

Prof. Dr. Eva Kocher \*

# Geschlecht und Recht – Feministische Rechtswissenschaft

## – Das Gerechtigkeitsversprechen des Rechts ernst nehmen –

„Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich“: Das ist eins der grundlegendsten Versprechen des Rechts. Der allgemeine Gleichheitssatz gilt deshalb „als selbstverständlicher ungeschriebener Verfassungsgrundsatz in allen Bereichen“.<sup>1</sup> Wenn es Hinweise darauf gibt, dass Rechtssetzung, Rechtsanwendung und Rechtsdurchsetzung strukturell vom Geschlecht abhängig sind, sollte dies die Rechtswissenschaft also nicht kalt lassen. Die feministische Rechtswissenschaft hat sich insofern vorgenommen, das Recht unter dem Stichwort „Geschlecht und Recht“ im Hinblick auf Ungleichbehandlungen kritisch zu analysieren. Feministische Rechtswissenschaft interessiert sich dabei auch dafür, was andere wissenschaftliche Disziplinen, insbesondere die Sozial- und Kulturwissenschaften über die Wirkungen und gesellschaftliche Bedeutung von Recht und Geschlecht zu sagen haben; feministische Rechtswissenschaft arbeitet also interdisziplinär.

Zu Beginn ein Beispiel für die Fragestellungen, mit denen es die Analyse von „Recht und Geschlecht“ zu tun bekommen kann: Eine funktionierende Demokratie lebt ja davon, dass Menschen sich gegenseitig als gleichberechtigt akzeptieren; „Hate Speech“ und „Cyber Harassment“ (Gewalt im Internet) stellen deshalb gravierende Gefahren für die politische Kultur dar – und es gibt deutliche Anzeichen dafür, dass solche Gewalt sich stärker gegen Frauen oder Angehörige ethnischer und sexueller Minderheiten richtet als gegen den statistischen Durchschnittsmann.<sup>2</sup> Soziologie und Kulturwissenschaft beobachten dies in größeren gesellschaftlichen Zusammenhängen: Unser Leben ist bis in die kleinsten Alltagshandlungen hinein „vergeschlechtlicht“<sup>3</sup>. Wenn zwei dasselbe machen (wie im Internet journalistische Präsenz zeigen), ist es nicht dasselbe bzw. wird abhängig vom Geschlecht gesellschaftlich unterschiedlich wahrgenommen. Geschlecht durchzieht als „Strukturkategorie“ alle Bereiche des privaten und gesellschaftlichen und politischen Lebens; statistische Daten können dies mehr oder weniger präzise messen.<sup>4</sup>

Aber (wie) trägt das Recht zu solchen Gewalt- und Ungleichheitsverhältnissen bei? (Wie) Können Veränderungen mit Hilfe des Rechts bewirkt werden? Die feministische Rechtswissenschaft hat unterschiedliche Antworten auf diese Fragen entwickelt.

### A. Das „Geschlecht“ kennzeichnet nicht Personen, sondern Praktiken

#### I. Der Streit um Differenz

Vor allem um die Wende vom 19. ins 20. Jahrhundert kämpften streitbare Frauen (und einzelne Männer) für

das Frauenwahlrecht und gegen die rechtliche Abhängigkeit verheirateter Frauen von ihrem Mann. Sie forderten also gleiche Rechte ein und betonten dabei immer wieder, dass Frauen genau wie Männer über die Voraussetzungen und Fähigkeiten hierfür verfügten. Forderungen nach Gleichheit der Rechte werden immer wieder auf diese Weise begründet: Rechte sollten universal sein, denn alle Menschen seien in ihrem Kern gleich. *Olympe de Gouges* veröffentlichte 1791 eine „Erklärung der Rechte der Frau und Bürgerin“, mit der sie dieses Anliegen sehr deutlich formulierte.<sup>5</sup>

Die Unterschiede zwischen den konkreten Menschen drohen jedoch bei einer solchen Berufung auf ein abstraktes Gleiches unsichtbar zu werden. Feminist\*innen haben deshalb häufig auch darauf hingewiesen, dass das abstrakte allgemeine Recht oft gar nicht so abstrakt und allgemein ist, wie es sich präsentiert. Denn es gehe meist von ganz bestimmten Erfahrungen aus und vernachlässige dabei die Lebenswelten vieler Frauen, die meist oder zumindest sehr häufig in der Familie für Kinder, Haushalt und Fürsorge für andere verantwortlich sind.<sup>6</sup>

„Gleichheit“ und „Differenz“ der Geschlechter gehören z.B. also zusammen. Es stellt sich aber die Frage („Streit um Differenz“<sup>7</sup>), ob es wirklich der Emanzipation diene, wenn man die Unterschiede zwischen Männern und Frauen betont, insbesondere behauptet, Frauen hätten durch eine Bindung an Familie oder Kinder ein anderes soziales und kommunikatives Verständnis als Männer und verträten damit andere Werte. Denn solche Behauptungen sind ja selbst abstrakte „Stereotypen“, also pauschale Annahmen, die nur eingeschränkt etwas mit konkreten Menschen zu tun haben. Selbst wo die Statistik Unterschiede zwischen Männern und Frauen anzeigt, haben diese weniger mit

\* Prof. Dr. Eva Kocher ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Zivilverfahrensrecht an der Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder).

1 BVerfGE 6, 84, 91.

2 *Bundesregierung*, Zweiter Gleichstellungsbericht, BT-Drucks. 18/12840, 219 f.

3 Zum Begriff siehe unten A.II.

4 *Bundesregierung*, Zweiter Gleichstellungsbericht, BT-Drucks. 18/12840, S. 57 ff, 94 ff.

5 Abgedruckt in: *Gerhard*, Gleichheit ohne Angleichung. Frauen im Recht, 1990, S. 263 f; vgl. *Gerhard*, KJ 1987, 127. Siehe z.B.: „Art. X: [...] Die Frau hat das Recht das Schafott zu besteigen; sie muss gleichermaßen das Recht haben, die Tribüne zu besteigen [...]“.

6 Zu dieser ungleichen Aufteilung der unbezahlten Sorgearbeit siehe z.B. *Bundesregierung*, Zweiter Gleichstellungsbericht, BT-Drucks. 18/12840, 57 ff.

7 *Benhabib/Butler/Cornell/Fraser*, Der Streit um Differenz, 1993.



dem angeborenen biologischen Geschlecht („sex“) zu tun als mit gesellschaftlichen Verhältnissen, also einem sozialen Geschlecht („gender“). Aus dieser Erkenntnis heraus entstand die Forderung, das Geschlecht eines Menschen und alles, was damit an persönlichen Eigenschaften, Lebensentwürfen und Wünschen verbunden sein mag, nicht „essentialistisch“ als gegeben vorauszusetzen, sondern die gesellschaftliche Bedingtheit und Veränderbarkeit solcher Unterschiede anzuerkennen.<sup>8</sup>

## II. Jenseits von „Frauen“ und „Männern“

Der „Streit um Differenz“ thematisiert noch eine weitere Dimension: Menschen haben schließlich nicht nur ein Geschlecht, sondern auch eine sexuelle Orientierung und unterschiedliche kulturelle, familiäre und Migrationshintergründe; sie leiden unterschiedlich unter Rassismus und zählen je zu einer bestimmten Generation und sozio-ökonomischen Schicht. Die geschlechtliche Identität wird von Menschen im Osten und im Westen Deutschlands unterschiedlich gelebt; die gesundheitliche Situation von Menschen unterscheidet sich, viele haben Gewalterfahrungen gemacht. Erfahrungen „der Männer“ und „der Frauen“ können also nicht auf einen Nenner gebracht werden. Daraus ergibt sich der Ansatz, „Geschlecht“ in der Wechselwirkung mit anderen sozialen Kategorien zu analysieren und zu betrachten; dies wird als „Intersektionalität“ bezeichnet.<sup>9</sup>

Die Kulturwissenschaften waren bei dieser theoretischen Entwicklung von großer Bedeutung. Denn sie zeigen, wie Werte, sozialer Sinn und Deutungen der gesellschaftlichen Wirklichkeit symbolisch hergestellt werden, also über Sprache und Alltagshandeln.<sup>10</sup> Sie zeigen, dass Geschlecht nicht etwas „ist“, sondern dass es „gemacht“ wird – die Bedeutung des Geschlechts in einem bestimmten Kontext wird deshalb oft mit einem nominalisierten Verb bezeichnet: „Vergeschlechtlichung“.

Für diese kulturwissenschaftlichen Analysen war es wichtig, dass die Queer-Theorie gezielt Interessen, Probleme und Wünsche von Menschen in den Blick nahm, die sich nicht einem der beiden Pole „Mann“ oder „Frau“ zuordnen lassen.<sup>11</sup> Immerhin zeigt die Biologie, dass „Geschlecht“ schon naturwissenschaftlich nicht ein Entweder-Oder ist, sondern ein Kontinuum, bei dem das genetische Geschlecht (Chromosomensatz), das anatomische Geschlecht (gonadisches Geschlecht) und das hormonelle Geschlecht zusammenwirken.<sup>12</sup> Praxen von Intersexualität, Transsexualität und Transgender zeigen uns, dass nicht nur das soziale Geschlecht („gender“) vom sozialen Kontext abhängig und wandelbar ist – auch das biologische Geschlecht („sex“) gewinnt erst durch gesellschaftliche Praxis an Bedeutung, ist also gesellschaftlich konstruiert. Unsere Wahrnehmung eines anderen Menschen als „Frau“ oder „Mann“ entsteht in der alltäglichen Praxis; „Geschlecht“ wird ständig in einzelnen kleinen Akten und individuellem „performativem“ Handeln (Kleidung,

Körpersprache, Tonfall, etc.) inszeniert. Geschlecht ist also nicht Sein, sondern Handeln („doing gender“).<sup>13</sup> Für das Recht ist insbesondere wichtig, welche Einschränkungen dies mit sich bringt. Denn das Verhalten von Menschen gewinnt erst dadurch soziale Bedeutung, dass es durch andere interpretiert wird. Diese Interpretation erfolgt aber i.d.R. entsprechend gesellschaftlicher Erwartungen und damit „geschlechtsspezifisch“. Die stereotypisierte Erwartung, dass jede\*r<sup>14</sup> sich konsistent entweder als „Frau“ oder „Mann“ verhalte, nennt man auch Heteronormativität.<sup>15</sup> Auch die deutsche Gesellschaft ist dadurch geprägt.

## B. Rechtswissenschaftliche Grundlagen

Das zentrale Scharnier, in dem diese theoretischen Grundlagen im Recht reflektiert werden, stellt das Antidiskriminierungsrecht dar.

### I. Antidiskriminierungsrecht als Grundlage

#### 1. Art. 3 II GG als Hierarchisierungsverbot

Für Deutschland ist als Rechtsgrundlage zunächst Art. 3 II GG zu nennen. Er hat zunächst „gleiche Rechte“ zum Gegenstand. Direkte, unmittelbare Diskriminierung durch Anknüpfung an das Geschlecht ist zwar mittlerweile relativ selten geworden, war aber in den Anfangsjahren der Bundesrepublik Deutschland noch gebräuchlich.<sup>16</sup> Streitig war jedoch immer, inwieweit eine „Differenz“ aufgrund des Geschlechts Anknüpfungspunkt für geschlechterdifferenzierende Regelungen sein durfte. An der zentralen Frage, wann ausnahmsweise eine Anknüpfung an das Geschlecht erlaubt sein soll, zeigten sich unterschiedliche Grundverständnisse.

8 Zur Bedeutung von Sex und Gender in den unterschiedlichen feministischen Theorieansätzen siehe Foljanty/Lembke-Wapler, *Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch*, 2. Aufl. 2012, S. 33 ff. und, Foljanty/Lembke-Künzel ebd., S. 52 ff.

9 Binder/Jähnert/Kerner/Kilian/Nickel, *Travelling Gender Studies. Grenzüberschreitende Wissens- und Institutionentransfers*, 2011, S. 184 ff.

10 Vgl. Krüger-Krüper, *Grundlagen des Rechts*, 2. Aufl. 2013, § 4, Rn. 2, Rn. 7; vgl. auch Kocher, *RW*, 2017 (erscheint demnächst); Baer, *Rechtssoziologie*, 3. Aufl. 2017, § 4, Rn. 155 ff.

11 Butler, *Das Unbehagen der Geschlechter*, 1991; siehe auch den Rückblick auf die Debatte in: Butler, *Die Macht der Geschlechternormen und die Grenzen des Menschlichen*, 2011, S. 325 ff.

12 Lorber/Farell, *The Social Construction of Gender*, 1991, S. 7 ff.; Kolbe, *Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht. Eine interdisziplinäre Untersuchung*, 2010, S. 23 ff.

13 Vgl. Becker/Kortendiek-Gildemeister, *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung. Theorie, Methoden, Empirie*, 2004, S. 132 ff.

14 Das Sternchen (\*) ist ein Platzhalter und ermöglicht es, die Offenheit eines Begriffs im Hinblick auf verschiedene Geschlechtsidentitäten in der Schriftsprache darzustellen.

15 Butler, *Körper von Gewicht*, 1993; Zu den Begriffen Baer, *Querelles* 2009, S. 15, 30.

16 Sacksofsky, *ZRP* 2001, 413.



Ein gutes Beispiel ist die Rechtsprechung des BVerfG zum Nachtarbeitsverbot. Es ging dabei um eine gesetzliche Vorschrift, nach der Arbeiterinnen nicht in der Nachtzeit von zwanzig bis sechs Uhr und an den Tagen vor Sonn- und Feiertagen nicht nach siebzehn Uhr beschäftigt werden durften.<sup>17</sup> Lange Zeit war das BVerfG der Meinung gewesen, die zusätzliche Belastung von Frauen mit Hausarbeit und Kinderbetreuung erlaube diese Ungleichbehandlung. Sie sei nicht nur „im Hinblick auf die objektiven biologischen [sondern auch im Hinblick auf] die funktionalen (arbeitsteiligen) Unterschiede von Mann und Frau [...] erlaubt oder sogar notwendig.“<sup>18</sup>

Nachdem aber der EuGH das französische Nachtarbeitsverbot für Frauen für europarechtswidrig erklärt hatte, hielt auch das BVerfG 1992 das Anknüpfen an diese Differenz nicht mehr für gerechtfertigt: Es handle sich um eine „überkommene Rollenverteilung[...]“, die nicht nur veränderbar, sondern auch veränderungsbedürftig sei. Jedenfalls dürfe das Recht nicht dazu beitragen, dass „überkommene Rollenverteilungen [...] verfestigt werden.“ Mit dieser Wertung – Art. 3 II GG richte sich gegen die gesellschaftlichen Wirkungen der Geschlechterdifferenz – grenzte sich das BVerfG explizit gegen seine eigene frühere Rechtsprechung ab.<sup>19</sup> Die Entscheidungen zeigen einen Wandel im Umgang mit Differenz. Zu Recht wird hier problematisiert, dass eine Anknüpfung an Differenzen und Unterschieden zwischen den Geschlechtern Stereotypen (wie z.B. „überkommene Rollenverteilungen“) zu zementieren droht. Die feministische Rechtswissenschaft betont nun, dass Lösungswege für dieses Problem nur gefunden werden können, wenn man sich auf die Rolle des Rechts besinnt: Es geht darum, Benachteiligung, Ausgrenzung und Abwertung zu begegnen.<sup>20</sup> Sowohl Behauptungen von Differenz der Geschlechter als auch Behauptungen von tatsächlicher Gleichheit enthalten Stereotypen, die nicht von gesellschaftlichen Machtverhältnissen zu trennen sind. Für die rechtswissenschaftliche Debatte muss dies den entscheidenden Gesichtspunkt darstellen: Das Recht kann und darf sich nicht neutral zu Ungleichbehandlungen verhalten, wenn diese damit verbunden sind, dass Personen durch andere beherrscht werden; Gleichbehandlungsrechte bzw. Diskriminierungsschutz sind insofern immer als Hierarchisierungsverbote zu verstehen.<sup>21</sup>

So lassen sich nicht nur formale, sondern auch materielle Gleichbehandlungsgebote rechtfertigen, wie sie insbesondere das Verbot der mittelbaren Diskriminierung enthält.<sup>22</sup> Dieses schaut darauf, ob und wie eine rechtliche Regelung geschlechtshierarchisch wirkt: Wenn Teilzeitbeschäftigte anders als Vollzeitbeschäftigte keine Betriebsrente bekommen, stellt dies Geschlechtsdiskriminierung dar. Denn aufgrund der vorherrschenden familiären Arbeitsteilung sind erheblich mehr weibliche als männliche Beschäftigte durch eine Benachteiligung von Teilzeitbeschäftigten betroffen. Teilzeitbeschäftigung hat also indirekt und gesellschaftlich etwas mit „Geschlecht“ zu tun.<sup>23</sup>

Mit einem materiellen Verständnis von Gleichbehandlungsgeboten als Hierarchisierungsverboten lassen sich auch spezifische „positive Maßnahmen“ begründen. In den Worten der Nachtarbeitsentscheidung des BVerfG: „Der Satz ‚Männer und Frauen sind gleichberechtigt‘ will „nicht nur Rechtsnormen beseitigen, die Vor- oder Nachteile an Geschlechtsmerkmale anknüpfen, sondern für die Zukunft die Gleichberechtigung der Geschlechter durchsetzen.“<sup>24</sup> „Faktische Nachteile, die typischerweise Frauen treffen, dürfen [...] durch begünstigende Regelungen ausgeglichen werden.“<sup>25</sup> So sind besondere Fördermaßnahmen zulässig z.B. wie die Bevorzugung von Frauen bei gleicher Qualifikation oder Quotenregelungen.<sup>26</sup> Aber auch hierarchisierende Belästigung, Mobbing, *Cyber Harassment* und symbolische Abwertungen können als Diskriminierung behandelt werden.<sup>27</sup> Es spricht viel dafür, dass schon eine Verstärkung von Stereotypen weiblicher Differenz als Diskriminierung verstanden werden kann, genau wie eine stereotypisierende gesellschaftliche Erwartung an geschlechtliches Aussehen, Verhalten und Praktiken.<sup>28</sup> So könnte man es z.B. als Geschlechtsdiskriminierung ansehen, wenn Homosexuelle Nachteile erleiden, weil sie den Erwartungen an eine „typische Frau“ oder einen „typischen Mann“ nicht gerecht werden – oder wenn Journalist\*innen im Internet wegen angeblich geschlechtsuntypischen Verhaltens Gewaltphantasien hervorrufen und angegriffen werden.

17 BVerfGE 85, 191; EuGH C-345/89 (Stoeckel).

18 BVerfGE 5, 9, 12; siehe schon BVerfGE 3, 225, 241. Siehe dazu auch die Debatte um die Möglichkeit eines früheren Renteneintritts für Frauen (BVerfGE 74, 163; *Kocher/Skowron*, ZESAR 2012, S. 274 ff.).

19 Skizze der Rechtsprechungsentwicklung bei *Sacksosfsky*, *Querelles* 2009, 191 ff.; siehe auch *Foljanty/Lembke-Wrase/Klose*, *Feministische Rechtswissenschaft*, 2. Aufl. 2012, S. 89 ff. Heute wird der Schutz von Eltern in der Nachtarbeit nach § 6 Abs. 4 ArbZG unabhängig vom Geschlecht gewährleistet.

20 *Baer*, *Querelles* 2009, S. 15, 32.

21 *MacKinnon*, *Toward a Feminist Theory of the State*, 1991, S. 237 ff.; *Nagl-Docekal/Pauer-Studer-MacKinnon*, *Politische Theorie. Differenz und Lebensqualität*, 1996, S. 142 ff.; *Sacksosfsky*, *Das Grundrecht auf Gleichberechtigung*, 2. Aufl. 1996, S. 312 ff.; S. 318 ff.; *Baer*, *KrimJour* 1996, 242 ff.; siehe auch *Slupik*, *Die Entscheidung des Grundgesetzes für Parität im Geschlechterverhältnis*, 1988, S. 134 ff.

22 *Sacksosfsky*, ZRP 2001, 413 zum Zusammenhang zwischen mittelbarer Diskriminierung und Dominierungsverbot; zu den Begriffen „formale/materielle“ Gleichheit/Gleichbehandlung *Schiek*, AGG, 2006, Einleitung, Rn. 51 ff.

23 Siehe z.B. EuGH C-167/97 (*Seymour-Smith*), Rn. 60. Ein anderes Beispiel für materielle Gleichbehandlung durch Blick auf gesellschaftliche Wirkungen findet sich in BVerfG, AP Nr.23 zu § 14 MuSchG 1968 gegen frühere Entscheidungen, die die Verfassungsmäßigkeit der bisherigen §§ 13, 14 MuSchG bestätigt hatten (BVerfGE 37, 121; 70, 242).

24 BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeitsverbot).

25 BVerfGE 85, 191, 207 (Nachtarbeitsverbot); siehe auch BVerfGE 89, 276.; Genauer zum Ganzen *Kocher*, KJ 1999, 185.

26 EuGH C-450/93 (*Kalanke*); EuGH C-409/95 (*Marschall*); EuGH C-158/97 (*Badeck*).

27 *Baer*, *Würde und Gleichheit*, 1995.

28 *Benhabib/Butler/Cornell/Fraser*, *Der Streit um Differenz*, 1993, S. 80 ff.; *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011.



## 2. Konkretisierungen im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

Solche und ähnliche Fragen um das Verständnis von Diskriminierungsverboten werden heute häufig anhand des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) diskutiert.<sup>29</sup> Es setzt nicht nur europarechtliche Richtlinienvorgaben um,<sup>30</sup> sondern konkretisiert auch die staatlichen Schutzpflichten aus Art. 3 II/III GG auf einfachgesetzlicher Ebene.<sup>31</sup> Dem AGG ist es zu verdanken, dass die Bedeutung der zivilrechtlichen Generalklauseln für den Diskriminierungsschutz heute nicht mehr unbekannt ist und Fragen der Drittwirkung von Art. 3 II/III GG mittlerweile auch in der Zivilrechtswissenschaft intensiv und auf hohem Niveau diskutiert werden.<sup>32</sup>

Im AGG finden wir ebenfalls ein „materielles“ Grundverständnis des Diskriminierungsschutzes; es schreibt nicht einfach nur vor, dass keine Anknüpfung an das Geschlecht stattfinden darf, sondern richtet sich gegen gesellschaftlich vergeschlechtlichte Machtverhältnisse. Deshalb verbietet es nicht nur die unmittelbare (§ 3 I AGG), sondern auch die mittelbare Diskriminierung (§ 3 II AGG), erlaubt positive Maßnahmen (§ 5 AGG) und verlangt von Arbeitgebern Prävention und angemessene Vorkehrungen (§ 12 AGG<sup>33</sup>).

Mit § 3 III/IV AGG ist klargestellt, dass sexuelle Belästigungen und diskriminierendes Mobbing nicht nur Persönlichkeitsrechtsverletzungen darstellen, sondern auch Diskriminierungen – denn sie nutzen und verstärken vergeschlechtlichte Machtverhältnisse.<sup>34</sup> Im deutschen Recht noch wenig genutzt wird hingegen der Ansatz, die benachteiligenden Wirkungen von Erwartungen und Stereotypen rechtlich zu analysieren, wie es z.B. der US Supreme Court im Fall „Price Waterhouse v Hopkins“ getan hatte.<sup>35</sup> Dort war eine Frau nicht als Partnerin einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft aufgenommen worden, weil sie sich nach Meinung der bisherigen Partner\*innen zu maskulin verhalten habe; man hatte von ihr erwartet, femininer zu gehen, zu sprechen und sich zu kleiden, Make-up und Schmuck zu tragen. Auch dies kann Diskriminierung sein.

## II. Wozu braucht das Recht „Geschlecht“?

Aber unterstützt nicht das Recht selbst notwendig und immer wieder Stereotypisierungen? Im Folgenden soll insofern vor allem auf die Frage eingegangen werden, ob das Recht nicht in seinem Kern Heteronormativität reproduziert, weil es zwei angeblich komplementäre Geschlechter (Frau und Mann) voraussetzt.

### 1. Personenstand und Familienrecht

In einem wichtigen Rechtsbereich liegt die Heteronormativität des Rechts offen auf dem Tisch: Im Familienrecht – mit Auswirkungen auf das Personen-

standsrecht. Das Personenstandsrecht erlaubt es zwar mittlerweile, kein Geschlecht einzutragen, wenn „das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden [kann]“ (§§ 21 I Nr. 3, 22 III PStG). Der BGH hat dies so interpretiert, dass diese Option auch noch später gewählt werden darf, dass also jemand, der\*die als Frau oder Mann eingetragen ist, die Eintragung streichen lassen kann.<sup>36</sup> Die Eintragung einer „dritten Option“ (inter\*, divers, transgender o.ä.) will der BGH jedoch nicht zulassen. Ob dies den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt, hat nun das BVerfG zu entscheiden.<sup>37</sup>

Die Verfassungsbeschwerde stützt sich wesentlich auf die Rechtsprechung zum Transsexuellenrecht. Denn danach ist die selbstempfundene geschlechtliche Identität, unabhängig von medizinischen Kategorisierungen, durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG geschützt.<sup>38</sup> Unabhängig davon aber ist ein zentrales Argument des BGH mittlerweile entfallen. Es stützte sich auf das Familienrecht und die Annahme, dass es für eine Ehe oder eingetragene Partnerschaft entscheidend sei, dass sich Personen einem von zwei Geschlechtern zuordnen lassen. Mit dem jüngst beschlossenen Gesetz über die „Ehe für alle“<sup>39</sup> besteht diese Notwendigkeit nun allerdings nicht mehr. Damit ist praktisch kein Rechtsbereich mehr übrig, in dem es zwingend darauf ankäme, welchem Geschlecht eine Person zugeordnet ist – personenstandsrechtlich ist die Zuweisung eines Geschlechts überflüssig.

### 2. Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht

Umso problematischer wäre es, wenn ausgerechnet das Antidiskriminierungsrecht einen Hort der Hete-

29 Im Folgenden wird auch dort von Diskriminierung gesprochen, wo von § 3 AGG die Rede ist. Dort wird der Begriff der „Benachteiligung“ verwendet; es handelt sich aber um die Umsetzung des unionsrechtlichen Begriffs der „Diskriminierung“ (vgl. Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert, AGG, 3. Aufl. 2013, § 3, Rn. 7 ff.).

30 Richtlinien 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG und 2006/54/EG.

31 BVerfGE 89, 276.

32 Siehe insbesondere Grünberger, Personale Gleichheit, 2013; Bachmann, ZHR 2006, 144, 159; siehe auch Mangold, Demokratische Inklusion durch Recht, Manuskript 2017.

33 Kocher/Wenckebach, SR 2013, 17.

34 Siehe schon Baer, Würde und Gleichheit, 1995.

35 Price Waterhouse v. Hopkins, 490 U.S. 228, 1989.

36 BGH, NJW 2016, 2885; kritisch Brachthäuser/Remus, NJW 2016, 2887.

37 BVerfG 1 BvR 2019/16 (anhängig).

38 BVerfG NJW 1979, 595; BVerfGE 121, 175; 128, 109; Adamietz, KJ 2006, 368; zu Anwendung auf Intersexualität Holzleithner, Querelles 2009, S. 41, 52; siehe auch de Silva, KJ 2008, 266; zum Verfassungsrecht Kolbe, Intersexualität, Zweigeschlechtlichkeit und Verfassungsrecht: Eine interdisziplinäre Untersuchung, 2010, S. 98 ff.

39 Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Rechts auf Eheschließung für Personen gleichen Geschlechts, BT-Drucks. 18/6665, im Bundestag beschlossen am 30.06.2017.



ronormativität darstellen würde. Art. 3 II GG jedenfalls spricht ausdrücklich von „Mann“ und „Frau“ und scheint damit von einer binären, zweigeteilten, „natürlichen“ Geschlechterordnung auszugehen.<sup>40</sup> Wir haben es hier mit einem Dilemma zu tun, dem „Differenzdilemma“ oder „feministischem Dilemma“<sup>41</sup>: Um vergeschlechtlichte Machtverhältnisse zum Thema machen zu können, muss die Vergeschlechtlichung und damit auch die „Kategorie“ Geschlecht/*Gender* benannt werden. Damit können die kritisierten Machtverhältnisse aber ungewollt und mehr als nur symbolisch gestützt werden.

Allerdings: Das Antidiskriminierungsrecht erfordert dogmatisch keine Zuordnung von Personen zu Kategorien. Von einer Transsexuellen, die nach der Geschlechtsumwandlung als Frau benachteiligt wird, würde man nicht verlangen, dass sie eine bestimmte Geschlechtszugehörigkeit nachweist. Nach § 7 I Hs. 2 AGG reicht es aus, „wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines [bestimmten Geschlechts] bei der Benachteiligung nur annimmt“. Allgemein darf es deshalb für die Geltendmachung von Rechten aus dem AGG nicht darauf ankommen, welcher Gruppe der\*die Diskriminierte „zugehört“, sondern auf welchen Annahmen und Vorurteilen die Benachteiligung beruht.<sup>42</sup> So kann das Antidiskriminierungsrecht der Forderung nachkommen, sich nicht an Identitäten, Gruppen oder Eigenschaften zu orientieren, sondern an Hierarchien, Machtverhältnissen und benachteiligenden „-ismen“.<sup>43</sup>

### 3. Rechtfertigungen kategorialer Unterscheidungen nach dem Geschlecht

Eine Anknüpfung an Kategorien findet sich jedoch nicht nur in §§ 1, 3 AGG, also in der Definition der Diskriminierung bzw. Benachteiligung, sondern auch dort, wo unmittelbare Anknüpfungen an das Geschlecht gerechtfertigt und zugelassen werden.

Ein Beispiel sind positive Maßnahmen, wie sie der EuGH im Fall „Lommers“ zu behandeln hatte. Eine niederländische Behörde hatte subventionierte Kinderbetreuungsplätze vorrangig für weibliche Beschäftigte bereitgestellt, da man meinte, anders könne man diese als Arbeitnehmerinnen nicht so leicht halten wie männliche Beschäftigte. Der EuGH hielt dies zwar für eine zulässige positive Maßnahme, wies aber auch darauf hin, dass eine solche Leistung zur „Verfestigung einer herkömmlichen Rollenverteilung zwischen Männern und Frauen“ beitragen könnte.<sup>44</sup> Dies hätte bei kritischer feministischer Betrachtung allerdings ein entscheidendes Argument gegen die Zulässigkeit der Maßnahme sein müssen.<sup>45</sup>

Auch in anderen Fällen erlaubt es das Antidiskriminierungsrecht, auf das „Geschlecht“ als Voraussetzung für die Geltendmachung eines Rechts abzustellen – wie z.B. bei den besonderen Rechten des Mutter-schutzes, die nur Schwangeren und Müttern zustehen

(MuSchG; siehe Art. 28 I Richtlinie 2006/54/EG). Diese Unterscheidung nach dem Geschlecht lässt sich zumindest teilweise durch biologisch begründete Gesundheitsgefahren des Gebärens rechtfertigen. Mutterschaftsrechte und Elternrechte sind dann aber deutlich zu unterscheiden; Elternrechte zum Zweck der Vereinbarkeit von Beruf und Familie müssen unabhängig vom Geschlecht gewährleistet werden.<sup>46</sup>

Deutlich schwieriger wird es in der Frage, welche „wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen“ es erlauben können, den Bewerber\*innenkreis auf ein bestimmtes Geschlecht zu beschränken (§ 8 I AGG, Art. 14 II RL 2006/54/EG). In einem Ausnahmekatalog der Bundesregierung war in den 1980er Jahren versucht worden, Fallgruppen hierfür beispielhaft festzulegen. Als weitgehend unbestrittene Standardfälle werden in der Regel genannt: Für die Tätigkeit als Model für Frauenkleidung kann verlangt werden, dass die Bewerber\*innen Frauen sind. Für die Theaterrolle des jugendlichen Liebhabers darf ein junger Mann gesucht werden.<sup>47</sup> Oder: Für die Betreuung von Nachtdiensten in einem Mädcheninternat darf man die Auswahl auf Frauen beschränken;<sup>48</sup> für die Befragung von Missbrauchsoffern können ausschließlich Polizistinnen eingesetzt werden;<sup>49</sup> Gleichstellungsbeauftragte dürfen unter bestimmten Voraussetzungen nur Frauen sein, genauso wie die Geschäftsführung eines politischen Frauenverbands.<sup>50</sup>

§ 8 I AGG sagt uns, dass es in bestimmten Fällen erlaubt sein soll, an „Geschlecht“ anzuknüpfen. Dies lässt sich mit grundrechtlich gewährleisteten privaten Autonomiespielräumen begründen, insbesondere mit künstlerischen, pädagogischen und politischen Freiheiten bei der Festlegung von Anforderungen. Das Recht gibt aber das Gewicht der erforderlichen Gründe vor („wesentlich und entscheidend“) und verlangt,

40 Vgl. BVerfGE 6, 389, 423; BVerfGE 3, 225, 241 („Vergleichstatbestand“ Mann – Frau, siehe *Adamietz*, *Geschlecht als Erwartung*, 2011, S. 11 f; S. 207 ff.). Zu Biologisierung der Geschlechtsdifferenz durch das BVerfG siehe auch *Sacksofsky*, *Querelles* 2009, S. 191, 192.

41 *Baer*, *KrimJour* 1996, 242; *Kocher*, *KJ* 1999, 182, 193; *Holzleitbner*, *KJ* 2008, 250, 252.

42 Schiek, *AGG*, 2006, § 1, Rn. 7; *Däubler/Bertzbach*, *AGG*, 3. Aufl., 2013, § 1, Rn. 95 f; einen sehr weitergehenden Vorschlag zur Umformulierung machen *Liebscher/Naguib/Plümcke/Remus*, *KJ* 2012, 204.

43 *Baer*, *Querelles* 2009, S. 15, 32.

44 EuGH C-476/99 (*Lommers*), Rn. 41. Siehe Art. 3 RL 2006/54/EG, Art. 157 IV AEUV.

45 *Kocher*, *Europäisches Arbeitsrecht*, 2016, § 4, Rn. 99.

46 EuGH C5/12 (*Betriu Montull*); *Kocher*, *FS Eichenhofer*, 2015, 301 ff; siehe jetzt Europäische Kommission, *Vorschlag für eine Richtlinie zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige*, KOM, 2017, 253.

47 *BARbBl.* 11/1987, S. 40 ff., BT-Drs. 8/3317, 9 (dort sind nur einige Beispiele genannt); die Liste ist auch abgedruckt bei *Pfarr/Bertelsmann*, *Diskriminierung im Erwerbsleben*, 1989, S. 70 f.

48 BAG 8 AZR 536/08.

49 VG Kassel 1 E 723/07. Vgl. auch EuGH C-318/86 (*Kommission v. Frankreich*): Aufseher in Haftanstalten.

50 BAG, AP Nr. 16 zu § 611a BGB.



dass diese Gründe sich unmittelbar auf die Ausübung der konkreten Tätigkeit beziehen.<sup>51</sup> Darüber hinaus müssen die vorgelegten privatautonom begründeten künstlerischen oder pädagogischen Konzepte auf ihre Konsistenz und innere Schlüssigkeit überprüft werden. Für viele der oben genannten Fallgruppen wird sich oft eine solche Begründung finden lassen. Theaterrollen könnten zwar theoretisch auch unabhängig vom Geschlecht besetzt werden; ob dies erfolgen soll, muss aber der künstlerischen Entscheidung vorbehalten bleiben. Auch bei der Frage, ob eine Haftanstalt mit einem sozialpädagogischen Konzept arbeiten soll, das gleichgeschlechtliches Personal erfordert oder nicht, sollten fachlich-professionelle Maßstäbe eine Rolle spielen dürfen. Es gibt aber an einer anderen Stelle ein Rechtsproblem, das bisher noch zu wenig beachtet wurde: Welche Erwartungen sind denn mit solchen geschlechtsspezifischen Ausschreibungen verbunden? Und (wie) können diese Erwartungen von transsexuellen, intersexuellen oder transgender Personen erfüllt werden?<sup>52</sup> Soll es – wie meist im Sport – im Einstellungsverfahren darauf ankommen, wie der Körper der Bewerber\*innen Testosteron produziert/verarbeitet?<sup>53</sup> Oder soll es auf die Gene oder auf die sekundären Geschlechtsmerkmale ankommen?

Bei einem solchen genaueren Blick zeigt sich: Auch hier kann und muss zwischen biologischem Geschlecht, sozialem Geschlecht und Geschlechtsinszenierung unterschieden werden. So wird die Rechtfertigung für die Anknüpfung an das Geschlecht in der ersten Fallgruppe („Model/Schauspieler\*in“) darin bestehen, dass jemand gesucht wird, der glaubwürdig einen Frauenkörper bzw. eine „Frau“ darstellen kann; gesucht wird die glaubwürdige Darstellung und Präsentation („*Performance*“) eines Geschlechtskörpers. In der zweiten Fallgruppe geht es hingegen eher um „Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit“ (siehe § 20 I Nr. 2 AGG).<sup>54</sup> Am interessantesten ist wahrscheinlich die dritte Fallgruppe: Geht es bei der Suche nach einer Geschäftsführerin für eine frauenpolitische Institution wirklich nur darum, dass die Person das Geschlecht glaubhaft darstellen kann? Oder geht es darum, dass es jemand sein soll, die im gesellschaftlichen Machtverhältnis der Geschlechter Erfahrungen der geschlechterbezogenen Unterlegenheit, Marginalisierung und Gewalt gemacht hat? Auch hier geht es den Ausschreibenden meist wohl nicht um biologische Gegebenheiten, sondern um gesellschaftliche Konstellationen, die an Körper und deren Erfahrungen gebunden sind – um vergeschlechtlichte „Existenzweisen“. <sup>55</sup> Jedenfalls sind aus der Perspektive der feministischen Rechtswissenschaft klarere Anforderungen an ein zulässiges geschlechterdifferenzierendes Konzept zu stellen: Von einem konsistenten privaten Konzept, das entscheidend auf „Geschlecht“ abstellt, muss verlangt werden, dass es deutlich macht, welcher Aspekt des gesellschaftlichen Konstrukts „Geschlechts“ gemeint ist.<sup>56</sup>

## C. Gleichwertige Rechte

Feministische Rechtswissenschaft, die sich in einer interdisziplinären Perspektive für das Wechselspiel zwischen Recht und gesellschaftlichen (Macht-)Verhältnissen interessiert, liegt notwendig quer zu Rechtsgebieten und Rechtsbereichen.<sup>57</sup> Grundsätzlich kann und sollte jede Rechtsnorm und jede rechtliche Praxis auf ihre Bedeutung für die gesellschaftlichen Geschlechterverhältnisse untersucht und kritisch betrachtet werden.

Die Perspektive des Antidiskriminierungsrechts ist dabei nur eine von mehreren Perspektiven. Auch in den Grundstrukturen des Rechts spiegeln sich vergeschlechtlichte Machtverhältnisse.<sup>58</sup> Ein Beispiel dafür ist die Debatte um das angeblich durch einen Gegensatz geprägte Verhältnis von Freiheit und Gleichheit. Schaut man sich an, wie Diskriminierungen die Wahrnehmung grundrechtlich gewährleisteter Freiheiten einschränken können, verliert diese Unterscheidung plötzlich an Bedeutung – denn auch Gleichheitsrechte und Diskriminierungsschutz sollen letztlich nur gewährleisten, dass allen das gleiche Maß an Freiheit zukommt.<sup>59</sup>

Oder – ein anderes Beispiel – die Trennung zwischen „öffentlichen“ und „privaten“ Bereichen.<sup>60</sup> Man kann sie bis in die kleinsten Rechtsfragen hinein finden.<sup>61</sup> Auf einer abstrakteren Ebene findet man eine Vorstellung vom lediglich seiner Gewissensfreiheit unterworfenen Wähler und Staatsbürger, der unabhängig von persönlichen, „privaten“ Interessen und Bindungen verhandele und entscheide, bzw. das autonome Rechtssubjekt, das seine Beziehungen über rechtliche, von gesellschaftlichen Bedingungen abstrahierende Strukturen regele – in Abgrenzung zu der von ihrem Geschlecht und ihrem Körper, das heißt auch der Natur, abhängigen Frau.<sup>62</sup> Femi-

51 Dies schließt z.B. Gründe wie „Kund\*innenwünsche“ oder „Kund\*innenzufriedenheit“ aus; siehe Däubler/Bertzbach-Schrader/Schubert, 3. Aufl. 2013, § 8, Rn. 10 ff.

52 Genauer zum Ganzen Kocher, KJ 2009, 386.

53 Block, KJ 2012, 316, 319 ff.

54 Siehe auch die Systematisierung bei Pfarr/Bertelsmann, Diskriminierung im Erwerbsleben, 1989, S. 72 („erzieherische Gründe; Gründe der Sittlichkeit“).

55 Maihofer, Geschlecht als Existenzweise, 1995.

56 Siehe schon Kocher, KJ 2009, 386.

57 Vgl. Lembke, Jura 2005, 236. Das Studienbuch Feministische Rechtswissenschaft (Foljanty/Lembke, 2. Aufl., 2012) ist deshalb nicht nach Rechtsgebieten, sondern nach Lebensbereichen gegliedert: Erwerbsarbeit, unbezahlte (Haus-/Sorge-)Arbeit, Familie, Schule/Bildung, Religion, Gewalt, Sexualität, Flucht und Migration, Reproduktionstechnologien.

58 Foljanty/Lembke-A.Schmidt, Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2012, S. 74 ff.

59 Baer, ZRP 2002, 290 und dagegen Globig, ZRP 2002, 539.

60 Siehe z.B. Kreisky/Sauer-Lang, Feministische Standpunkte in der Politikwissenschaft. Eine Einführung, 1995, S. 94 ff.

61 Vgl. Sacksofsky, ZRP 2001, 413.

62 Ausführlich Maihofer, Geschlecht als Existenzweise. Macht, Moral, Recht und Geschlechterdifferenz, 1995, S. 109 ff.; Benhabib/Cornell, S. 10 ff und Benhabib/Cornell-Young, Feminism as Critique, 1987, S. 67 ff.



nistische Jurist\*innen werfen auch hier die Frage auf: Geht nicht etwas Wesentliches verloren, wenn Rechtssubjekte abstrakt statt konkret gedacht werden?<sup>63</sup>

#### D. Zum Selbstforschen und Weiterlesen

Frauen sind nicht gleich Frauen, und Männer sind nicht gleich Männer. Die Analyse der symbolischen Strukturen des Rechts und des Rechtssystems ist deshalb nicht nur allemal interessanter als die Suche nach spezifischen „Interessen“ von Frauen, sondern geht dem Problem der gesellschaftlichen Machtverhältnissen eingehender auf den Grund. Trotzdem ist es als Einstieg in die Beschäftigung mit Geschlecht und Recht immer noch erhellend, Statistiken über die Repräsentation von Frauen in juristischen Berufen anzuschauen; Biographien vergessener Juristinnen zu lesen;<sup>64</sup> zu untersuchen, wie Frauen, Männer und ethnische oder sexuelle Minderheiten in juristischen Prüfungsfällen vorkommen;<sup>65</sup> oder sich zu fragen, weshalb Jurastudentinnen, die mit besseren Abiturnoten ins Studium eingestiegen waren, die Universität im Durchschnitt mit signifikant und unerklärlich schlechteren Examennoten verlassen als Studenten.<sup>66</sup>

Wer dann mehr über die Hintergründe wissen will, dem seien die Fachzeitschrift „Streit“ oder das Stu-

dienbuch „Feministische Rechtswissenschaft“<sup>67</sup> empfohlen. Laden Sie doch eine\*n der Autor\*innen des Studienbuchs zu einem Studientag ein – Sie erhalten die Chance, Ihren Blick auf das Recht kritisch zu schärfen. Auf [www.feministischer-juristinnentag.de](http://www.feministischer-juristinnentag.de) erfahren Sie, wie Sie am zweiten Mai-Wochenende an kritischen Rechtsdebatten aus feministischer Sicht teilnehmen können. Solche Diskussionen könnten dabei helfen, die – zum Teil sehr emotional geführte<sup>68</sup> – Diskussion um Geschlecht und Recht zu versachlichen. Denn für Jurist\*innen muss es eine zentrale Frage sein, ob das Recht sein Versprechen von Gleichheit und Unabhängigkeit wirklich einhalten kann. Wie kann dies in einer vergeschlechtlichten gesellschaftlichen Umgebung gelingen?

63 List/Studer-Benhabib, Denkverhältnisse. Feminismus und Kritik, 1989, S. 454 ff; vgl. auch Sackssofsky, ZRP 2001, 413, 416.

64 Röwekamp, Juristinnen, 2005.

65 Pabst/Slupik, KJ 1977, 242; Forschungsprojekt von Valentiner, (Geschlechter)Rollenstereotype in juristischen Ausbildungsfällen (2017); Chebout/Gather/Valentiner, djBZ 2016, S. 190 ff; siehe auch den Blog „Juristenausbildung – üble Nachlese“, <https://juristenausbildung.tumblr.com/>. [Stand: 29.08.17].

66 Towfigh/Traxler/Glückner, Zeitschrift für Didaktik der Rechtswissenschaft 2014, 8 ff; Hinz/Röhl, JZ 2016, 874 ff.

67 Folianty/Lembke, Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Aufl., 2012.

68 Z.b. Adomeit, NJW 2005, 721; Picker, JZ 2003, 540.