schutz der Kinder die Pflicht bestehe, Kinder im Verfahren zu hören.

Befürworter des Antragsystems hoben hervor, daß damit die Subsidiarität des Staates und die Autonomie der Familie unterstrichen werde, wie es Professor Dr. Roland Proksch von der evangelischen Fachhochschule in Nürnberg darlegte, der die durch den Entwurf gestärkte Eigenverantwortlichkeit und die Einführung des „Demokratieprinzips“ lobte.

— Eine achtköpfige Delegation des Familienausschusses hielt sich Anfang März in *Südafrika* auf und berichtete von dem enormen Ausmaß von *Gewalt besonders im häuslichen Bereich*, dessen Opfer häufig Frauen und Kinder wären. Sie bezeichnete es als „beeindruckend“, „mit welcher Offenheit die politische Führung des Landes die Probleme angeht und sich an die Spitze einer landesweiten Bewegung gegen die Gewalt gegen Frauen stellt“. Viele in der BRD diskutierte Themen wie Vergewaltigung in der Ehe oder sexuelle Ausbeutung von Kindern seien auch in Südafrika zur Zeit heftig diskutierte Probleme.

Zusammengestellt von Jutta Junginger-Mann,
Markgröningen

Rechtswissenschaftlerin gesucht

Das Frankfurter Institut für Frauenforschung e.V. (fif) sucht eine Juristin, die Interesse daran hat, in einem EU-Forschungsprojekt zur „Effektivität der Strafverfolgung von Frauenhandel“ längerfristig mitzuarbeiten.

Interessentinnen wenden sich bitte an das Institut für Frauenforschung, Elvira Niesner, Elbingerstr. 3, 60487 Frankfurt am Main, Tel. 069 / 70 06 67 oder 70 51 03, Fax: 77 96 73.

Buchhinweise

Arioli, Kathrin: Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann, Verlag Helbing und Lichtenhahn, Basel 1996, 232 S.

Piepenschneider, Melanie (Hrsg.): Frauenpolitik in der Europäischen Union, Baden-Baden 1996

Schiek, Dagmar / Buhr, Kornelia / Dieball, Heike / Fritsche, Ulrike / Klein-Schonnefeld, Sabine / Malzahn, Marion / Wankel, Sibylle: Frauengleichstellungsgesetze des Bundes und der Länder – Kommentar für die Praxis zum Frauenfördergesetz für den Bundesdienst und zu den Frauenfördergesetzen, Gleichstellungsgesetzen der Länder, mit dem Beschäftigtenschutzgesetz, Bund-Verlag 1996, 1043 S.

Schönfeld, Simone / Tschirner, Nadja (Hrsg.): Europa für Frauen – Europäische Chancengleichheitspolitik / Fördermöglichkeiten für Frauenprojekte, DJI, München 1996.

Neuer Studiengang an der Humboldt-Universität zu Berlin: Geschlechterstudien/Gender Studies

An der Humboldt-Universität zu Berlin wird zum Wintersemester 97/98 ein Studiengang eingerichtet, der ein Novum für die Bundesrepublik darstellt: er nennt sich Geschlechterstudien/Gender Studies.

Die Erkenntnis, daß das Verhältnis der Geschlechter eine der grundlegenden gesellschaftlichen Organisationsformen darstellt, hat die Forschung der letzten zwei Jahrzehnte geprägt. Mit der Einrichtung des Magisterstudienanges Geschlechterstudien/Gender Studies wird diese Erkenntnis nun auch in die Lehre einfließen. An amerikanischen Universitäten genießen Gender Studies seit Jahren eine hohe Akzeptanz, in Deutschland hingegen verschwanden sie zu meist im Getto der „Frauenstudien“ bzw. sind sie überhaupt nicht an der Universität vertreten. An der

HUB werden die Geschlechterstudien nicht einfach als Fach im traditionellen Sinne dem bestehenden Fächerkanon hinzugefügt, sondern als Mittlerin einer kritischen Blickweise gegenüber den traditionellen Wissenschaften verankert. Anders als andere Studiengänge basiert dieser nicht auf dem Erwerb von Kenntnissen auf *einem* Fachgebiet, sondern er führt die Studierenden in verschiedene Lehr- und Forschungsgebiete. Dieser Interdisziplinarität trägt der Studiengang auch institutionell Rechnung. Wer das Fach Gender Studies belegt, wird an Lehrveranstaltungen in mehr als zwanzig Fächern teilnehmen können. Zu diesen gehört auch die Rechtswissenschaft.

Der Studiengang sieht vor, daß Lehrveranstaltungen auf dem Gebiet der „Gender Studies“, die viele Fächer schon seit geraumer Zeit anbieten, miteinander vernetzt werden. So entsteht die Möglichkeit, „quer“ zu den einzelnen Disziplinen zu studieren. So können die Studierenden Lehrveranstaltungen in den Sexualwissenschaften (Medizinische Fakultät) belegen und daneben bei den Juristen an Seminaren oder Vorlesungen teilnehmen. Sie können Literaturwissenschaft, Geschichte oder Sozialwissenschaften belegen und ihr Wissen durch Lehrveranstaltungen in der Theologischen Fakultät erweitern.

Durch dieses Studium, das sich als interdisziplinär und wissenschaftskritisch versteht, können Grundfragen unserer Zeit in ganz neuer Form gestellt werden. Sie betreffen nicht nur gesellschaftliche und politische Veränderungen der Geschlechterordnung, sondern beziehen die Gesamtheit der kulturellen Gesetze, nach denen wir leben, mit ein.

Die InitiatorInnen des Magisterstudienanges, mehrere Professorinnen und Professoren verschiedener Fakultäten, AssistentInnen sowie das ZIF (das 1990 eingerichtete Zentrum für interdisziplinäre Frauenforschung der Humboldt-Universität), haben eine Studienordnung ausgearbeitet, die den Studierenden den Weg durch die vielen Fächer weist. Der Studiengang, dessen Organisation zunächst bei der Philosophischen Fakultät III und dem Zentrum für Interdisziplinäre Frauenforschung der Humboldt-Universität liegt, wird in der Probephase für 50 Hauptfach- und 100 Nebenfach-Studierende geöffnet sein. Er kann als Haupt- oder Nebenfach studiert werden und schließt mit dem Magister (oder auch einer Promotion) ab. Sollte sich der Versuch bewähren, so hofft man auf eine Erweiterung des Studienganges auf alle Berliner Hochschulen. Kein anderer Ort in Deutschland ist für ein solches Unterfangen so geeignet wie Berlin, wo es an allen drei Universitäten und den Kunst- bzw. Fachhochschulen ein reiches Angebot auf dem Gebiet der Gender Studies gibt.

Nähere Informationen über das ZIF u. d. Inst. f. Kulturwissenschaft d. HUB: 030/30882301

Presseerklärung

Schüsse im Gericht:

Private Gewalttäter – ein Risiko für die Öffentliche Sicherheit

Am 14. März hat ein Polizeibeamter bei einem Gerichtstermin im Frankfurter Amtsgericht seine ehemalige Lebensgefährtin erschossen und deren Anwältin lebensgefährlich verletzt. Der Vorfall veranlaßt uns zu dieser Stellungnahme:

1. Die Presseberichte bedienen einmal mehr das Klischee eines durch die Geldforderungen seiner Frau(en) in die Verzweiflung getriebenen Mannes: „Er wollte für sie keinen Unterhalt zahlen (...) Die Ex hat ihn verklagt – nun muß er auch noch an sie Unterhalt zahlen (...) Er war finanziell am Ende“ (BILD vom 15.3.97) und: „Tragischer Streit um Unterhalt (...) Der Todesschütze wirkte ‚wie erlöst‘“ (FNP vom 15.3.97), oder: „Nicht nur Unterhaltszahlung als Hintergrund“ (FR vom 18.3.97). Wenn man alle Informationen zusammenträgt, dann ging es um 1.200 DM, die unter drei Frauen und drei Kindern aufzuteilen waren (BILD und FNP vom 15.3.97) – 1.800 DM wären ihm geblieben. Eine wichtige Information allerdings fehlt: Oft verlangen die Sozialämter von Frauen, die Sozialhilfe beantragen, daß sie die Unterhaltsansprüche gegen ihre Männer einklagen.

2. Es erscheint unwahrscheinlich, daß es die Verzweiflung über die Zahlungen war, die zu dieser Tat führte: Tötungsdelikte zwischen Männern und Frauen ereignen sich überwiegend dann, wenn sich Frauen von ihrem Partner zu lösen beginnen (in einer von mir durchgeführten Untersuchung galt das für 60 Prozent der Tötungsdelikte an der Partnerin). Frauen werden gehindert, ihren eigenen Weg zu gehen. Das mag auch erklären, warum – nicht zum ersten Mal – auf die Rechtsanwältin der Frau geschossen wurde: Sie ist das Symbol der unabhängigen Handlungskompetenz. Ausweglosigkeit mag ein Grund sein, sich selbst zu töten, aber warum sind offensichtlich alle bereit, sie als ‚Grund‘ für die Tötung der Lebensgefährtin und die beinahe Tötung ihrer Anwältin in Erwägung zu ziehen? Warum geht es noch im Bericht der FR vom 18.3. mehr darum, daß der Polizist sich zu Unrecht beschuldigt fühlte, als darum, daß er seine Frau – nachweislich – krankenhausreif geschlagen hatte, was ihm nicht nur Ermittlungen, sondern eine Anklage der Anwaltschaft eingetragen hatte (FR vom 18.3.97)? Als wüßte man nicht – spätestens jetzt – daß der Mann gewalttätig ist.

3. Es ist erklärlich, daß der Leiter der Vollzugspolizei seinen Untergebenen als im Dienst „unauffällig“ beschreibt (FR vom 15.3.97), würde die Tatsache, daß die Tat mit einer Dienstpistole ausgeführt wurde, doch sonst noch mehr unangenehme Fragen aufwerfen. Tatsächlich aber hat die Polizei und die Anwaltschaft wegen Körperverletzung gegen ihn ermittelt. Die eingeschränkte Auskunft ist auf diesem Hintergrund schwer erträglich: Das gewalttätige Verhalten des Beamten wird – in Kenntnis dessen, was inzwischen geschehen ist – bagatellisiert. Es wird einmal mehr die hinlänglich bekannte Unterscheidung zwischen privater Gewalttätigkeit und öffentlicher Unauffälligkeit bemüht. Eine Unterscheidung, die bekanntermaßen auch dazu führt, daß Gewalttätigkeiten gegen Frauen als ‚Familienstreitigkeiten‘ von der Polizei zwar gern geschlichtet, nicht aber strafrechtlich verfolgt werden. Tötungsdelikte an Frauen deuten sich aber, das zeigen die wissenschaftlichen Befunde, durch vorausgegangene Gewalttätigkeiten oder Drohungen der Männer an. Würde die Polizei die Drohungen ernst nehmen und die familiären Mißhandlungen konsequent verfolgen, wären die nachfolgenden Tötungsdelikte oft genug zu vermeiden. Der Bagatellisierung des Vorfalls durch die Polizei und die Justiz muß – auch deshalb – entgegengetreten werden: Private Gewalt ist eine öffentliche Angelegenheit! Auch unauffällige Polizeibeamte können gewalttätige Ehemänner sein, aber Männer, über deren (familiäre) Gewalttätigkeit etwas bekannt wird, sind keine unauffälligen Beamten mehr. Die Polizeiführung wird sich deshalb noch ganz andere Fragen stellen und gefallen lassen müssen: Warum trägt ein Beamter, gegen den Anklage wegen (privater) Körperverletzung erhoben ist, noch seine Dienstwaffe? Warum werden Polizeibeamte, die sich – sei es auch ‚nur privat‘ – als gewalttätig gezeigt haben, nicht auf ihre Zuverlässigkeit im Dienst überprüft? Eine Frau ist tot, eine andere schwebte in Lebensgefahr, warum wird auch jetzt noch so getan, als sei der Mann – im Prinzip – ungefährlich? Was muß eigentlich noch passieren? Warum muß ein Beamter – als Beteiligter an einem Gerichtsverfahren – eine Waffe bei sich tragen? Und warum soll er diese – wie Minister Plottnitz suggeriert – nicht am Eingang abgeben müssen? Warum finden hochexplosive Familienstreitigkeiten in winzigen RichterInnenzimmern statt?

Dagmar Oberlies, Frankfurt, für die Redaktion