

Fehlende Intradisziplinarität als Bremse des (Antidiskriminierungs-) Rechts? Feministische Rechtswissenschaft und der intradisziplinäre Blick¹

Valentina Chiofalo

Im Studium lernen wir als erstes die Rechtswissenschaft streng in Rechtsgebiete zu unterteilen. Gleichzeitig berühren alle Sachverhalte grundrechtsrelevante Lebensbereiche. Es wird somit schnell sichtbar, dass diese Trennung an ihre Grenzen stößt und ein zu enger Blick eine sachgerechte Lösung erschwert. Denn das Verfassungsrecht stoppt nicht, wenn das Zivilrecht beginnt, sondern durchzieht unsere gesamte Rechtsordnung, unser Leben. Klassischerweise zugeordnet wird das Verfassungsrecht freilich dem öffentlichen Recht und findet mindestens über die Rechtsfigur der mittelbaren Drittwirkung Einzug in die Zivilrechtsprechung. Sowohl dogmatische wie auch theoretische Begründungsversuche, das Privatrecht streng vom öffentlichen Recht zu trennen, scheitern immer wieder. Dies ändert jedoch nichts an der gelebten Praxis, die die Zivilrechtsprechung streng vom öffentlich-rechtlichen Rechtsweg abgrenzt.

Die These meines Beitrags ist, dass feministische Rechtswissenschaft ein Mittel ist, um die Divergenz zwischen der schwer zu begründenden Trennung und der Realität vor Gerichten zu überwinden. Denn feministische Rechtswissenschaft kann den intradisziplinären Blick fördern, eine rechtsgebietsübergreifende Rechtsprechung somit erleichtern. Die feministische Rechtswissenschaft kann keinem spezifischen Rechtsgebiet zugeordnet werden, sondern ist eine Perspektive auf das Recht in seiner Gänze. Sie ist somit der Natur nach intradisziplinär. Exemplarisch für fehlende intradisziplinäre Kompetenzen dient mir ein Urteil des Landgerichts Berlin.² Eine Frau sonnte sich „oben ohne“ auf einem öffentlichen Wasserspielplatz, woraufhin sie vom lokalen Sicherheitsdienst und der Polizei aufgefordert

1 Vielen Dank an *Eva Maria Bredler* und *Mattis Leson* für die klugen Anmerkungen, den anregenden Austausch, die Hilfe beim roten Faden finden. Außerdem möchte ich an dieser Stelle auf alle feministischen Rechtswissenschaftler:innen der letzten Jahre und Jahrzehnte verweisen und mich für die inspirierenden, mutigen und gewinnbringenden Arbeiten bedanken.

2 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22.

wurde, sich zu bekleiden. Gestützt auf das Landesantidiskriminierungs-gesetz (LADG) legte die betroffene Frau aufgrund einer Diskriminierung beim Landgericht Berlin Klage ein – und scheiterte. Statt das LADG im Lichte von Art. 3 Abs. 3 GG auszulegen, bleibt das Gericht zu sehr in der eigenen zivilrechtlichen Logik verhaftet und verkennt vorgetragene verfas-sungsrechtliche Erwägungen.

Schlussendlich plädiere ich dafür, die feministische Rechtswissenschaft in den Kanon des Rechtswissenschaftsstudiums zu integrieren und unab-hängig von der universitären Ausbildung ein „Feminist Mainstreaming“ voranzutreiben. Denn intradisziplinäres Arbeiten ist eine Kompetenz, die erlernt werden muss und der Rechtswissenschaft zum Abbau intradiszipli-närer Hürden behilflich ist. Um meine These zu begründen, frage ich mich zu Beginn, wie das öffentliche Recht und Privatrecht zueinanderstehen (unter A.) und betrachte anschließend die Grundzüge der feministischen Rechtswissenschaft (unter B.). Als praktisches Anwendungsbeispiel dient mir das erwähnte Urteil des Landgerichts Berlin (unter C.). Den Abschluss bietet einen Blick in die Zukunft, da die breite Anwendung von feministi-scher Rechtswissenschaft zu einer gesteigerten Intradisziplinarität führen kann (unter D.).

A. Problemaufriss: Intradisziplinäre Hürden in der Rechtsprechung

Öffentliches Recht und Privatrecht, so wird es zumindest in der universi-tären Ausbildung gelehrt, sind voneinander abzutrennen, wahlweise nach der Interessentheorie, nach der Subordinations- beziehungsweise Subjek-tionstheorie, der Sonderrechtstheorie und modifizierten Subjektstheorie.³ Alle diese Ansätze stoßen immer wieder auf ihre Grenzen, alle weisen Ausnahmen auf. Trotz Abgrenzungsproblemen wird eine kategoriale Unter-scheidung der Teilrechtsordnungen suggeriert (unter I.), sie bleibt gelebte Wirklichkeit (unter II.).

3 Isabel Lischewski, in: Chiofalo, Valentina/Kohal, Jaschar/Linke, Louisa (Hrsg.), Staats-organisationsrecht, 2022, 47 ff.

I. Die starre Trennung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht kann nicht begründet werden ...

Dass die Trennung zwischen Privat- und öffentlichem Recht immer wieder auf ihre Grenzen stößt, ist keine neue Debatte – erst 2019 war das Verhältnis zwischen den Rechtsgebieten Thema der Staatsrechtslehrertagung.⁴ Dabei ist eine starre Unterscheidung weder rechtstheoretisch noch dogmatisch haltbar.⁵ Nichtsdestotrotz orientiert sich die Rechtswissenschaft anhand dieser Unterteilung, mindestens Bequemlichkeit und Beharrung stehen einer neuen Systematisierung entgegen.⁶ Konsequenz dieser Unterscheidung ist eben auch ein gewisses Selbstverständnis der Disziplinen, eine gedankliche wie auch räumliche Aufteilung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Disziplinäre Verständnisse setzen unserer Rechtsprechung somit inhärente Grenzen, und zwar auch dann, wenn der Zivil- und Verwaltungsrechtsweg als gleichwertig normiert ist,⁷ da die Teilrechtsordnungen einer internen Dogmatik und Logik folgen – es gibt eigene Regeln, eigene Begriffe, eigene Ziele, eigene Figuren.⁸

4 Siehe Sacksofsky, Ute (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht*, VVDStRL 79, 2020; für einen historischen Überblick: *Dieter Grimm*, *Verfassung und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, 2017.

5 Siehe dazu ausführlich: *Alexander Somek*, *Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?*, in: Sacksofsky (Fn. 4), 7 (7 ff., 17 m.w.N.); *Julian Krüper*, *Kategoriale Unterscheidung von Öffentlichem Recht und Privatrecht?*, in: Sacksofsky (Fn. 4), 43 (48 m.w.N.); *András Jakab/Lando Kirchmair*, *Die Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht als genetischer Fehler in der DNA kontinentaler Rechtsordnungen*, *Der Staat* 2019, 345 (347 ff.).

6 Vgl. *Matthias Jestaedt*, *Die Dreiteilung der juristischen Welt – Plädoyer für ihre intradisziplinäre Relationierung und Relativierung*, in: Bruns, Alexander/Kern, Christoph/Münch, Joachim/Piekenbrock, Andreas/Stadler, Astrid/Tsikrikas, Dimitrios (Hrsg.), *Festschrift für Rolf Stürner*, 2013, 917 (929); *Dominik Schäfer*, *Intradisziplinäre Rechtswissenschaft im Überschneidungsbereich von öffentlichem Recht und Privatrecht*, in: Christandl, Gregor/Laimer, Simon et. al. (Hrsg.), *Intra- und Interdisziplinarität im Zivilrecht*, 2017, 257 (259). *Krüper* vertritt dagegen die These, dass die kategoriale Unterscheidung Zweifel an der Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz mindern würde, siehe *Krüper* (Fn. 5), 69 ff.

7 Eine a.A. deutet an: *Somek* (Fn. 5), 17.

8 Zu den Schlüsselthemen des Privatrechts und des öffentlichen Rechts siehe beispielsweise *Eberhard Schmidt-Aßmann*, *Öffentliches Recht und Privatrecht: Ihre Funktionen als wechselseitige Auffangordnungen – Einleitende Problemskizze*, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, 1996, 7 (16 ff.).

II. ... und bleibt trotzdem gelebte Wirklichkeit

Die Trennung ist somit gelebte Wirklichkeit, sei es in der Universität oder der Praxis.⁹ In den Worten von *Julian Krüper* bleibt die Unterscheidung zwischen den Rechtsgebieten kategorial geläufig, wenn sie „vorausgesetzt und gelehrt [wird], es wird formell, materiell und institutionell mit ihr argumentiert, sie prägt juristische Identitäten, und sie wird immer wieder reproduziert: in Fakultätsstrukturen, Lehrstuhldenominationen, Venien, Publikationsformaten, Fachgesellschaften und so fort.“¹⁰ Es bringt folglich wenig, die Unterscheidung grundlegend in Frage zu stellen. Stattdessen wird vor allem im öffentlichen Recht vertreten, die beiden Rechtsgebiete als gegenseitige Auffangordnungen zu verstehen.¹¹ Denn öffentliches Recht und Privatrecht bedingen sich durch wechselseitige materielle Einflüsse und stehen in einer Austauschbewegung zueinander.¹² Prämisse der Auffangidee ist, die Eigenständigkeit der Teilrechtsordnungen zu akzeptieren, gleichzeitig aber eine Offenheit gegenüber des jeweils anderen zu bewahren.¹³

Die Auffangidee wird im Privatrecht noch weniger breit vertreten als im öffentlichen Recht.¹⁴ Dieses „Rezeptionsdefizit“¹⁵ wirkt sich mitunter auch auf die Rechtsprechung aus. Die Unterscheidung der Rechtswege kann somit ein relevanter Faktor für den Ausgang eines Verfahrens sein, insbesondere dann, wenn verfassungsrechtliche Wertungen entscheidungserheblich sind. Das Verfassungsrecht ist freilich dem öffentlichen Recht zuzuordnen, es besteht demnach eine naturgemäße Nähe zu öffentlich-rechtlichen Fachgerichten. In die Zivilrechtsprechung strahlen Grundrechte als objektive Wertordnung aus,¹⁶ es besteht zumindest über die Rechtsfigur der mittelbaren Drittwirkung Raum für verfassungsrechtliche Erwägungen. Inwiefern die Denkglogik des öffentlichen Rechts, die dogmatischen und theoretischen Strukturen in der Grundrechtsanwendung stärker berücksichtigt werden,¹⁷ entscheidet sich mitunter an der Frage, welcher Rechtsweg eröffnet ist.¹⁸

9 *Somek* (Fn. 5), 17.

10 *Krüper* (Fn. 5), 61.

11 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 8), 7 ff.

12 *Grimm* (Fn. 4), 30 ff.; *Krüper* (Fn. 5), 52.

13 *Schmidt-Aßmann* (Fn. 8), 7 ff.

14 *Schäfer* (Fn. 6), 260.

15 *Schäfer* (Fn. 6), 260.

16 BVerfG, Urteil vom 17.8.1958, 1 BvR 400/51, ECLI:DE:BVerfG:1951:rs:19580115.1b-vr040051, Rn. 20 ff., BVerfGE 7, 198 – Lüth.

Im Antidiskriminierungsrecht wird die Komplexität noch dadurch gesteigert, dass es sich dabei um ein Rechtsgebiet „im Werden“ handelt, welches eigene dogmatische Figuren und bereichsspezifische Regeln verwendet.¹⁹ Gegenstand des Antidiskriminierungsrechts ist sowohl ein Nichtdiskriminierungsrecht wie auch ein Gleichstellungsrecht.²⁰ Wegbereiter des Antidiskriminierungsrechts waren Interventionen feministischer Rechtswissenschaftler:innen, die sich für eine materiale Interpretation des Art. 3 Abs. 2 GG stark machten.²¹ Es steht somit eine inhaltliche Nähe zum öffentlichen Recht, die Regelungen sind jedoch in der Regel im Zivilrecht kodifiziert.²² Im rechtlichen Kampf gegen Diskriminierung hilft es mithin wenig, wenn gleiche Rechte auf dem Papier gewährt werden, aber nicht durchzusetzen sind.²³ Progressive Rechtsentwicklung alleine reicht nicht aus, da das Gesetz im Einzelfall durch die Fachgerichte angewandt werden muss. Die verfassungsrechtliche Maßstabsbildung sowie Vorgaben aus dem Unionsrecht (wie beim AGG) sind dabei in der Rechtsauslegung unerlässlich.²⁴ Ob ich aus einer privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Brille auf einen diskriminierungssensiblen Fall blicke, prägt jedoch meinen disziplinarischen Zugang, mein Verständnis – und im Zweifel mein Ergebnis.²⁵

17 Vgl. *Sophie Schöneberger*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, in: Sacksofsky (Fn. 4), 291 (292 f.): „[...] Rechtsprechung orientiert sich in der Anwendung der Grundrechte in weiten Teilen nur sehr lose an eigenen oder von der Wissenschaft entwickelten dogmatischen und theoretischen Strukturen.“

18 Vgl. *Schmidt-Aßmann* (Fn. 8), 14: „Verfassungskonkretisierung steht folglich nicht in der Alleinverantwortung der Fachvertreter des öffentlichen Rechts, sondern geht ebenso die Privatrechtswissenschaft an. Konkretisierung kann ohne genau Kenntnis des jeweiligen Rechtsgebiets [...] nicht vorgenommen werden und ist daher auf eine an der Verfassung ausgerichtete intradisziplinäre Grundlagenarbeit aller juristischen Fachrichtungen angewiesen.“; *Anna Katharina Mangold*, Von Homogenität zu Vielfalt. Die Entstehung von Antidiskriminierungsrecht als eigenständigem Rechtsgebiet in der Berliner Republik, in: Duve, Thomas/Ruppert, Stefan (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Berliner Republik*, 2018, 461 (491 f.).

19 Siehe dazu grundlegend: *Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad* (Hrsg.), *Handbuch Antidiskriminierungsrecht: Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte*, 2022; *Mangold* (Fn. 18), 484 ff.

20 *Mangold* (Fn. 18), 464.

21 Siehe dazu B. I.

22 Siehe dazu beispielsweise das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) oder das Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG).

23 Vgl. z.B. *Anna Katharina Mangold*, Mehrdimensionale Diskriminierung – Potentiale eines materialen Gleichheitsverständnisses, RPhZ 2016, 152 (161 ff.).

24 *Mangold* (Fn. 18), 465 ff.

25 Vgl. *Mangold* (Fn. 18), 491 f.

B. Was bietet feministische Rechtswissenschaft?

Ich argumentiere, dass feministische Rechtswissenschaft uns ein Mittel bietet, diese gedankliche Spaltung zwischen den Rechtsgebieten stärker zu hinterfragen und intradisziplinäre Kompetenzen aufzubauen. Dies lässt sich vor allem auf die Arbeitsweise der feministischen Rechtswissenschaft zurückführen (unter III.). Doch was hat es mit der feministischen Rechtswissenschaft auf sich? Den Einstieg in das Themenfeld bietet das folgende Zitat von *Virginia Woolf*:

Wenn ein Thema jedoch höchst umstritten ist – und das ist jede Frage, bei der es um die Geschlechter geht –, kann man nicht hoffen, die Wahrheit zu sagen. Man kann lediglich zeigen, wie man zu seiner Meinung gekommen ist, welche es auch immer sein mag. Man kann seiner Zuhörerschaft nur die Möglichkeit geben, ihre eigenen Schlussfolgerungen zu ziehen, wenn sie die Grenzen, die Vorurteile und Eigenarten der Vortragenden bemerken.²⁶

Dieses Zitat zeigt uns, wieso die feministische Rechtswissenschaft heute immer noch erklärungs- und rechtfertigungsbedürftig ist.²⁷ Denn es geht um geschlechtliche Hierarchisierungen, um Macht²⁸ – aber auch um eine Subjektivität²⁹, die selbst eingenommen wird, aber eben auch aufgedeckt werden soll. Denn eine der großen Leistungen der feministischen Rechtswissenschaft ist es, dazu beizutragen den Mythos des objektiven Rechts³⁰ weiter zu dekonstruieren und rechtlich zu erfassen (unter I.).

26 *Virginia Woolf*, Ein Zimmer für sich allein, 2019, 6 f.

27 So *Ute Sacksofsky* in ihrer Antrittsvorlesung 2001, wiederholt von *Anna Katharina Mangold* in ihrer Antrittsvorlesung 2023: *Ute Sacksofsky*, Was ist feministische Rechtswissenschaft?, ZRP 2001, 412.

28 Die feministische Rechtswissenschaft entwickelte sich die letzten Jahrzehnte durchaus weiter. Wurde zu Beginn noch vor allem die sog. „Frauenfrage“ gestellt, entwickelte sich die Debatte weiter in Richtung „Geschlechterfrage“, die sich bestenfalls intersektional verortet. Siehe dazu *Susanne Baer/Sarah Elsumi*, Feministische Rechtstheorie, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie, 296 (296 ff.).

29 Zum Vorwurf des Politischen siehe *Pola Maria Brünger*, Der Vorwurf des Politischen. Vorverständnisse in der Rezeption feministischer Rechtswissenschaft, in: Dux, Elisabeth/Groß, Johanna/Kraft, Julia/Militz, Rebecca/Ness, Sina (Hrsg.), FRAUEN. MACHT. RECHT., 2023, 183.

30 Zur Objektivität im Recht siehe beispielsweise *Eva Kocher*, Die Position der Dritten. Objektivität im bürgerlichen Recht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 2019, 403; sowie *Sué González Hauck*, Weiße Deutungshoheit statt Objektivität: Der ‚objektive Dritte‘

I. Dogmatisierungsleistung: materiale Gleichheit

Eine der großen Errungenschaften der feministischen Rechtswissenschaft ist die Dogmatisierung des Antidiskriminierungsrechts, das maßgeblich von einem weiten Gleichheitsverständnis geprägt ist. Zuvörderst sind *Ute Sacksofsky* sowie *Susanne Baer* zu nennen, die mit ihren Dissertationen in den 90er Jahren einen material-asyymetrischen Gleichheitsbegriff dogmatisch herleiteten. *Sacksofsky* etablierte den besonderen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 2 GG als Dominierungsverbot,³¹ *Baer* als Hierarchisierungsverbot.³² Bis heute ist umstritten, inwiefern Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG³³ ein formal-symmetrisches oder material-asyymetrisches Gleichheitsverständnis beinhalten. Nach der formalen Lesart ist beispielsweise jede rechtliche Verwendung des Merkmals „Geschlecht“ grundsätzlich verboten.³⁴ Dahinter steht die prinzipielle Annahme, dass alle Menschen faktisch gleichgestellt sind, jede Ungleichbehandlung somit ein rechtfertigungsbedürftiger Sonderfall ist. Ein materiell-asyymetrisches Gleichheitsverständnis nach *Sacksofsky* und *Baer* geht von einer anderen Prämisse aus: Menschen werden nicht zufällig diskriminiert, sondern aufgrund gesellschaftlicher Strukturen besteht für gewisse Personen eine höhere Wahrscheinlichkeit, von Ungleichbehandlungen betroffen zu sein. Hauptunterschied der beiden Gleichheitsverständnisse liegt in der Frage, ob positive/proaktive Maßnahmen zulässig sind. Nach einem rein formalen Verständnis von Gleichheit ist proaktives Gleichstellungsrecht grundsätzlich nicht zu begründen. Denn jede positive Maßnahme stellt auch einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot der jeweils anderen Gruppe dar: Fördermaßnahmen für Frauen würden sich diskriminierend auf Männer auswirken und seien daher gar nicht oder nur begrenzt zulässig.³⁵ Um strukturellen Nachteilen entgegen-

und die systematische Abwertung rassismuserfahrener Perspektiven, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2022, 153.

31 *Ute Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. 1996, 312 ff.

32 *Susanne Baer*, Würde oder Gleichheit?, 1995, 221 ff.

33 Mittlerweile wird diese materiale Lesart auf die anderen Kategorien aus Art. 3 Abs. 3 S.1 GG ausgeweitet, siehe *Ute Sacksofsky*, in: Herdegen, Matthias/Masing, Johannes/Poscher, Ralf/Gärditz, Ferdinand (Hrsg.), Handbuch Verfassungsrecht, 2021, § 19, Rn. 142 ff.; *Susanne Baer/Nora Markard*, in: von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian/Huber, Michael/Voßkuhle, Andreas (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3 Rn. 421 und 426 ff.

34 *Sacksofsky* (Fn. 33), Rn. 110 ff.

35 *Sacksofsky* (Fn. 33), Rn. 125. In welchem Umfang positive Maßnahmen schlussendlich verfassungskonform sind, hängt natürlich vom Einzelfall ab und inwiefern struk-

wirken zu können, ist eine materiale Auslegung des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG grundsätzlich auch für positive Maßnahmen geöffnet.³⁶

Zwar ist ein material-asymmetrisches Gleichheitsverständnis in der Literatur umstritten, das Bundesverfassungsgericht selbst legte jedoch bereits 1992 seinem Urteil zum *Nachtarbeitsverbot*³⁷ einen solchen Gleichheitsbegriff zugrunde.³⁸ Nachtarbeit war für Frauen pauschal verboten – begründet wurde dies damit, dass weibliche Arbeiterinnen wegen ihrer körperlichen Konstitution stärker unter Nachtarbeit litten als männliche Arbeitnehmer. Das BVerfG sah dies nicht mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar – und das, obwohl Studien darauf hinwiesen, Frauen würden mehr unter Nachtarbeit leiden als Männer. Dies ergebe sich allerdings aus der parallelen Erziehungsarbeit und den verfestigten Rollenbildern.³⁹ Ein solches materiales Verständnis wiederholte das Gericht zuletzt in der *Triage*-Entscheidung anhand von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, indem es staatliche Benachteiligungen als „Unterscheidungen mit benachteiligender Wirkung“ definierte, und den

turelle Benachteiligungen überhaupt berücksichtigt werden (können). Je nach Auffassung wird dann ein engerer Bezug zwischen der gewählten Maßnahme und dem auszugleichenden Nachteil verlangt. Siehe beispielsweise *Uwe Kischel*, in: Epping, Volker/Hillgruber, Christian (Hrsg.), BeckOK GG, 55. Ed. 2023, Art. 3 Rn. 196 ff.

36 *Baer/Markard* (Fn. 33), Art. 3 Abs. 3 Rn. 421 und 426 ff; *Sacksofsky* (Fn. 33), Rn. 126 m.w.N.

37 BVerfG, Urteil vom 20.1.1992, 1 BvR 1025/84, ECLI:DE:BVerfG:1992:rs:19920128.1bvr102584, BVerfGE 85, 191 – Nachtarbeitsverbot; siehe weiterführend *Cara Röhner*, *Ungleichheit und Verfassung*, 2019, 187 ff.

38 Das Bundesverfassungsgericht spricht bei den speziellen Gleichheitssätzen häufig von einem „grundsätzlichen Anknüpfungsverbot“; jede rechtliche Anknüpfung an ein verpöntes Merkmal sei demnach eine relevante Differenzierung. Siehe z.B. BVerfG, Urteil vom 18.12.1953, 1 BvL 106/53, Rn. 39, BVerfGE 3, 225 – Gleichberechtigung; BVerfG, Beschluss vom 12.2.2003, 2 BvR 709/99, Rn. 47, BVerfGE 107, 257 – Beamtenbesoldung Ost II; BVerfG, Urteil vom 14.3.2000, 1 BvR 284, 1659/96, ECLI:DE:BVerfG:2000:rs20000314.1bvr028496, Rn. 40, BVerfGE 102, 41 – Kriegsbeschädigtengrundrechte; BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 53 – Nachtarbeitsverbot. Die Rechtsprechung des BVerfG ist dabei nicht eindeutig. In der Kommentarliteratur wird häufig von einem Anknüpfungs- oder einem Begründungsverbot gesprochen. Siehe *Hans D. Jarass*, in: ders./Piero, Bodo/Kment, Martin (Hrsg.), GG, 17. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 136; *Kischel* (Fn. 35), Art. 3 Rn. 212; *Christine Langenfeld*, in: Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), GG, 2023, Art. 3 Abs. 2 Rn. 25 f. und Abs. 3 Rn. 20 ff.; *Sigrid Boysen*, in: von Münch, Ingo/Kunig, Philip (Hrsg.), GG, 2021, Art. 3 Rn. 125 ff.; *Werner Heun*, in: Dreier, Horst (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2013, Art. 3 Rn. 120 ff.; *Heike Krieger*, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Henneke, Hans-Günter (Hrsg.), GG, 15. Aufl. 2022, Art. 3 Rn. 55 ff.

39 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 57 ff. – Nachtarbeitsverbot.

„Ausschluss von Entfaltungs- und Betätigungsmöglichkeiten“ in den Anwendungsbereich miteinbezog.⁴⁰

II. Arbeitsweise: Das Recht in seiner Gänze betrachten

Um meine These weiter auszuführen, muss ich auf die Arbeitsweise der feministischen Rechtswissenschaft eingehen: Feministische Rechtswissenschaft betrachtet die Rechtswirklichkeit.⁴¹ Denn die normative Rechtssetzung (*law in the books*) alleine sagt wenig über die Lebensrealitäten von Frauen und marginalisierten Gruppen (*law in action*).⁴² Da der Alltag vor allem durch das einfache Recht ausgestaltet wird, müssen kritische öffentlich-rechtliche Jurist:innen, wenn sie beispielsweise Geschlechtsdimensionen betrachten wollen, das einfache Recht kennen und verstehen. Nur so sind die Effekte, die ein Gesetz auf eine Gruppe haben könnte, nachzuvollziehen.⁴³

Gleichzeitig sind für feministisch Privatrechtler:innen verfassungsrechtliche Maßstäbe unerlässlich. Immerhin bietet das Verfassungsrecht (und im weiteren Sinne auch das Unions- und Völkerrecht) die einschlägigen Argumente, um das emanzipatorische Potenzial des Rechts zu entfalten. Über verfassungsrechtliche Bestimmungen kann das Recht als Gestaltungsinstrument geschärft und bestehende Machtasymmetrien offengelegt werden. Als antidiskriminierungsrechtlich verständige Zivilrechtler:in muss ich somit, um mein Argument beispielsweise im Anwendungsbereich des Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) oder des Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG) besser entfalten zu können, auf die verfassungs-, europa- und/oder völkerrechtlichen Diskriminierungsverbote zurückgreifen. Dem stehen in der Regel andere verfassungsrechtliche Güter gegenüber – sei es die allgemeine Handlungsfreiheit, die Meinungsfreiheit oder das Eigentumsrecht. Die unterschiedlichen grundrechtlichen Rechtspositionen müssen miteinander abgewogen werden, die jeweilige dogmatische Systematik bietet dabei freilich die Grundlage. Das Verfassungsrecht stellt das relevante

40 BVerfG, Beschluss vom 16.12.2021, 1 BvR 1541/20, ECLI:DE:BVerfG:2021:rs20211216.1bvr154120, Rn. 93, BVerfGE 160, 79 – Triage.

41 Baer/Elsuni (Fn. 28), 296; Autor/innenkollektiv, Einleitung, in: Foljanty, Lena/Lembke, Ulrike (Hrsg.), Feministische Rechtswissenschaft. Ein Studienbuch, 2. Aufl. 2012, 25 f.

42 Grundlegend Roscoe Pound, Law in Books and Law in Action, American Law Review 1910, 12.

43 Andrea Büchler/Michelle Cottier, Legal Gender Studies, 2012, 53 ff.

Bezugssystem dar, egal in welche Richtung argumentiert werden muss. Dadurch verschwimmen kategoriale Grenzen, Intradisziplinarität wird somit gefördert.

C. Das Plansche-Urteil – Antidiskriminierung gone wrong

Was passieren kann, wenn ein antidiskriminierungsrechtlich sensibler Fall vor einem Zivilgericht verhandelt wird, zeigt uns das Landgericht Berlin (Zivilkammer, Vorsitzende Richterin als Einzelrichterin) im September 2022.⁴⁴ Das Gericht schafft es vorliegend nicht, die verfassungsrechtlichen Wertungen aus Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG entsprechend anzuwenden, bleibt zu stark in der eigenen zivilrechtlichen Logik verhaftet. Strittig war, inwiefern die Mitarbeiter:innen eines (Wasser-)Spielplatzes (Plansche) und/oder die Polizei die Klägerin auffordern durften, sich „obenrum“ zu bekleiden – oder ob es sich dabei um eine Diskriminierung im Sinne des Landesantidiskriminierungsgesetzes (LADG) handelt. Beklagte des Rechtsstreits ist das Land Berlin. Das Gericht verneint einen Anspruch, da es keine Diskriminierung (§§ 2, 4 LADG) erkennen konnte. Dabei bedient sich das Gericht zwei rechtlichen Argumentationslinien: So bestehe erstens bereits keine Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts und zweitens sei diese, wenn man vom Gegenteil ausginge, nach § 5 LADG gerechtfertigt. Zu Beginn soll der konkrete rechtliche Rahmen des LADG dargestellt werden (unter I.), bevor sich mit der Argumentation des Landgerichts (unter II.) befasst wird. Zum Schluss erfolgt eine kritische Würdigung (unter III.).

I. Einordnung in das Landesantidiskriminierungsgesetz

Eine Besonderheit des Falls liegt darin, dass in Berlin seit 21. Juni 2020 das LADG in Kraft ist. Das Gesetz normiert ein umfassendes Diskriminierungsverbot für das öffentlich-rechtliche Handeln des Landes Berlin. Das LADG richtet sich somit nicht an Private, sondern an die öffentli-

44 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22. Das Urteil ist nicht rechtskräftig. In der Berufungsverhandlung am 29. September 2023 ist es vor dem Berliner Kammergericht zu keinem Urteil gekommen.

che Hand.⁴⁵ Bei einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung (Diskriminierung) hat der/die jeweils Betroffene einen Anspruch auf Schadensersatz und Entschädigung (§ 8 Abs. 1 und Abs. 2 LADG).

Nach § 2 LADG darf kein Mensch im Rahmen öffentlich-rechtlichen Handelns auf Grund des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, einer rassistischen und antisemitischen Zuschreibung, der Religion und Weltanschauung, einer Behinderung, einer chronischen Erkrankung, des Lebensalters, der Sprache, der sexuellen und geschlechtlichen Identität sowie des sozialen Status diskriminiert werden. Eine Diskriminierung liegt u.a. vor, wenn eine Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt ist, sie also nach § 5 Abs. 1 LADG nicht auf einen hinreichend sachlichen Grund beruht. Da nicht jede Ungleichbehandlung anhand des gleichen Maßstabs zu rechtfertigen ist, greift § 5 Abs. 1 LADG auf eine generelle Formulierung zurück. Der Maßstab des sachlichen Grundes ist dann im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus Art. 3 Abs. 1 bis 3 GG auszulegen.

II. Das Urteil des Landgerichts Berlin

1. Sachverhalt

Die Klägerin besuchte mit ihrem damals sechsjährigen Kind am 20. Juni 2021 die sogenannte „Plansche“ im Plänterwald/Berlin und sonnte sich mit freiem Oberkörper. Bei der Plansche handelt es sich um einen (Wasser-)Spielplatz mit Liegewiese. Im Zuge dessen wurde sie vom lokalen Sicherheitsdienst und der Polizei aufgefordert, sich „obenrum“ zu bekleiden. Die Klägerin verließ daraufhin die Plansche und ist der Ansicht, durch die Aufforderung der Beschäftigten und der Polizei gemäß §§ 2, 4 LADG diskriminiert worden zu sein. Gerichtlich begehrt sie vom Land Berlin Entschädigung gemäß § 8 LADG in Höhe von mindestens 10.000 €. Demgegenüber wendet das Land Berlin ein, es liege keine Ungleichbehandlung vor, jedenfalls bestehe aber eine Rechtfertigung.⁴⁶

45 Anders als beim AGG oder beim EntgTranspG entfallen dadurch viele strittige Punkte bezüglich der Bindungswirkung des Antidiskriminierungsrechts gegenüber Privaten. Siehe dafür *Ferdinand Gärditz*, in: Mangold/Payandeh (Fn. 19), § 4.

46 Die Streitigkeiten um den Anwendungsbereich des LADG werden an dieser Stelle ausgespart, gleiches gilt für Fragen einer Rechtsgrundlage. Siehe dazu ausführlich: GFF, Berufungsbegründungsschrift vom 18.11.2022, 9 f., https://freiheitsrechte.org/uploads/documents/Gleiche-Rechte/Plansche/Berufungsbegrueundungsschrift_final_

2. Darstellung der Urteilsgründe

Das Gericht wies die Klage als unbegründet zurück. Aufgrund der offensichtlichen Geschlechtsunterschiede liege bereits keine Ungleichbehandlung vor (unter a). Selbst wenn dies anders bewertet werde, sei eine solche Differenzierung über das geschlechtliche Schamgefühl und das elterlicher Erziehungsrecht gerechtfertigt (unter b).

a) Fehlende Ungleichbehandlung: offensichtliche Unterschiede der Geschlechter

Die Frage, ob eine Person aufgrund einer spezifischen Zuschreibung ungleich behandelt wurde, stellt die erste Prüfungsstufe im Rahmen der Diskriminierungsverbote dar. Laut Gericht sei jedoch bereits keine Ungleichbehandlung ersichtlich. Die Klägerin habe weder vorgetragen, anders als andere anwesende Frauen behandelt worden zu sein, noch ergebe sich eine Differenzierung gegenüber den anwesenden Männern. Das Gericht führt knapp aus, „dass bei an Art. 3 GG orientierter Auslegung nicht in jedem Falle untersagt ist, geschlechtliche Unterschiede Anlass für unterschiedliche Behandlung sein zu lassen.“⁴⁷ Eine fehlende Ungleichbehandlung ergebe sich aus den „offensichtlichen Unterschieden“ der Geschlechter.⁴⁸

b) Rechtfertigung: geschlechtliches Schamgefühl und Erziehungsrecht

Trotz der verneinten Ungleichbehandlung befasst sich das Gericht mit einer möglichen Rechtfertigung. Unter Berücksichtigung von Art. 3 Abs. 2 GG dürfe der vorhandene geschlechtliche Unterschied bei rechtlicher Bewertung nicht als solcher handlungsbestimmend sein. Da ein sachlicher Grund für die „Ungleichbehandlung des Ungleich“⁴⁹ vorliege, sei diese im Sinne von § 5 Abs. 1 LADG gerechtfertigt. Zur Auslegung, was einen sachlichen Grund darstellen kann, bedient sich das Gericht laut eigener Aussage dem Gesetzesziel und den in ähnlichen Gesetzen entwickelten

anonymisiert.pdf (zuletzt abgerufen am: 17.08.2023). Zusätzlich möchte ich an dieser Stelle die Anwältin der Klägerin, RAin Leonie Thum, erwähnen.

47 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5.

48 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5.

49 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5.

Grundsätzen, den allgemein geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben, sowie den verfassungsmäßig geschützten Rechten aller Betroffenen.⁵⁰

Als sachliche Gründe führt das Gericht zwei an: das geschlechtliche Schamgefühl und das elterliche Erziehungsrecht. Ob das geschlechtliche Schamgefühl aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleitet wird, ist nicht klar ersichtlich, das Gericht verweist zum Schluss der Begründung nur kurz auf die allgemeine Handlungsfreiheit dritter Erwachsener (Art. 2 GG).⁵¹ Das Schamgefühl sei zumindest dann tangiert, wenn ein nackter weiblicher Oberkörper an Orten, an denen dies nicht unbedingt zu erwarten ist, präsentiert werde. Dies führe dazu, dass andere Besucher sich aus moralischen, religiösen und sonstigen Gründen belästigt und unwohl fühlen könnten. Außerdem handle es sich bei der Plansche um einen Kinderspielplatz, daher müsse neben der allgemeinen Handlungsfreiheit dritter Erwachsener (Art. 2 GG) auch deren Recht zur Erziehung ihrer Kinder (Art. 6 GG) berücksichtigt werden, „was nach dem Dargelegten rechtmäßig zu einem Zurücktreten des Freiheitsrechts der Klägerin in diesem Bereich führen durfte.“⁵²

III. Kritische Würdigung

Das Urteil des Landgerichts Berlin kann weder in seiner Maßstababbildung noch in der Anwendung des LADGs überzeugen. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt eine unmittelbare Ungleichbehandlung vor (unter 1.), die vorliegend nicht gerechtfertigt werden kann (unter 2.). In meine Analyse beziehe ich sowohl die Berufungsbegründung der Gesellschaft für Freiheitsrechte (GFF) wie auch die offizielle Beanstandung der LADG-Ombudsstelle mit ein.⁵³

50 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5 f.

51 Es ist nicht eindeutig, ob das Gericht das geschlechtliche Schamgefühl tatsächlich Art. 2 Abs. 1 GG zuordnet oder dies als sonstigen sachlichen Grund anerkennt, vgl. LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 7.

52 Ebd.

53 So auch LADG-Ombudsstelle, Beanstandung nach § 14 Abs. 4 LADG, Diskriminierungsbeschwerde Plansche, 16.8.2021; GFF (Fn. 46), 9 f. Nach § 14 Abs. 4 LADG hat die Senatsverwaltung im Zuge des LADG eine Ombudsstelle eingerichtet. Sie unterstützt und berät mögliche Betroffene kostenfrei.

1. Differenzierung anhand sekundärer Geschlechtsmerkmale als unmittelbare Ungleichbehandlung

Zu Beginn überrascht, wie begründungsarm das Gericht eine Ungleichbehandlung ablehnt. Die Prüfung nimmt insgesamt zwei volle Sätze und einen Halbsatz in Anspruch. Die Klägerin sei zwar anders als andere Männer behandelt worden, dies ergebe sich aber aus den „offensichtlichen Unterschieden“ der Geschlechter. Daraus deduziert das Gericht, es könne keine Ungleichbehandlung vorliegen.⁵⁴

Diese knappe Ausführung wirft schlussendlich mehr Fragen auf, als sie beantwortet. Zuvörderst ist offen, was sich hinter diesen „offensichtlichen Unterschieden“ der Geschlechter verbergen mag. Wann genau sind geschlechtliche Unterschiede offensichtlich und wann nicht? Das Gericht erklärt sich nicht weiter, die Schlussfolgerung ergibt sich wohl aus einem Natürlichkeits- bzw. Normalitätsargument. Argumente, die auf das vermeintlich Natürliche und Normale verweisen, bekräftigen in der Regel bestehende gesellschaftliche Strukturen, ohne diese zu hinterfragen.⁵⁵ Statt die Differenzierung aufgrund körperlicher Attribute, die gesellschaftlich markiert sind, offenzulegen, verwendet das Gericht das LADG in einer Weise, die genau diese Wertung verdeckt. Dadurch begründet das Gericht über eine antidiskriminierungsrechtliche Regelung den konstruierten Geschlechtsunterschied und verhärtet ihn durch rechtliche Wiederholung.⁵⁶ Dies widerspricht dem Sinn und Zweck des Antidiskriminierungsrecht, das gerade geschaffen wurde, um Differenzierungen rechtlich hinterfragen zu können. Im konkreten Fall verwendet das Gericht das LADG jedoch als Argumentationsgrundlage, um eine Ungleichbehandlung zu bestätigen. Schlussendlich wird das Antidiskriminierungsrecht somit gegen sich selbst gewandt, konkret das emanzipatorische Potenzial des LADG verkannt.

Dies führt unmittelbar zur zweiten Frage: Wenn wir „offensichtliche Unterschiede“ als Ausschlussgrund für geschlechtliche Diskriminierung akzeptieren würden, wann wäre der Anwendungsbereich des verfassungsrechtlichen geschlechtlichen Diskriminierungsverbots überhaupt eröffnet? Beinahe jeder (konstruierte) geschlechtliche Unterschied kann als „offensichtlich“ verstanden werden. Immerhin bestand lange Zeit die

54 LG Berlin, Urteil vom 14.9.2022, Az.: 26 O 80/22, S. 5.

55 Siehe dazu ausführlich *Anna Katharina Mangold*, Demokratische Inklusion durch Recht, 2021, 313 ff.

56 Siehe dazu grundlegend *Laura Adamietz*, Geschlecht als Erwartung, 2011.

„herkömmliche Annahme“, dass wegen der körperlichen Konstitution eine Beschäftigung von Arbeiterinnen zur Nachtzeit verboten sein müsse (§ 19 Abs. 1 AZO) und eine Feuerwehrdienstpflicht auf Männer⁵⁷ beschränkt werden kann. All diese Regelungen wurden für verfassungswidrig und mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG unvereinbar erklärt.⁵⁸

Drittens, selbst wenn man „offensichtlich“ als „biologisch“ verstehen möchte, ist nicht geklärt, wieso dieser Fakt eine Ungleichbehandlung auf der ersten Prüfstufe ausschließen sollte. Zwar wurde zeitweise diskutiert, ob auf der Ebene der Differenzierung eine immanente Schranke anzunehmen sei, wenn der Staat anhand objektiv biologischer Kriterien unterscheidet. Damit räumte das BVerfG jedoch in seinem Urteil zum *Nachtarbeitsverbot* 1992 auf, indem es klarstellte, dass Regelungen, die aufgrund biologischer Merkmale zwischen den Geschlechtern differenzieren, zwar zulässig sein können, allerdings nur unter strengeren Bedingungen zu rechtfertigen sind.⁵⁹ Sobald sog. „geschlechtsspezifische Merkmale“ vorliegen, erhöhen sich demnach die Anforderungen an den Rechtfertigungsmaßstab für das staatliche Handeln. Geschlechtsspezifische Merkmale sind solche, die aus *biologischen* Gründen bestehen. Biologische Gründe sind dabei von *sozialen* Gründen abzugrenzen, die etwa aufgrund tradierter Rollenbilder angenommen werden.⁶⁰ Das BVerfG konkretisiert vorliegend den Rechtfertigungsmaßstab – und zwar dann, wenn biologische Unterschiede

57 So lange das baden-württembergische und bayerische Landesrecht.

58 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84 – Nachtarbeitsverbot; BVerfG, Beschluss vom 24.1.1995, 1 BvL 18/93,

ECLI:DE:BVerfG:1995:ls19950124.1bvl001893, BVerfGE 92, 91 – Feuerwehrabgabe.

59 Grundlegend BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 56, 62 – Nachtarbeitsverbot, seitdem wiederholt in BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 65 – Feuerwehrabgabe; BVerfG, Beschluss vom 25.10.2005, 2 BvR 524/01, ECLI:DE:BVerfG:2005:rs20051025.2bvr052401, Rn. 33, 37, BVerfGE 114, 357 – Aufenthaltserlaubnis.

60 1992 berief sich der Gesetzgeber darauf, dass weibliche Arbeiterinnen wegen ihrer körperlichen Konstitution stärker unter Nachtarbeit litten als männliche Arbeitnehmer. Das BVerfG sah dies nicht mit Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG vereinbar und das obwohl Studien darauf hinwiesen, Frauen würden mehr unter Nachtarbeit leiden als Männer. Dies ergebe sich allerdings aus der parallelen Erziehungsarbeit und somit verfestigten Rollenbildern: „Das für alle Arbeiterinnen geltende Nachtarbeitsverbot kann darauf aber nicht gestützt werden; denn die zusätzliche Belastung mit Hausarbeit und Kinderbetreuung ist kein hinreichend geschlechtsspezifisches Merkmal. Es entspricht zwar dem tradierten Rollenverständnis von Mann und Frau, daß die Frau den Haushalt führt und die Kinder betreut, und es läßt sich auch nicht leugnen, daß diese Rolle ihr sehr häufig auch dann zufällt, wenn sie ebenso wie ihr männlicher Partner berufstätig ist. [...] Ein solcher sozialer Befund reicht - unabhängig von der genauen Zahl der Betroffenen - zur Rechtfertigung einer geschlechtsbezogenen

anzunehmen sind. Würden genau diese Unterschiede auf der Ebene der Ungleichbehandlung als immanente Schranke gewertet werden, würde der Prüfungspunkt des „geschlechtsspezifischen Merkmals“ auf der nächsten Stufe (Rechtfertigung) ins Leere laufen. Staatliche Ungleichbehandlungen, die biologisch begründet werden, erfordern laut BVerfG eine stärkere gerichtliche Kontrolle, ein Ausschluss auf der ersten Ebene bewirkt genau das Gegenteil.

Ob Biologie im konkreten Fall eine Rolle spielt, kann bei der Ungleichbehandlung demnach offenbleiben. Das Gericht hätte vielmehr erkennen müssen, dass das Verhalten der Mitarbeiter:innen und der Polizei unmittelbar an das Geschlecht anknüpft, da die Klägerin als Frau ihre sekundären Geschlechtsmerkmale verdecken musste, die anwesenden Männer hingegen nicht. Eine Ungleichbehandlung ist somit gegeben.⁶¹

2. Rechtfertigungsmaßstab im Lichte von Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG

Für die Rechtfertigungsprüfung ist zu Beginn der Prüfungsmaßstab zu bilden. Dabei ist § 5 Abs. 1 LADG vage formuliert, wenn er selbst lediglich auf einen „hinreichenden sachlichen Grund“ verweist. Das Gericht legt diesen sachlichen Grund unter Berücksichtigung des Gesetzesziels und den in ähnlichen Gesetzen entwickelten Grundsätzen, den allgemein geltenden Grundsätzen von Treu und Glauben bei „vernünftigen einleuchtenden Erwägungen“ aus, sowie in der Abwägung die verfassungsmäßig geschützten Rechte aller Betroffenen. Was sich dahinter genau verbirgt, bleibt unklar. Vielmehr hätte § 5 Abs. 1 LADG im Lichte der verfassungsrechtlichen Maßstäbe des Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 S. 1 GG betrachtet werden müssen. Dies gelingt vorliegend nicht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind geschlechtsbezogene Ungleichbehandlungen nur ausnahmsweise zu rechtfertigen, wobei zwei Möglichkeiten denkbar sind: Den ersten weichenstellenden Maßstab formulierte das Bundesverfassungsgericht im *Nachtarbeitsverbot* 1992. Sollte dieser nicht erfüllt sein, kann eine Ungleichbehandlung über kollidierendes Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.⁶²

Ungleichbehandlung nicht aus. [...]“; BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 59 ff. – *Nachtarbeitsverbot*.

61 So auch LADG-Ombudsstelle (Fn. 53); GFF (Fn. 46), 9 f.

62 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 55, 61 – *Nachtarbeitsverbot*; BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 65 – *Feuerwehrrabgabe*; BVerfG, 25.10.2005, 2 BvR 524/01, Rn. 33, 37 –

Da das Landgericht die geschlechtlichen Unterschiede als „offensichtlich“ und somit wahrscheinlich als biologisch versteht, wäre der *Nachtarbeitsverbot*-Maßstab zu prüfen gewesen. Laut der *Nachtarbeitsverbot*-Entscheidung sind Differenzierungen dann zulässig, „soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur entweder bei Männern oder bei Frauen auftreten können, zwingend erforderlich sind.“⁶³ Dabei muss auf Forschungsergebnisse zurückgegriffen werden, sozial-stereotypische Annahmen genügen nicht.⁶⁴ Demnach sind solche staatlichen Maßnahmen abzulehnen, die „[ü]berkommene Rollenverteilungen, die zu einer höheren Belastung oder sonstigen Nachteilen für Frauen führen“ verfestigen.⁶⁵ Ein hinreichend geschlechtsspezifisches Merkmal liegt beispielsweise vor, wenn eine gesetzliche Regelung an eine Schwangerschaft (wie beispielsweise beim Mutterschutz) anknüpft, da die Schwangerschaft als biologischer Zustand grundsätzlich (aber nicht ausschließlich⁶⁶) dem weiblichen Geschlecht zuzuordnen ist.⁶⁷

Geschlechtsspezifische Merkmale liegen nicht vor, da keine wissenschaftlichen, zwingend körperlichen Gründe ersichtlich sind, weswegen ausschließlich Frauen ihre sekundären Geschlechtsteile bedecken sollten, nicht hingegen Männer. Die Wertung knüpft vielmehr an soziale Annahmen an, die die Brust einer Frau gesellschaftlich stärker sexualisiert als die Brust eines Mannes. Es liegt ein klarer Unterschied zur Situation der Schwangerschaft vor, bei der ein biologischer Zustand eintritt und besondere Schutzvorkehrungen unter Umständen gerechtfertigt sein können.

Aufenthaltsurlaubnis; *Baer/Markard* (Fn. 33), Art. 3 Abs. 3 Rn. 450, 461; *Krieger* (Fn. 38), Art. 3 Rn. 61, 73.

63 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 56 – *Nachtarbeitsverbot*; BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 65 – *Feuerwehrrabgabe*; BVerfG, 25.10.2005, 2 BvR 524/01, Rn. 33 – *Aufenthaltsurlaubnis*.

64 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 57 ff. – *Nachtarbeitsverbot*; BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 66 ff. – *Feuerwehrrabgabe*; BVerwG, Urteil vom 31.1.2002, 2 C 1.01, Rn. 18 ff.; *Krieger* (Fn. 38), Art. 3 Rn. 72.

65 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 54 – *Nachtarbeitsverbot*.

66 Auch Männer und nicht binäre Personen können schwanger werden.

67 Siehe zur Prüfung des *Nachtarbeitsverbots*-Maßstabs im Kontext des Schwangerschaftsabbruchs: *Valentina Chiofalo*, *Mutterschaft als Norm? Der Schwangerschaftsabbruch aus gleichheitsrechtlicher Perspektive*, *Kritische Justiz* 2023, 18 (21 ff.).

Eine geschlechtliche Diskriminierung kann zusätzlich über verfassungsrechtlich geschützte zwingende Gründe gerechtfertigt werden.⁶⁸ Ob das Landgericht diesen Prüfungsmaßstab anerkennt, geht aus der Begründung nicht klar hervor. Das geschlechtliche Schamgefühl der Allgemeinheit wird angeführt, welches verfassungsrechtlich wohl in Art. 2 Abs. 1 GG verortet wird.⁶⁹ So oder so handelt es sich beim geschlechtlichen Schamgefühl nicht um eine verfassungsrechtlich geschützte Position.⁷⁰ Wäre das individuelle Schamgefühl in Art. 2 Abs. 1 GG zu verorten, würde schlussendlich ein genereller Konfrontationsschutz über die allgemeine Handlungsfreiheit begründet werden.⁷¹

Und auch der blanke Verweis⁷² auf das Erziehungsrecht der anwesenden Eltern ist wenig erträglich, immerhin können Eltern ihre Kinder dahingehend erziehen wollen, eine nackte Brust von Männern und Frauen gleichermaßen als normal zu verstehen. Wenn der Staat einseitig vorgeben würde, wie Kinder inhaltlich zu erziehen seien, wäre das Erziehungsrecht der „abweichenden“ Eltern beschnitten. In solchen Konfliktfällen muss der Sinn und Zweck Art. 6 Abs. 2 GG betrachtet werden: Der Grund des Art. 6 Abs. 2 GG liegt in der Sicherung des Kindeswohls.⁷³ Es gibt jedoch keine Belege, dass die kindliche Entwicklung durch den Anblick weiblicher Brüste gefährdet werde.⁷⁴ Nach der hier vertretenen Meinung sind auch ansonsten keine verfassungsrechtlichen Gründe ersichtlich, die eine solche Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.⁷⁵

68 BVerfG, 28.1.1992, 1 BvR 1025/84, Rn. 61 – Nachtarbeitsverbot; BVerfG, 24.1.1995, 1 BvL 18/93, Rn. 65 – Feuerwehrrabgabe; BVerfG, 25.10.2005, 2 BvR 524/01, Rn. 37 – Aufenthaltserlaubnis; *Sacksofsky* (Fn. 33), Rn. 118.

69 Das Urteil ist an dieser Stelle wieder nicht eindeutig.

70 Verwaltungsgerichte befassen sich regelmäßig mit dem geschlechtlichen Schamgefühl, welches beispielsweise über § 118 OWiG oder § 184i StGB im einfachen Recht verankert ist. Das geschlechtliche Schamgefühl ist nach der hier vertretenen Auffassung selbst nach dem Maßstab des § 118 OWiG nicht betroffen. So auch GFF (Fn. 46), 15.

71 Ein grundsätzlicher Konfrontationsschutz mit anderen politischen oder gesellschaftlichen Meinungen kann nicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG abgeleitet werden. In extremen Ausnahmefällen, nämlich dann, wenn die eigene Grundrechtsausübung eingeschränkt wird, kann Konfrontationsschutz tragen, siehe z.B. im Fall von Gehsteigbelästigungen. Siehe dazu *Eva Maria Bredler*, Schwangerschaftsabbruch und öffentlicher Raum, *Kritische Justiz* 2023, 34 (40 f.).

72 Das Urteil begründet an dieser Stelle wieder nicht.

73 *Arnd Uhle*, in: *Epping/Hillgruber* (Fn. 35), Art. 6 Rn. 48 m.w.N.

74 *Bettina Schuhrke*, Kindliche Körperscham und familiäre Schamregeln, Studie im Auftrag der BZgA, 2005; so auch LADG-Ombudsstelle (Fn. 53); GFF (Fn. 46), 16 ff.

IV. Fazit

Das Urteil des Landgerichts Berlin zeigt auf, wie problematisch eine einseitige Verlagerung des Antidiskriminierungsrechts auf die Zivilrechtssprechung sein kann, wenn dabei verfassungsrechtliche Maßstäbe verkannt werden. Das Landgericht dekonstruiert weder die Kategorie, mit der es operiert, noch befasst es sich mit den einschlägigen verfassungsrechtlichen Maßstäben, die in der Auslegung des § 5 Abs. 1 LADG berücksichtigt werden müssen. Intradisziplinäre Hürden hemmen den steinigen Weg gegen Diskriminierungen somit zusätzlich. Intradisziplinarität ist dabei keine Kompetenz, die lediglich im Antidiskriminierungsrecht benötigt wird, sondern kann offensichtlich in unterschiedlichen Fallgestaltungen relevant sein.⁷⁶

D. Intradisziplinäre Kompetenzen durch Feminist Mainstreaming aneignen

Um intradisziplinäres Arbeiten zu fördern und die kategorialen Grenzen stärker zu verwischen, sollte daher die feministische Rechtswissenschaft in den Kanon des Rechtswissenschaftsstudiums integriert und unabhängig von der universitären Ausbildung ein „*Feminist Mainstreaming*“ vorangetrieben werden. Dies sollte auch ein breites Angebot für die Rechtsprechungspraxis beinhalten. Denn intradisziplinäres Arbeiten ist eine Kompetenz, die erlernt werden muss und dem gegenseitigen Verständnis der Teilrechtsordnungen als Auffangordnung zuträglich ist. *Feminist Mainstreaming* meint dabei, dass feministische Rechtswissenschaft weder als „Nischenthema“ behandelt noch als (rechts-)politisches Thema aus dem Diskursraum der Rechtswissenschaft verdrängt werden sollte.⁷⁷ Dies gilt nicht nur für die feministische Rechtswissenschaft, sondern für eine kritische Auseinandersetzung mit dem Recht allgemein. Schlussendlich sollte die Frage, wie unsere Gesellschaft hierarchisiert ist und welchen Beitrag das Recht dazu leistet, genauso in prominenten Zeitungen wie der Juristenzeitung behandelt werden. Dies würde nicht nur helfen, das emanzipatorische Potenzial des Rechts voranzutreiben, sondern auch die kategorial wirkenden Grenzen zwischen den Teilrechtsordnungen zu überwinden.

75 So auch LADG-Ombudsstelle (Fn. 53); GFF (Fn. 46), 23.

76 Siehe zum Finanzdienstleistungsaufsichtsrecht Schäfer (Fn. 6), 261 ff.

77 Brünger (Fn. 29), 189.

